



Organização:



Apoios:



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE INTERVENÇÃO SOCIAL - CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS



I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE INTERVENÇÃO SOCIAL
CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Autores:

Adriano Zilhão
Ana Sofia Carvalho
Augusto Jobim do Amaral
Catarina Vieira
Charles de Sousa Trigueiro
Claudia Ribeiro Pereira Nunes
Daniel Fernandes Gomes
Elsa Montenegro
Fernanda Freitas
Fernanda Martins
Flávio Martins
Francisco Branco
Gonçalo Mota
Helena do Passo Neves
Hortensia Rodríguez Morales
Idalina Machado
Joana Guedes
João Proença Xavier
Jorge Ferreira
José Alberto Reis
Joyce Helena Martins Leal
Letícia Martins de Oliveira
Luis Manuel Rodriguez Otero
Manuel Carlos Nogueira
Manuel Menezes,
Marcelo Lemos
Márcia Ribeiro Oliveira
Marcio Felix Cavalcanti
Marco Ribeiro Henriques
Margareth Vetus Zaganelli
María Candelaria del Pino Padrón
Maria Luíza Ramos Vieira Santos
Paula Vieira
Paulo Higor Fontoura Moreira
Raquel Marta
Rita Guimarães Fialho d'Almeida
Sara Melo
Sidalina Almeida
Tancredo Ferreira da Costa
Teresa Facal Fondo
Teresa Fragoso
Thaís Cavalcanti Marques
Thiago Santos Rocha
Vanessa Alexandra de Melo Pedrosa
Vicente Rivero Santana
Vinicios do Valle

ISBN 978-989-8890-01-6



9 789898 890016 >

Errata

Na badana da capa deve considerar-se também a autora, Geisa Daré.

Autora do artigo publicado na página 201 e que, por lapso, não foi inserida na referida listagem.







I CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE INTERVENÇÃO SOCIAL

CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS



Lema
d'Origem



© **Lema d'Origem – Editora, Ld.^a, 2017.**

Título: *I Congresso Ibero-Americano de Intervenção Social – Cidadania e Direitos Humanos*

Editor: Lema d'Origem – Editora, Ld.^a | editora@lemadorigem.pt
Rua: Cimo do Povo, 23
5160-069 CARVIÇAIS (TMC)

Capa: Lema d'Origem – Editora
Coordenação: Adriana Neves e Tânia Riboira
Revisão: Carlos d'Abreu e Adriana Neves
Data de Edição: dezembro de 2017
Impressão: www.artipol.net

ISBN: 978-989-8890-01-6
Depósito Legal: 435191/17



ORGANIZAÇÃO

Adriana Neves – Inst. Sup. de Serviço social do Porto (ISSSP)

Fábio Veiga – IBEROJUR/Univ. Europea de Madrid

Rubén Miranda – USC

Sidalina Almeida – ISSSP

Joana Guedes – ISSSP

Tânia Ribeiro – ISSSP

COMITÉ CIENTÍFICO

Adriano Zilhão de Queirós Nogueira – ISSSP

Angelo Viglianisi Ferraro – Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

Elsa Montenegro Moreira Marques – ISSSP

Érica Guerra da Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Fábio da Silva Veiga – Universidad de Alcatá/U. Europea de Madrid

Franciele Vieira Oliveira – Universidade do Minho

Gabriel Martín Rodríguez – Universidad Rey Juan Carlos/U. Europea de Madrid

Gilberto Atencio Valladares – Universidade de Santiago de Compostela

Gonzalo Martínez Etxeberria – Universidad de Deusto

Idalina Maria Morais Machado – ISSSP

Joana Madalena Tavares Martins Guedes – ISSSP

João Proença Xavier – Universidad de Salamanca

José Alberto Mendes Falcão dos Reis – ISSSP





José Julio Rodríguez – Universidade de Santiago de Compostela
Marcelo Gallo – Universidade Estadual de São Paulo – UNESP
Marco Aurélio Gumieri Valério – Universidade de São Paulo
Margareth Vetis Zaganelli – Universidade Federal de Espírito Santo
Maria Sidalina Pinho de Almeida – ISSSP
Nuno Márcio de Campos Pires – ISSSP
Óscar Manuel Soares Ribeiro – ISSSP
Paula Cristina Salgado Pereira Rodrigues Vieira – ISSSP
Pedro Saavedra Curvelo Avzaradel – Universidade Federal Fluminense
Rodrigo Poyanco Bugueño – Universidade de Santiago de Compostela
Rubén Miranda Gonçalves – Universidade de Santiago de Compostela
Rui Zeferino Ferreira – Instituto Politécnico de Leiria/USC
Sara Cristina Dias Melo – ISSSP
Sidney Guerra – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Thiago Oliveira Moreira – Universidade del País Vasco
Wilson Engelmann – Universidade de Vale do Rio dos Sinos
Z. Lucia Becerra – Universidade de Santiago de Compostela





Autores:

Adriano Zilhão
Ana Sofia Carvalho
Augusto Jobim do Amaral
Catarina Vieira
Charles de Sousa Trigueiro
Claudia Ribeiro Pereira Nunes
Daniel Fernandes Gomes
Elsa Montenegro
Fernanda Freitas
Fernanda Martins
Flávio Martins
Francisco Branco
Gonçalo Mota
Helena do Passo Neves
Hortensia Rodríguez Morales
Idalina Machado
Joana Guedes
João Proença Xavier
Jorge Ferreira
José Alberto Reis
Joyce Helena Martins Leal
Letícia Martins de Oliveira
Luis Manuel Rodriguez Otero
Manuel Carlos Nogueira
Manuel Menezes,
Marcelo Lemos
Márcia Ribeiro Oliveira
Marcio Felix Cavalcanti

Marco Ribeiro Henriques
Margareth Vetis Zaganelli
María Candelaria del Pino Padrón
Maria Luiza Ramos Vieira Santos
Paula Vieira
Paulo Higor Fontoura Moreira
Raquel Marta
Rita Guimarães Fialho d'Almeida
Sara Melo
Sidalina Almeida
Tancredo Ferreira da Costa
Teresa Facal Fondo
Teresa Fragoso
Thaís Cavalcanti Marques
Thiago Santos Rocha
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso
Vicente Rivero Santana
Vinicios do Valle







ÍNDICE

PREFÁCIO: Cidadania e Direitos Humanos 13

TEMA I: Promoção do direito social à saúde 17

A previsão de uma reserva específica com deficiência intelectual na Espanha: análise comparativa com as proporcionalidades pelos graus de deficiência na África do Sul, Charles de Sousa Trigueiro e Leticia Martins 19

Inclusão das pessoas com deficiência no acesso aos cargos e empregos públicos: possível compatibilidade da legislação brasileira com a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, Cláudia Nunes 27

Igualdade de Acesso à Saúde. Direitos reprodutivos do cidadão portador de doença mental, João Proença Xavier 41

Exercício profissional do Serviço Social no SUS: reflexões sobre a atuação em oncologia, Joyce Helena Martins Leal e Thaís Calvacanti Marques 53

Judiciário Brasileiro: um novo entendimento sobre igualdade no acesso à saúde?, Margareth Zaganelli e Paulo Higor Moreira 65

TEMA II: Pobreza e Exclusão Social 77

“Pobres Diferenciados”: Crise económica, Classe Média e Procura do Serviço Social, Catarina Vieira da Silva e Francisco Branco 79

As relações do Estado com o Terceiro Setor no Rendimento Social de Inserção, Gonçalo Mota 91

Renda Básica de Cidadania: a não regulamentação da Lei n.º 10.835/2004 sob a perspectiva do controle de constitucionalidade, Thiago Rocha 103

O Sistema de aprendizagem – avaliação do potencial formativo da alternância, Idalina Machado e Sidalina Almeida 117





<i>Breve Reflexão em torno de um exercício mais pluralista do Direito à Educação</i> , Daniel Gomes	137
<i>Descoincidência entre a cultura escolar e as culturas populares: um exemplo elucidativo</i> , Paula Vieira e Elsa Montenegro	149
<i>Empresas sociais em Portugal: realidade ou ficção?</i> , Manuel Nogueira	163

TEMA III: Práticas de Intervenção emancipatórias 173

<i>La solidaridad en el proyecto histórico de emancipación humana en Brasil: El impacto de las consultas a los interesados, las audiencias públicas y otras actividades participativas on-line en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria</i> , Cláudia Ribeiro Pereira Nunes	175
<i>“Corporiedades Críticas” e a crise democrática no Brasil</i> , Fernanda Martins e Augusto Jobim	189
<i>Instrumentos de combate à Violência de Gênero no ordenamento jurídico brasileiro</i> , Geisa Daré	201
<i>La deontología del abogado como respuesta de actuación</i> , María Candelaria del Pino Padrón	219
<i>La importancia de la deontología docente</i> , Hortensia Rodríguez Morales ..	231
<i>Garantia da imparcialidade no Processo Penal e seus corolários</i> , Marcelo Lemos e Vinícios do Valle	243
<i>O constitucionalismo democrático como novo estágio necessário do constitucionalismo brasileiro</i> , Flávio Martins	257

TEMA IV: Família, Infância e Juventude 283

<i>Reconfiguraciones Familiares e Intervención Social</i> , Teresa Facal Fondo y Rodríguez Otero Luis	285
<i>Adoção por pares iguais: O direito de constituir uma família</i> , Vanessa Pedroso e Maria Luiza Santos	295
<i>Associação Nuvem Vitória</i> , Fernanda Freitas	305
<i>Das virtudes várias (ainda hoje esquecidas) do apadrinhamento civil</i> , Rita Almeida	307
<i>O estilhaçar dos laços sociais</i> , Marta Raquel	319
<i>Sequestro Internacional Interparental de menores e a violação de direitos humanos em face do princípio da dignidade da pessoa humana</i> , Marcio Felix Cavalcanti	329





Proteção à Criança em Tempos de Austeridade: Implicações Sobre as Condições Sociolaborais dos Assistentes Sociais, Manuel Menezes, Jorge Ferreira 345

O interesse superior das crianças e sua audição pelo tribunal nos conflitos familiares, Helena Neves e Tancredo Costa 359

A mulher reclusa mãe no sistema penitenciário português. Uma abordagem histórica e jurídica-feminista-crítica à intervenção intramuros, Marco Ribeiro Henriques 373

TEMA V: Protecção Social e políticas de envelhecimento 387

Changes In Welfare Models And Portugal: Ageing In The Age Of Austerity, Alberto Reis e Adriano Zilhão 389

Los Servicios Sociales Para Mayores en Galicia, Luis Rodriguez Otero y Teresa Fondo Facal 401

A velhice e os sistema de segurança social: análise das principais prestações sociais destinadas à velhice e sua avaliação crítica, Márcia Oliveira e Ana Carvalho ... 411

El envejecimiento activo como garantía subsistencial del Estado, Vicente Rivero 425

Lar de Idosos – Lugar de vida e de Humanidade, Joana Guedes e Sara Melo 437





PREFÁCIO: CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

Assistimos hoje a uma evolução da sociedade marcada pela globalização e pelas novas tecnologias de informação, o que traz, entre outras, um acesso mais facilitado e até poder-se-á dizer mais democrático ao conhecimento, a outras culturas, a informações que anteriormente não teríamos acerca de alguém ou algo que está no lado diametralmente oposto ao lugar onde nos situamos. Se antes esse acesso era muito limitado, em particular pela falta de tecnologias que nos permitissem ver o que se passa do outro lado do mundo, hoje está disponível “para qualquer pessoa”... Este é um conceito relativo que anteriormente, – e ainda para algumas pessoas nos dias de hoje – não fazia sentido. Então, apenas algumas pessoas com algum poder tinham acesso a esse conhecimento ou informação.

O carácter histórico de uma realidade social é múltiplo, havendo vários graus de percepção de que a ação humana concentrada pode mudar as estruturas e permitir transformações sociais profundas. Toda a mudança histórica é feita de tensões ou ruturas, muitas vezes só possibilitadas pelo acesso ao conhecimento. São manifestações de um pensamento marcado pela ideologia, que ainda que não se verifique como algo totalmente estruturado e racional, começa por fazer sentido numa parte populacional para se alastrar a uma maioria.

A globalização permitiu-nos ter alguma percepção sobre tudo que se passa à nossa volta e reconhecer a importância de ações concertadas à escala global se queremos ter um forte impacto na mudança do rumo de determinadas situações. Prova dessa ação concertada é a definição de políticas de intervenção que devem ter reflexo em vários países para que seja possível contribuir para um maior equilíbrio das sociedades, como é o caso dos Objetivos de





Desenvolvimento Sustentável, ou ainda os Planos de Ação quer nacionais quer internacionais. Assim, a elaboração de um conjunto de estratégias internacionais para o combate e proteção dos Direitos Humanos têm influenciado as políticas dos Estados no caminho de um combate mais eficaz.

Essa mesma globalização fez-nos também compreender que problemas como a desigualdade de género persistente, a violência de género, incluindo a doméstica e o tráfico de seres humanos, não são situações que acontecem apenas fora do nosso contexto. Sabemos que também acontecem aqui, no espaço onde nos movemos, são problema à escala global, embora com consequências muito diversas consoante o ângulo de análise. É, por isso, também prova de que, e apesar da globalização e das novas tecnologias, o saber e o conhecimento continuam a não chegar da mesma forma a todo o lado ou a todas as pessoas, além de que o entendimento sobre esse mesmo conhecimento é, também ele, muito diverso.

O desejo de saber mais para agir melhor é, acima de tudo, uma motivação para vivermos melhor enquanto sociedade como um todo, garantindo a nossa qualidade de vida e daqueles que nos vão suceder. Neste sentido tem a Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género, enquanto mecanismo nacional na área da cidadania e igualdade de género –, e que celebra este ano 40 anos – promovido um conjunto de iniciativas fundamentais para efetuar uma mudança qualitativa na vida da população, em geral, e das mulheres, em particular. Iniciativas, pioneiras muitas, e únicas algumas, de que vale a pena destacar: os primeiros levantamentos sobre a situação das mulheres em Portugal, bem como alguns dos primeiros estudos sobre as mulheres, que abrangiam áreas tão díspares como o direito, a demografia e os fenómenos migratórios, o emprego, o desemprego, as diferenças salariais, a participação na vida sindical, cívica e política, a imprensa, a educação, a publicidade, a violência de género, o tráfico de seres humanos.

Mas apesar do conhecimento produzido, das alterações legislativas realizadas e das muitas políticas públicas implementadas na promoção de uma cidadania plena de mulheres e homens, respeitadora dos Direitos Humanos, os indicadores ainda mostram de forma clara assimetrias vincadas entre mulheres e homens, quer em Portugal, quer no resto do mundo. É, portanto, necessário





dar continuidade à intervenção do Estado e dos demais atores relevantes da nossa sociedade na defesa dos direitos humanos.

A iniciativa que aqui é promovida tem exatamente esse propósito, o de analisar estes fenômenos complexos, envolvendo atores chave em diversas áreas, produzindo e disseminando conhecimento, permitindo que o mesmo se torne em “poder” de transformação, que convoque todos e todas para um combate eficaz de todas as discriminações para a realização plena da cidadania e dos direitos humanos.

Teresa Fragoso
Presidente da Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG)





TEMA I

Promoção do direito social à saúde







A PREVISÃO DE UMA RESERVA ESPECÍFICA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NA ESPANHA

Charles de Sousa Trigueiro¹
Universidade de Coimbra
Letícia Martins de Oliveira²
Universidade de Coimbra

Resumo: No contexto dos direitos humanos, a sociedade civil organizada solicitou direitos que foram incluídos pelos constituintes democráticos de diversos países como forma de suprir os direitos que não eram assegurados por constituições autoritárias. Grupos hipossuficientes tais como pessoas do sexo feminino, pessoas mais velhas, afrodescendentes, homossexuais, população rural e pessoas com deficiência passaram a contar com a proteção constitucional, tendo em vista a eliminação das barreiras impostas por tantos anos de discriminação. Este artigo tem por objetivo analisar o direito comparado das pessoas com deficiência com foco no escalonamento das políticas afirmativas na Espanha como forma de assegurar o acesso ao trabalho para pessoas com deficiência intelectual.

Palavras-Chave: graus; escalonamento; deficiência intelectual; direito comparado.

¹ Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra – Portugal; Bacharel e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba – Brasil; Servidor Técnico Administrativo em Educação na UFPB – Brasil.

² Doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra – Portugal; Bacharela em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e Mestra em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – São Paulo – Brasil.



INTRODUÇÃO

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos resgataram os valores do constitucionalismo como direitos e liberdades fundamentais de forma a integralizar a pessoa humana na cidadania. Como no passado os direitos básicos foram retirados dos cidadãos abruptamente pelos próprios representantes dos Estados, as constituições democráticas figuraram-se como agentes transformadores da elevação da dignidade da pessoa humana como forma de cidadania central dos direitos e liberdades fundamentais. Essas constituições, em suas estruturas normativas, colocaram a pessoa humana para anteceder ao Estado, primeiro são apresentados direitos fundamentais para só depois ser apresentada a estrutura estatal (TRIGUEIRO, 2013).

O constitucionalismo global das pessoas com deficiência encontra-se bem evoluído e hoje temos muitos países que detêm leis específicas de cotas para integração das pessoas com deficiência, tais como: Brasil – Art. 37, inciso VIII da CF/88; Portugal – Art. 28 da Lei n.º 38/2004; Espanha – Leis n.º 66/97 e 63/97 e Real Decreto 1.451/83; França – CTL artigo Lei n.º 323-1; Itália – Lei n.º 68/99; Alemanha – estabelece que empresas com mais de seis empregados tenham uma cota de no mínimo 6 % de empregados com deficiência; Áustria – Lei federal com 4 % de cota para empresas com mais de 25 empregados; Bélgica – existe cotas porém não há percentual mínimo estabelecido; Holanda – o percentual varia entre 3 e 7 %; Irlanda – cota de 3 % apenas para o setor público; Reino Unido – DDA de 1995; Argentina – Lei n.º 25.687/98; Colômbia – Lei n.º 361/97; El Salvador – Decreto Legislativo n.º 888; Honduras – Decreto n.º 17/91; Nicarágua – Lei n.º 185; Panamá – Lei n.º 42/99; Peru – Lei Geral da Pessoa com Deficiência, em seu capítulo VI; Uruguai – Lei n.º 16.095; Venezuela – LOT de 1997; EUA – não existe cota fixada no ADA de 1990, uma vez que as medidas afirmativas dessa natureza decorrem de decisões judiciais; Japão – LPEPD de 1998; China – cota oscila de 1,5 % a 2 %, dependendo da regulamentação de cada município (TRIGUEIRO, 2014).

Para tanto, este artigo tem por objetivo analisar o direito comparado das pessoas com deficiência, com foco no escalonamento das políticas afirmativas na Espanha como forma de assegurar o acesso ao trabalho para pessoas com deficiência intelectual.

Para realização da presente investigação foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica dos textos normativos recomenda. Contudo, também houve aporte à doutrina e à transversalidade, uma vez que se trata de





tema interdisciplinar de elevado teor político e sociológico, tudo alinhavado por uma tradição de pensamento racionalista igualitário.

A PREVISÃO DE UMA RESERVA ESPECÍFICA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NA ESPANHA

Na Espanha, com as ofertas públicas de emprego da Administração Estatal no ano de 2009, aprovadas pelo Real Decreto 248/2009, de 27 de fevereiro, e nos anos subsequentes de 2010 a 2016, ficou prevista reserva de 7% dos cargos para ocupação por pessoas com deficiência. Além disso, foi estabelecido o escalonamento dessas vagas de modo que 2% desses cargos oferecidos sejam ocupados por pessoas que comprovem deficiência intelectual e 5% dos cargos sejam oferecidos para pessoas que comprovem qualquer outro tipo de deficiência (MOLINA, 2016, p. 163).

Além disso, em diversas normas das regiões autônomas da Espanha, também é contemplada uma reserva específica para pessoas com deficiência intelectual (MOLINA, 2016, p. 164). O Decreto 93/2006, de 9 de maio, que regula a entrada, promoção interna e admissão de empregos para pessoas com deficiência na Função Pública da Administração Geral da Junta de Andaluzia, estabelece que as Ofertas Públicas de Emprego serão reservadas a partir do total de lugares oferecidos, de acesso gratuito, a partir da promoção interna do funcionário público e de promoção para categorias profissionais trabalhistas, com uma cota não inferior a 5% a ser coberta entre pessoas que comprovem um grau de incapacidade igual ou superior a 33%, desagregando esses 5%, isso, desde que a Oferta Pública de Emprego o permita, da seguinte forma (MOLINA, 2016, p. 164):

- a) Um mínimo de 4% das vagas será reservado para ser coberto por pessoas com deficiências físicas, sensoriais ou psíquicas que não se originam em retardo mental leve ou moderado.*
- b) Um mínimo de 1% dos cargos vagos será reservado para ser coberto por pessoas com deficiência que se originam em atraso mental leve ou moderado, nas condições indicadas neste Decreto.*

Já o artigo 2.º do Decreto 36/2004, de 16 de abril, que regula o acesso, a promoção interna e o fornecimento de empregos para pessoas com deficiência na função pública da Administração Comunitária Autônoma das





Ilhas Baleares³, prevê que a reserva mínima referida na Lei 3/2007 possa ser dividida em (MOLINA, 2016, p. 164):

- a) *Um mínimo de 4,5% das vagas será reservado para ser coberto por pessoas com deficiência física, sensorial ou psíquica que não se originam de incapacidade intelectual moderada, leve ou limitada.*
- b) *Um mínimo de 0,5% das vagas será reservado para ser coberto por pessoas com deficiência intelectual, leve ou limitada, ou com surdez profunda, grave ou média pré-lingual, nas condições indicadas neste texto.*

O Decreto n.º 47/2003, de 22 de abril, que regula o acesso das pessoas com deficiência ao emprego público da Administração da Comunidade Autónoma da Extremadura⁴, prevê que dentro do contingente geral não inferior a 5%, uma cota mínima de 0,5% será atribuída por chamada independente, com exceção de lugares de professores não universitários e pessoal estatutário de saúde, pessoas com deficiência mental causada por retardo mental, desde que tenham um grau de deficiência igual ou superior a trinta e três por cento (MOLINA, 2016, p. 165).

O Decreto 54/2006, de 22 de junho, do Conselho do BCE, que regula o acesso das pessoas com deficiência à Administração da Comunidade de Madrid, o qual estabelece 6% de cargos reservados, prevê que, do total dos lugares correspondentes à cota de invalidez das categorias profissionais que constituem o Grupo Profissional V daquelas previstas na Convenção Coletiva para a força de trabalho ao serviço da Administração da Comunidade de Madrid, serão reservados pelo menos 25% para cobertura de pessoas com deficiência mental causadas por retardo mental através de chamadas independentes, em que o número de cargos correspondentes a cada uma das categorias acima mencionadas será especificamente determinado.⁵

³ Após a sua reforma pelo art. 1.º do Decreto 136/2005, de 28 de dezembro.

⁴ Na redação dada pela seção um do artigo único do Decreto 199/2006, 28 de novembro.

⁵ Da mesma forma, chamadas independentes podem ser feitas para acesso a outras categorias profissionais atribuídas a funções pertencentes a outros grupos profissionais (MOLINA, *op cit.*, p. 165).





Por sua vez, o VI Convênio Coletivo da Catalunha para a força de trabalho da *Generalitat* da Catalunha para o período 2004-2008, estabelece que o Governo Catalão promoverá a contratação de pessoas com deficiência intelectual e tomará as medidas e ações necessárias para atingir esse objetivo. (MARTINEZ HERNANDEZ, 2009, p. 140).

Nessa linha, a *Generalitat* realizará chamadas de acesso restrito dirigidas a pessoas com dificuldades de integração trabalhista com base na sua capacidade intelectual, através do concurso de mérito no qual somente o conhecimento da Língua Catalã e a preparação profissional serão avaliados (obtidos por treinamento profissional ou análogo, programas específicos de inserção sócio-laboral ou experiência profissional em empregos de categoria profissional igual ou similar). A pontuação de ambos os conceitos será de 90% para a preparação profissional e de 10% para o conhecimento da Língua. Este sistema de acesso pode ser escolhido por pessoas com um grau de incapacidade derivado exclusivamente de retardo mental igual ou superior a 25%, e que possa exercer as funções do trabalho sem a necessidade de supervisão ou suporte constante (MOLINA, 2016, p. 165).

Na Comunidade Autónoma da Rioja, o Decreto 7/2011, de 18 de fevereiro, que alterou o Decreto 51/2008, de 5 de setembro, para acesso ao emprego público para pessoas com deficiência, prevê em seu artigo 3.2 que a reserva de 7% das vagas serão discriminados desde que a Oferta Pública de Emprego o permita, da seguinte forma (MOLINA, 2016, p. 166):

- a) *5% das vagas serão reservadas para serem cobertas por pessoas com deficiência física ou sensorial.*
- b) *das vagas serão reservadas para serem cobertas por pessoas com deficiência intelectual. Por regulamento, será determinado quais deficiências são consideradas intelectuais ou assimiladas para os propósitos deste Decreto.*⁶

O Decreto 8/2011 da Região Autónoma das Ilhas Canárias, de 27 de janeiro, que regula o acesso das pessoas com deficiência ao emprego público e a provisão de empregos e treinamento, indica a reserva mínima de 7% para

⁶ A alínea 3 do Art. 3.º do referido decreto estabelece que, quando a aplicação das percentagens acima mencionadas resulte em frações decimais, ela deve ser arredondada por excesso para o seu cálculo (MOLINA, *op cit.*, p. 166).





peças com deficiência, podendo ser dividida de forma a que um mínimo de 5% dos cargos incluídos na Oferta Pública de Emprego seja reservado para ser coberto por pessoas com deficiências físicas, sensoriais ou psíquicas que não se originam de trauma mental leve, moderado ou limitado, e pode reservar um máximo de 2% dos cargos incluídos na Oferta Pública de Emprego para serem cobertos por pessoas com deficiência intelectual leve, moderada ou limitada, nas condições indicadas no Decreto.⁷

Por fim, na Comunidade Autónoma de Castela-La Mancha, a Lei 4/2011, de 10 de março, de Emprego Público, prevê a reserva de mínima de 7% para pessoas com deficiência, de modo que, pelo menos 2% dos cargos oferecidos devem ser cobertos por pessoas que comprovem deficiência intelectual e 5% dos cargos sejam oferecidos para pessoas que comprovem qualquer outro tipo de deficiência (MOLINA, 2016, p. 167).

CONCLUSÃO

Como direito externo, a Convenção Internacional das pessoas com deficiência das Organizações das Nações Unidas (incorporada no Brasil como emenda constitucional) passou a representar novas perspectivas de acessibilidade para esse grupo hipossuficiente. Suas normas tendem a apreciar novas possibilidades de aspiração da igualdade material e também novas interpretações para a legislação infraconstitucional já em vigor, superando as interpretações discriminatórias. Nesse diapasão, observam-se os direitos dessas pessoas com um novo foco, sempre discriminadas, para agora serem inseridas no mercado de trabalho (principalmente o serviço público), viabilizando normas que incorporam uma política afirmativa específica para suprir as dificuldades geradas como forma de adentrar nos quadros administrativos. Desta forma, a tutela do estado passa a ser necessária em virtude das dificuldades enfrentadas por essas pessoas na inserção no mercado de trabalho (TRIGUEIRO, 2014).

Já no direito interno, os textos infraconstitucionais tentam dar amplitude aos sistemas de reservas de vagas públicas e privadas. No entanto, os órgãos de

⁷ N.º 3 do art. 4.º do referido Decreto. A norma contempla que os espaços reservados com caráter geral para pessoas com deficiência serão incluídos nas chamadas comuns. Os lugares reservados para pessoas com deficiência intelectual leve, moderada ou limitada serão realizados de qualquer forma por meio de chamada independente. (MOLINA, *op cit.*, p. 166)





fiscalização (Ministério Público, Defensoria do Povo, por exemplo) e a sociedade organizada, através das associações de defesas das pessoas com deficiências, devem fiscalizar a efetividade dessas normas sobre os agentes do governo que volta e meia produzem editais excludentes, contrariando essas legislações (TRIGUEIRO, 2011).

Ademais, a integração dessas pessoas no mercado de trabalho não fica protegida apenas pela fiscalização das seleções. Emerge-se que as pessoas com deficiências sejam integradas nos sistemas de capacitação e aperfeiçoamento, com a finalidade de ascenderem na área que entrarem na disputa. Portanto, caso as diferenças e as heterogeneidades sejam usadas por uma sociedade preconceituosa como forma de limitar direitos, os estados prosseguiram a coexistir com cidadãos e subcidadania (TRIGUEIRO, 2010).

Portanto, para solucionar o imbróglio de deficiências leves não poderem concorrer nas cotas com intuito de “não retirar as vagas de quem tem deficiências grave”. Propomos, que “o modelo espanhol” deve ser adotado pelas políticas afirmativas de outros países, a fim de que as cotas sejam escalonadas, de modo a assegurar o acesso ao trabalho para as pessoas com deficiência intelectual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, A. J., “El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones públicas autonómicas. Un diagnóstico normativo”, en AAVV, *El empleo público y las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2009.

MOLINA, José Antonio Moreno, *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*. Prólogo de José Luis Piñar Mañas. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.

TRIGUEIRO, Charles de Sousa. *Portadores de Visão Monocular e Surdez Unilateral e o Princípio da Busca do Pleno Emprego na Ordem Econômica de 1988*. 2010. 55 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais/Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2010.

_____, *Ministério Público e a Defesa do mercado de trabalho das pessoas portadoras de necessidades especiais*. 2011. 80 fls. Monografia (Especialização). Pós-graduação em Ordem Jurídica, Ministério Público e Cidadania. Escola Superior do Ministério Público em parceria com o Centro Universitário de João Pessoa, Paraíba, 2011.

_____, *Cidadania e direitos humanos, o uso das biotecnologias em favor das pessoas com deficiência auditiva: o implante coclear*. 2013. 35 fls. Monografia (Especialização). Pós-graduação em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais. Escola Superior da Magistratura em parceria com a Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.





_____, *Políticas afirmativas para pessoas com deficiência e a efetividade do princípio do pleno emprego: o caso dos portadores de visão monocular e surdez unilateral*. 2014. 100 fls. Dissertação (Mestrado). Pós-graduação em Ciências jurídicas, área direitos humanos {conceito CAPES 5}. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.





INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ACESSO AOS CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS: POSSÍVEL COMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COM A CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

Inclusion of people with disabilities in access to public jobs: possible compatibility of Brazilian legislation with the Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against People with Disabilities

Claudia Ribeiro Pereira Nunes
Doutorado pela Universidade Gama Filho
Coordenadora do NUPE em Direito
Instituto de Ensino Superior de Rondônia – Brasil

Resumo: Dentre os direitos garantidos às pessoas com deficiência no Brasil, destaca-se o acesso aos cargos e empregos públicos por meio de reserva de vagas nos certames, conforme previsto no inciso VIII do artigo 37 da Constituição Federal. Essa pesquisa pretende investigar a problemática da compatibilidade da legislação interna com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com especial atenção a questão da reserva de vagas em concursos públicos, verificando se há a possibilidade de intervenção judicial para quem se considere pessoa com deficiência e não se enquadre na moldura normativa interna.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Controle de Convencionalidade e Conflito Normativo.





Abstract: Among the rights guaranteed to people with disabilities in Brazil, it is worth mentioning the access to positions and public jobs by reserving vacancies in the events, as foreseen in VIII of article 37 of the Federal Constitution. This research intends to investigate the problem of the compatibility of domestic legislation with the International Convention on the Rights of People with Disabilities, with special attention to the issue of reserving vacancies in public tenders, verifying that there is a possibility of judicial intervention for those who consider themselves deficiency and does not fit into the internal normative framework.

Key Words: Human Rights, Conventional Control and Normative Conflict.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi o primeiro documento internacional a ser incorporado ao ordenamento jurídico na forma prevista no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, sendo, portanto, equivalente à emenda constitucional.

No âmbito nacional, dentre os direitos garantidos às pessoas com deficiência, destaca-se, no direito constitucional, o acesso aos cargos e empregos públicos por meio de reserva de vagas nos certames, conforme previsto no inciso VIII do artigo 37 da Carta Magna.

Observando e contrapondo os dois campos de investigação, internacional e constitucional, o que se pretende investigar é a ocorrência ou não da compatibilidade da legislação interna com a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, com especial atenção à questão da reserva de vagas em concursos públicos. Analisar-se-á se é possível a intervenção judicial de quem se considere pessoa com deficiência que não se enquadre na moldura normativa interna, bem como a posição do Poder Judiciário com a edição da Súmula 552 pelo Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos”, o que traz uma inconformidade ao sistema jurídico brasileiro.





Assim, a partir da problemática e utilizando-se da hermenêutica constitucional, pretende-se elucidar se a legislação interna está em sintonia com a proteção pretendida pela Convenção e definir se o Judiciário pode intervir nas relações entre candidatos e Administração Pública para permitir, no caso concreto, o benefício da reserva de vagas a quem não se enquadra na definição de pessoa com deficiência prevista na legislação interna, por meio do controle de convencionalidade.

2. DIREITO À RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a Constituição Federal Brasileira de 1988, erigem um sistema especial de proteção dos grupos socialmente vulneráveis, num processo denominado *especificação do sujeito de direito*, que pode ser entendido na proteção legislativa direcionada ao indivíduo considerado em suas peculiaridades dentro do contexto histórico e social⁸.

Nesse processo de *especificação do sujeito de direito*, as pessoas com deficiência, por legislação internacional e interna, são inseridas nos cargos e empregos públicos, por meio de reserva de vagas nos concursos públicos. Essa reserva de vagas se insere no contexto das ações afirmativas, que se consubstanciam em políticas públicas que visam acelerar o processo de promoção da igualdade.

Feitas essas breves considerações, passa-se à análise de como se deu a especificação dos direitos das pessoas com deficiência no plano internacional e interno, no que se refere à inserção desse grupo no serviço público.

2.1. A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS COTAS NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Para fins desta pesquisa, neste item, serão indicados os documentos legislativos que tratam dos direitos relacionados ao acesso aos cargos e empregos públicos. A Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, aprovada pela Resolução da ONU n.º 2.856, de 20 de dezembro de 1971, por meio de seu artigo 3.º, estabelece que o deficiente mental tem direito, “na

⁸ AMORIM, Celso. “O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agenda positiva”. *Política Externa*, vol. 18, n.º 2, pp. 67-75, 2009, p. 69.





medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma ocupação útil”. No mesmo sentido, a previsão contida na Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, de 9 de dezembro de 1975. Com o advento das Normas sobre Equiparação de Oportunidades, por meio da Resolução da ONU n.º 48/96, de 20 de dezembro de 1993, verifica-se previsão expressa sobre a inclusão das pessoas com deficiência no serviço público, conforme se verifica da Norma 7 (6), que estabelece: “Em sua capacidade como empregadores, os Países-Membros devem criar condições favoráveis para o emprego de pessoas com deficiência no setor público”. Por meio do Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001, se incorporava ao ordenamento jurídico pátrio a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, a qual obrigava os Estados a adotarem diversas medidas com o fim de eliminar a discriminação desse grupo, dentre as quais constava a previsão de promoção do emprego. A Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, sendo a primeira legislação internacional incorporada ao ordenamento nacional na forma prevista no §3.º do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, equiparada à emenda constitucional. Verifica-se dessa convenção, em seu artigo 27, item 1, letra “g”, que dentre as medidas a serem adotadas consta a de empregar pessoas com deficiência no setor público¹⁰.

2.2. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A RESERVA DE CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

No ano seguinte ao prazo de vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988 é promulgada a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, disciplinando ainda a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos desse grupo e define tipos penais. Consta da lei a previsão de reserva de vagas nas entidades da Administração Pública (artigo 2.º, parágrafo únicos, inciso III, alínea “d”).

⁹ AMARAL JÚNIOR, “José Levi Mello do. “Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade”. *Ciência Jurídica em Foco*, 2008. p. 67.

¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. 2010. *Tese de Doutorado*. Universidade de Coimbra.





Esta legislação infraconstitucional assume especial relevo e foi regulamentada pelo Decreto Federal 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Este ato normativo do Poder Executivo Federal define pessoa com deficiência de forma rígida, o que, a princípio, parece conflitar com a definição de pessoa com deficiência prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é notoriamente mais abrangente e elástica.

A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, que em seu artigo 37, §1.º, garante reserva mínima de 5% das vagas do concurso às pessoas com deficiência. No âmbito da União Federal, a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece em seu artigo 5.º, §2.º, que para as pessoas com deficiência “serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”. Para os concursos da Magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009, com a previsão de reserva mínima de 5% do total das vagas para os candidatos habilitados como pessoa com deficiência.

Todavia, a Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominado de Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual não dispôs expressamente sobre a reserva de vagas em concurso público, prevalecendo, portanto, as disposições legais e regulamentares anteriormente publicadas.

3. PROBLEMÁTICA: A (IN)COMPATIBILIDADE DA NORMA INTERNACIONAL FACE A LEGISLAÇÃO INTERNA

A definição de pessoa com deficiência é de fundamental importância, mormente quanto à reserva de vagas em concursos públicos, uma vez que a Administração Pública necessita de critérios objetivos para aferir o preenchimento dos requisitos para o candidato beneficiar da reserva de vagas. Some-se, ainda, que o concurso público atende aos princípios da igualdade e impessoalidade. Sendo assim, caso não se tenha critérios claros, é possível que fiquem excluídos da proteção legal quem dela efetivamente necessita, ao mesmo tempo em que se corre o risco de estendê-la a quem não faz jus.

A definição de pessoa com deficiência prevista na convenção em seu artigo 1.º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação





*com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas*¹¹.

A definição de pessoa com deficiência previsto na Convenção é aberto e abrangente, uma vez que, ao lado da deficiência em si, agrega o ambiente econômico e social no qual se insere o destinatário da proteção, ao se referir às interações com diversas barreiras. Ante essa peculiaridade, a própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. A deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.

No atual Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil (Lei n.º 13.146/2015) repete-se, *ipsis litteris*, a definição prevista na Convenção (artigo 2.º). Todavia, o Estatuto vai além e prevê a possibilidade de avaliação da deficiência por critério *biopsicossocial*, a ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, conforme preceitua o §1.º do artigo 2.º da Lei, o qual se transcreve:

Art. 2.º – Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1.º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;*
- II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;*
- III – a limitação no desempenho de atividades; e*
- IV – a restrição de participação.*

*§ 2.º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência*¹².

¹¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. Rio de Janeiro, Disponível em <www.mre.gov.br>. Acessado em 10 de outubro de 2017.

¹² Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acessado em 4 de outubro de 2017.





Não obstante a previsão de avaliação da deficiência pelo critério biopsicosocial, a referida regra está com sua vigência suspensa em até dois anos, conforme o artigo 124 do Estatuto “Art. 124. O § 1.º do art. 2.º desta Lei deverá entrar em vigor em até 2 (dois) anos, contados da entrada em vigor desta Lei.”

Assim, enquanto referida regra não entra em vigor, ainda prevalece, no âmbito interno, a definição de pessoa com deficiência prevista na legislação anterior ao Estatuto, considerando ainda que a Lei n.º 7.853/1989 e o Decreto n.º 3.298/1999 não foram revogados.

Portanto, ainda prevalece a definição de pessoa com deficiência previsto no Decreto n.º 3.298/1999, com as alterações promovidas pelo Decreto n.º 5.296/2004, principalmente para fins de reserva de vagas em concurso público, conforme consta em seu artigo 4.º, o qual se transcreve:

Art. 4.º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000Hz;

III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60.º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;*
- b) cuidado pessoal;*
- c) habilidades sociais;*
- d) utilização dos recursos da comunidade;*





- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Infere-se da leitura do Decreto n.º 3.298/1999, que a definição de pessoa com deficiência nele prevista, embora importante para subsidiar a Administração Pública na aferição da qualificação do candidato como pessoa com deficiência, não está em sintonia com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, uma vez que desconsidera o ambiente no qual inserido a pessoa com deficiência.

Ademais, verifica-se, também, que estabelece critérios rígidos, o que, a depender das circunstâncias, pode excluir da proteção pessoas que dela efetivamente precisam.

4. ENTENDENDO O CONFLITO NORMATIVO ENTRE TRATADOS (E CONVENÇÕES) INTERNACIONAIS E O DIREITO BRASILEIRO

No que diz com a hipótese específica dos direitos humanos consagrados no plano do direito internacional, que, por via da abertura propiciada pelo art. 5.º, § 2.º, da nossa Carta, passam a integrar – na condição de direitos fundamentais – o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não), a solução adotada pelo STF e seguida, ainda, por parte da doutrina e jurisprudência, não se revela constitucionalmente adequada¹³.

A Suprema Corte adotou entendimento no sentido de que os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados sem o procedimento do §3.º, do artigo 5.º da Constituição, ingressam no ordenamento pátrio com status de supralegalidade, conforme Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Ameri-

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 45-46.





cana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7.º, 7), ambos no anos de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. o status normativo supralegal dos tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posteriori ao ato de ratificação¹⁴.

Dispõe o item “e” do Preâmbulo da Convenção:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Ficou evidenciado que o conceito de pessoa com deficiência no âmbito internacional é aberto e em perene evolução. Já a regulamentação interna atual possui definição taxativa das deficiências, sem considerar as barreiras enfrentadas por essas pessoas em vista do contexto social, econômico e cultural no qual estão inseridas. Portanto, se pode inferir que haveria uma possível antinomia entre a Convenção e a legislação interna.

As divergências a respeito de quais deficiências habilitariam o candidato a concorrer às vagas reservadas têm ecoado na jurisprudência. Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça editou dois enunciados consubstanciados nas súmulas 377 e 552¹⁵.

Recentemente o órgão especial do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a surdez unilateral qualifica a pessoa como deficiente para fins de reserva de vagas, diversamente do posicionamento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do Recurso Ordinário n.º TST-RO-54-83.2015.5.12.0000, cuja ementa é a seguinte:

¹⁴ Recurso Extraordinário n.º 466.343-1/SP. PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*, vol. 12, pp. 05-09, 2008. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2017.

¹⁵ A súmula 377 estabelece que “o portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”, ao passo que a súmula 552 dispõe que “o portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos”.





RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PERDA AUDITIVA UNILATERAL – INCLUSÃO NA LISTA DE CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO

A jurisprudência desta Eg. Corte – interpretando de forma harmônica as disposições do Decreto n.º 3.298/99, em conjunto com as disposições legais e constitucionais pertinentes, bem como com o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – tem reconhecido o direito de os candidatos com perda auditiva unilateral concorrerem, em concurso público, às vagas destinadas às pessoas com deficiência. Precedentes. Recurso Ordinário a que se dá provimento¹⁶.

Na superação das antinomias entre a Convenção e a legislação interna deverá ser verificado se esta é insuficiente para se alcançar a máxima efetividade daquela. Se assim o for, deverá ser conferida interpretação que corrija a deficiência na regulamentação interna, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, tendo como finalidade conferir a máxima efetividade à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. No que tange ao objeto deste estudo, quando determinada deficiência não estiver elencada na legislação interna para fins de habilitação no concurso para o benefício de reserva de vagas, deverá ser verificado se esta exclusão é ou não proporcional (proibição da proteção deficiente), bem como se atende aos valores e princípios da Convenção (princípio da máxima efetividade)¹⁷.

5. CONCLUSÕES

Esse descompasso entre a atual legislação interna e a Convenção leva alguns autores a afirmar que o Decreto n.º 3.298/1999 permanece vigente e válido, mas tão somente para promover a inclusão, ao passo que, naquilo que conflitar com a Convenção deverá ceder para que a definição mais ampla da norma internacional prevaleça.

Nesse sentido se manifesta Luiz Alberto David Araújo:

¹⁶ ARANHA, Maria Salete Fábio. “Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência”. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, vol 11, n.º 21, pp. 160-173, 2001, p. 167-168.

¹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. “Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos”. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 104, pp. 241-286, 2009.





... a legislação interna deve ser aplicada quando for favorável à pessoa com deficiência. Se a pessoa estiver encaixada no conceito, por exemplo, do decreto regulamentar que disciplinava a matéria até então, pode pedir o seu enquadramento, porque o decreto poderia servir de instrumento para a Administração Pública. Mas o decreto não pode ter o condão de redefinir o que a Convenção definiu. Se ela não fixou causas, não pode o decreto fazê-lo. Imaginemos alguém que seja pessoa com deficiência, mas não se encaixe nas causas mencionadas (que são exaustivas) do decreto regulamentar que vem sendo aplicado. Ora, o conceito maior da Convenção deve prevalecer. O decreto continua no sistema apenas e tão somente para permitir que a Administração Pública reconheça, com mais facilidade, que é pessoa com deficiência. No entanto, se o conceito do decreto for restritivo e excluir determinada situação do conceito da Convenção, é evidente que deve este ser aplicado. (...) O decreto é válido na medida em que não serve de instrumento de restrição. Havendo clareza na definição, inegável que o decreto pode servir de base para as decisões da administração. A Administração Pública necessita (e esta seria a função do decreto regulamentar) de instrumento minucioso para a aplicação, com índices que permitam ao perito pela inclusão ou não da pessoa. São diversos aspectos, quer para a participação em concursos públicos ou recebimento do benefício assistencial, e tais direitos podem ser definidos por decreto regulamentar. No entanto, o decreto traz conceitos que são corretos e não permitem discussão. Nesse caso, o decreto se aplica. Havendo qualquer dúvida que leve à exclusão do indivíduo no conceito em que iria beneficiá-lo (por exemplo, pleito de vaga reservada, artigo 37, inciso VIII), o intérprete deve buscar a sua conceituação na Convenção. Assim, o decreto continua a ser utilizado, desde que não cause prejuízo para a pessoa com deficiência. Os motivos, certamente, não serão apenas aqueles elencados no decreto. Podem existir situações não contidas no decreto e que estão perfeitamente contemplados pelo conceito da Convenção. Por isso, a Administração Pública deve estar atenta para aplicar o decreto como instrumento de inclusão, não de exclusão¹⁸.

Conclui-se que os tratados de direitos humanos impactam diretamente o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, sejam equivalentes às emendas constitucionais, sejam supralegais, estão acima da legislação infraconstitucional, servindo, doravante, de parâmetro de verificação de compatibilidade das leis, utilizando-se de mecanismo denominado controle de convencionalidade,

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”. Série *Legislação em direitos humanos. Pessoas portadora de deficiência*. Corde, 2003, pp. 38-40.





ressaltando, ainda, o necessário e imprescindível diálogo das fontes, conforme será detalhado¹⁹.

Buscar a harmonização da legislação interna com a Convenção é de salutar importância, uma vez que se considerasse revogadas as disposições do Decreto n.º 3.298/1999 a Administração Pública estaria sem respaldo regulatório, o que comprometeria a segurança das relações jurídico-administrativas. Portanto, enquanto não surja nova regulamentação com base nas diretrizes fixadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, devem prevalecer as definições do Decreto n.º 3.298/1999 naquilo que não restringir ou conflitar com a Convenção.

Deve-se aplicar o *diálogo das fontes*²⁰, tema que será detalhado linhas abaixo. Com efeito, a Convenção traz *cláusula de diálogo* (Artigo 4, item 4), assim como o Estatuto (artigo 121, parágrafo único).

Assim, deverá ser aplicada a norma mais favorável à pessoa com deficiência, privilegiando o *diálogo* entre os diversos instrumentos normativos. Não se permite, peremptoriamente, que se condicione a interpretação da Convenção com base na lei e muito menos em decreto regulamentar, o que representaria desvirtuamento da finalidade da proteção.

Sem embargo, é importante frisar que a intervenção judicial deverá ser cautelosa e se embasar em prova pericial realizada nos moldes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, que busque aferir a deficiência por critério biopsicossocial e seja realizada sempre que possível por equipe multiprofissional e interdisciplinar, de forma a conferir racionalidade à intervenção judicial. Dessa forma, evita-se que a intervenção judicial ao invés de atender a igualdade material, promova mais desigualdade, quando se permitir o benefício de reserva de vagas a quem não se enquadra como pessoa com deficiência ou deixe de conferi-lo ao candidato que efetivamente necessita.

¹⁹ DHANDA, Amita. “Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências”. Sur, *Rev. int. direitos humanos*, v. 8, n. 5, pp. 49-52, 2008.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Elsevier Brasil, 2004, p. 87.





5. REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. “Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade”. *Ciência Jurídica em Foco*, 2008.

AMORIM, Celso. “O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agenda positiva”. *Política Externa*, vol. 18, n.º 2, p. 67-75, 2009.

ARANHA, Maria Salete Fábio. “Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência”. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, vol. 11, n.º 21, p. 160-173, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”. In: *Série Legislação em Direitos Humanos – Pessoas portadora de deficiência*. Corde, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Elsevier Brasil, 2004.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. *A Afirmação Histórica Dos Direitos Humanos*. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de Coimbra.

CARVALHO RAMOS, André de. “Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos”. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, 2009.

DHANDA, Amita. “Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências”. In: *Sur, Rev. int. direitos humanos*, vol. 8, n.º 5, pp. 49-52, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional*. Rio de Janeiro, Disponível em <www.mre.gov.br>. Acessado em 10 de outubro de 2017.

MAZUOLLI, Valério. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*, vol. 12, p. 05-09, 2008. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.





IGUALDADE DE ACESSO À SAÚDE. DIREITOS REPRODUTIVOS DO CIDADÃO PORTADOR DE DOENÇA MENTAL

João Proença Xavier²¹
Professor Doutor em Direitos Humanos
Universidade de Salamanca (Espanha)

Equal Access to Health Care. Reproductive rights of patients with mental health problems.

Resumo: Breve Análise das questões de incapacidade sensorial e física e das “discapacidades psíquicas”, no âmbito da reflexão feita na óptica do acesso às técnicas de PMA em contexto Ibérico, com enfoque na possibilidade de acesso elegível por parte de portadores de doença mental... às referidas técnicas...

Palavras-Chave: Igualdade de acesso à Saúde; Inclusão; Direitos Reprodutivos dos portadores de doença mental; Direitos Humanos.

²¹ Pósdoctoral Research Scientist – “Direitos Humanos em Perspectiva Comparada Brasil Espanha”. Instituição: IURJ – Instituto Universitário do Rio de Janeiro e Universidade de Salamanca. Bolseiro de Mérito da Fundação Geral da Universidade de Salamanca / CEB – Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca – Doutor em Direitos Humanos PPDH/USAL – pela Universidade de Salamanca – Espanha, especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado / Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. joao.proenca.xavier@usal.es – Membro do Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, no Porto – Portugal – Membro do Grupo Internacional “*Dimensions of Human Rights*”. Investigador Principal: Fundação da Ciência e Tecnologia – FCT – Integrado no CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – Universidade de Coimbra – Portugal. Jurisconsulto em pareceria com FAF Sociedade de Advogados, SP, RL. Membro Fundador do OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; AVOGADO EUROPEU com a Insignia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha. Membro da Sociedade Portuguesa da Medicina da Reprodução – SPMR.





Abstract: Brief analysis of sensorial disabilities and the psychological disabilities, in the reflection concerning the access of Medical assisted Reproduction technics in Iberian context, focusing in the possibility of eligible access of mental health patients... to this technics...

Key Words: Equal access to Health Care; Inclusion; Reproductive rights of patients with mental health problems; Human Rights.

Em Janeiro de 2017, tive oportunidade de estar presente, no Colégio Mayor Fonseca, em Santiago de Compostela, a convite do Congresso Internacional sobre Direito Actual (onde actualmente faço parte do Ilustre Conselho Científico). No Congresso falei sobre a minha área de investigação preferencial, as técnicas de reprodução medicamente assistida, no âmbito da Biomedicina e Direitos Humanos, e aí tive oportunidade de citar a “Exposição de Motivos” da lei Espanhola vigente, que nas palavras da Querida Professora de Direito Civil da Universidade de Múrcia Encarna Serna Meroño, admite, conforme tradução minha, que: *“...a regular a utilização e aplicação das técnicas de PMA, não só se teve em conta a sua vertente de solução dos problemas de esterilidade, como também tem o seu âmbito de actuação no desenvolvimento de outras técnicas complementares, para prevenir, evitar, em certos casos, o aparecimento de doenças em pessoas nascidas que carecem de tratamento curativo, tendo até, ido mais além, dado que o diagnóstico preimplantatorio abre novas portas na prevenção de doenças genéticas que carecem de tratamento na actualidade, admitindo-se a possibilidade de seleccionar pré-embriões, para que, em determinados casos e com o devido controle e autorização administrativa, possam ser uma ajuda para salvar a vida de um familiar do paciente (à semelhança do bebé medicamento).”*²² onde indica que: *“El actual legislador asume que la utilización de las técnicas ya no puede quedar constreñida a servir como remedio de la esterilidad, pero no considera oportuno introducir en el texto legal de forma expresa el reconocimiento de un derecho a procrear de contenido poco preciso.”*

Assim conforme o respectivo anexo, recolhem-se as técnicas que hoje reúnem as condições de acreditação científica e clínica indicadas, mas também se habilita a autoridade Sanitária correspondente para autorizar, mediante

²² Ver: O comentário de Encarna Serna Meroño em: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana...*, p. 184.





parecer prévio da CNRHA – Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, a prática provisional e tutelada como técnica experimental da uma nova técnica, que uma vez constatada a sua evidencia científica e clínica conduzirá à actualização da lista de técnicas autorizadas pelo Governo mediante Real Decreto.²³

Nestes termos repestinei, esta temática, com interesse julgo, neste artigo, conforme aliás já fiz também no convite científico que me foi endereçado pela Ilustre Sociedade de História Interdisciplinar da Saúde – SHIS para falar, no Auditório da Delegação do Centro da Ordem dos Farmacêuticos no âmbito das Jornadas Internacionais da História da Loucura Psiquiatria e Saúde Mental, que decorreram em Coimbra,

Em nossa opinião, como para a autora citada, os pressupostos para uma mulher poder ser usuária/receptora das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, implicam: requisitos de capacidade e requisitos/circunstâncias pessoais, para além das questões dos consentimentos, que não nos cumpre analisar aqui com profundidade...

Para esta civilista da Universidade de Múrcia: a primeira exigência que estabelece a lei espanhola, é que a mulher usuária das técnicas de reprodução assistida seja maior de idade, tendo portanto cumprido os 18 anos e tenha plena capacidade de trabalhar. Com a maioridade adquire-se a plena independência jurídica, independentando-se do *potestas* família, e com essa independência vem o poder de realizar: “*todos los actos de la vida civil.*”²⁴ Apesar da nova lei de PMA Espanhola, estabelecer “idade mínima”, a partir da qual a mulher pode usar as técnicas, nada diz sobre a “idade máxima” para a possibilidade da

²³ Conferir sobre esta matéria: Lei Espanhola – *Ley 14/2006, de 26 de Maio*, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (cfr. art. 2.2).

²⁴ Ver: Artículo 322 del Código Civil Español. Cit.: *Idem*, p. 185. na opinião da autora Cit.: *En la práctica, es habitual que las usuarias de las técnicas sean mujeres que han sobrepasado con creces la mayoría de edad, pues suelen ser en edades más avanzadas cuando se inician los tratamientos de fertilización, en concreto en España la edad media está fijada en los 35 años.*





sua utilização.²⁵Na voz da especialista Encarna Serna Meroño, cit. (tradução nossa): “*Está certo como assinala a lei (Espanhola), que a equipa médica informe dos riscos e dificuldades que: “podem derivar da maternidade numa idade clinicamente inadequada”, mas pergunto se não seria arbitrária a fixação de uma idade concreta para todas as mulheres?, com a avaliação de quem?, que idade seria justificada hoje?, com base em que raciocínios? Na sua opinião, a fixação de uma idade limite, só pode ser imposta pelo legislador, pois é aquele que está legitimado para fixar restrições às possibilidades de actuação de uma pessoa, a neste caso, ser usuária das técnicas de reprodução medicamente assistida, pois uma proibição, só por questões de idade, poderia interpretar-se como uma violação do direito constitucional a um adequado e livre desenvolvimento da personalidade que tem toda a pessoa (cfr. art. 10 CE)*”²⁶Focados os requisitos de capacidade, falemos agora das circunstâncias e pressupostos pessoais, na lei Espanhola 14/2006 de 26 de Maio, que exige plena capacidade de trabalhar para que a mulher possa ser usuária das Técnicas de PMA, mas que de facto é muito mais “liberal” e flexível relativamente às demais circunstâncias pessoais a observar. Para a investigadora Encarna Serna Meroño, segundo a lei Espanhola 14/2006 de PMA é indiferente qual seja o estado civil da mulher, parece evidente que dentro das diferentes situações jurídicas que se configuram no nosso sistema jurídico como estados civis, aqui se refere a aqueles que vêm determinados pela celebração ou não do matrimónio, podendo a mulher usuária estar casada, solteira, separada, divorciada ou viúva.²⁷ (de notar que no caso português esse é actualmente também o entendimento da legislação nacional em vigor, fruto das recentes revisões que o legislador veio a realizar à lei de procriação medicamente assistida em Portugal... algumas em fase de análise extemporânea e polémica

²⁵ Ver: *Idem*, A opinião da autora Serna Meroño, Encarna Cit.: *Esta importante cuestión parece que ha quedado a la discrecionalidad del equipo médico. (Y bien en nuestra opinión) En la actualidad, hay cierta coincidencia en la clase médica y los Centros de reproducción asistida suelen fijar los 50 años como edad máxima para que la mujer pueda someterse a los tratamientos médicos que exigen la utilización de estas técnicas, criterio que viene justificado sobre todo por una cuestión de efectividad de los procedimientos a seguir, ya que a medida que la edad de la mujer avanza es más difícil obtener éxito y lograr por estos medios el embarazo de la mujer.*

²⁶ Ver: Opinião da autora Serna Meroño, Encarna, em: *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana...*, p. 185/ss.

²⁷ Ver: *Idem*, p. 187, *Idem*, Serna Meroño, Encarna, Cit.: *Como es sabido, la posibilidad de que la mujer sola pudiera ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida levantó (...) gran polémica.*





por parte quer da sociedade civil quer da comunidade médica... dado já estarem “a valer” no nosso ordenamento, algumas há já algum tempo...).

Apesar de algumas críticas sobre o “não apropriado” uso das técnicas de PMA por mulheres solteiras/sós, actualmente em Espanha, está generalizada a sua utilização e perfeitamente sustentada juridicamente a sua aplicação.²⁸ A actual lei espanhola, também dispõe que a mulher possa ser usuária das técnicas independentemente da sua orientação sexual.²⁹ O legislador espanhol alterou todas as inferências legais, fundadas em discriminação sobre as escolhas sexuais, pretendendo alcançar a maior equidade, tendo em vista o respeito pela livre orientação sexual das pessoas com distintas opções. Desta forma Espanha está entre os países da vanguarda, aceitando o casamento de pessoas do mesmo sexo, (como aliás também já faz Portugal na actualidade), como também a adopção conjunta de crianças por casais de orientação homossexual, garantindo os plenos direitos e bens de igualdade “matrimonial” ao casais do mesmo sexo, pretensão já antiga, com mais de uma década no direito espanhol e um pouco menos no direito português...

Assim, toda a mulher, independentemente da sua orientação sexual pode ser usuária das técnicas de PMA em Espanha, bastando para tal reunir estes requisitos requeridos pela lei.³⁰

Dando cumprimento ao tema aqui apresentado igualdade de acesso á saúde, cumpre recordar que, a Disposição Quinta da Lei Espanhola, defende o acesso

²⁸ Ver: *Idem*, p. 187 y 188, *Idem* Meroño, S.E. que cita o Tribunal Constitucional Espanhol, que responde à sentença de recurso de inconstitucionalidade inteposto contra a LTRA/1988 (antiga Lei de PMA Espanhola) que declarou que *Cit.: la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar.*” Siendo la finalidades y justificación de la propia ley *“las de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.*

²⁹ Ver: *Idem*, p. 189, opinião de Serna Meroño, Encarna, *Cit.: ... para algunos autores, (...) prohibir la inseminación de una mujer sola por este motivo (presunción de seré mujeres lesbianas) suponía una presunción de homosexualidad en todas las mujeres a todas luces inadmisibile y en todo caso no se consideraba argumento de suficiente peso.*

³⁰ Ver: *Idem*, p. 191, interessante visitar Serna Meroño, Encarna, que indica que *Cit.: ... es curioso advertir que (...) a la hora de regular los consentimientos necesarios y previos a que la mujer se someta a la práctica de las técnicas (lo legislador), no ha tenido en cuenta que hoy la mujer puede estar casada con un hombre, pero también con una mujer.*





às Técnicas de PMA às pessoas afectadas com “*discapacidad*”, na medida em que exige a não discriminação de pessoas inválidas ou com capacidade diminuída³¹ seguindo o mandato Constitucional de protecção dos diminuídos, plasmado no Artigo 49º da Constituição Espanhola: “Titulo I. De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo tercero (De los rectores de la política social y económica) cit.(tradução nossa): “*Os poderes públicos realizarão uma política de previsão, tratamento, reabilitação e integração dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, a quem prestarão a atenção especializada que necessitem e os ampararão especialmente para poderem gozar dos direitos outorgados neste título a todos os demais cidadãos*”³²Por seu lado, a lei Espanhola 51/2003, Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con Discapacidad, de 2 de Dezembro, indica no Preâmbulo: “...as pessoas com “discapacidade” constituem um sector da população muito heterogéneo, no entanto todas têm em comum que em maior ou menor medida precisam de garantias suplementares para viver com plenitude seus direitos ou partilhar em igualdade de condições com o resto dos cidadãos a sua vida económica, social e cultural...”³³

A pesar desta temática, ser de grande sensibilidade, e na realidade o seu estudo e análise pudessem dar lugar a uma investigação doutoral complexa e de tema único, não resistimos aqui, a continuar, a falar um pouco mais da nossa sensibilidade nesta matéria, de forma breve, atentos no entanto à importância do tema em geral que aqui resulta natural a conexão com as questões da Bioética, dos Direitos Humanos e da saúde mental, mote presente na minha investigação e incontornável na redacção do presente artigo científico. Na realidade, ainda não falámos da “discapacidade” impeditiva da pessoa para se poder governar a si mesma, que determina de facto, uma incapacidade jurídica, não no sentido jurídico de poder ser “destinatário de direitos”, mas

³¹ Ver: *Idem*, sobre este assunto Serna Meroño, Encarna, cit.: *Esta norma se incluye dentro de la tendencia macada por el nuevo legislador de exigir sólo como requisito imprescindible que la mujer tenga la plena capacidad de obrar para someterse a las técnicas de reproducción asistida y con ella la presunción de suficiente madurez psicológica para saber el alcance de sus actos*. Véase: sobre gobierno o capacidad de gobierno de sí mismo, los Artículos 199 y siguientes del Código Civil Español...

³² Ver: *Ley 51/2003 de 2 de Dezembro*.

³³ Ver: Preâmbulo da *Ley 51/2003 de 2 de Dezembro*. A lei aponta que existem em Espanha 3,5 milhões de pessoas com “discapacidad”.





no sentido de poder ser “usuário pleno” desses direitos, por razão dessa incapacidade...jurídica...

Relativamente à minha área de trabalho de investigação, e em coerência com o apresentado anteriormente, em matéria de técnicas de PMA, o usuário necessita de “*madurez*” psíquica, mas também de uma natureza física disponível para ser “capaz” de utilizar funcionalmente as medicinas necessárias, para fazer funcionar as técnicas. De facto, as pessoas em geral, sobretudo as que apresentam uma “discapacidade”, carecem sempre de uma “dose de loucura”, mas que não dispensa sempre um núcleo essencial de “compreensão mínima”, sem a qual o seu consentimento, prévio, informado e obrigatório não pode produzir os seus efeitos legais e clínicos em conformidade com as exigências da liberdade e da consciência. Assim, segundo esta reflexão, somos da opinião que as “discapacidades dos sentidos”, não serão por certo determinantes na possibilidade de acesso às técnicas de PMA, quando se cumpram os requisitos básicos por parte do candidato com discapacidade sensorial para obter o consentimento informado sobre aceitação do tratamento e compreensão dos riscos subsequentes...³⁴

Na nossa opinião, as “discapacidades psíquicas” ditas mentais, não podem por seu lado, inviabilizar o “umbral” de compreensão do que falámos atrás, sob pena de comprometer o acesso da “candidata” às técnicas de PMA. Uma vez salvaguardado este aspecto, por parte dos médicos participantes, dissipando as dúvidas de compreensão dos riscos e extensão do tratamento, apresentada a informação, de modo simples e adequado às “condições de compreensão” do receptor, não me parece que possa ser negado, por esta via, o acesso às técni-

³⁴ Ver: *Idem*, p. 192/ss., no mesmo sentido Serna Meroño, Encarna. Cit. *...los casos de discapacidades sensoriales sólo plantearán la necesidad de que los Centros se les suministre la información necesaria para poder emitir la usuaria un Consentimiento informado por los medios oportunos que garanticen un conocimiento adecuado de los tratamientos a seguir y de los riesgos y consecuencias que éstos pueden producir. En principio, este tipo de discapacidad no plantea ningún inconveniente para que quien padece pueda convertirse en madre.*





cas, em razão da sua “discapacidade” à futura usuária das mesmas.³⁵ Afinal, o que nos parece mais difícil, será compaginar algumas “discapacidades físicas” de tipo “mecânico”, que de algum modo impossibilitem a aplicação e subsequente êxito das técnicas, mas que tão pouco devem, na nossa humilde opinião, ser negadoras do acesso às técnicas por parte dos candidatos portadores das mesmas, sendo que na nossa opinião essa avaliação deverá ser feita “caso a caso”...³⁶ Aceitando a influência da Professora Civilista da Universidade de Múrcia, nestas matérias, haveria que analisar “*la voluntariedad*” como exigência para a prática das técnicas de PMA, a que chamamos “Consentimentos Necessários”, às técnicas de PMA. Não obstante, aqui deixamos indicação da direcção apontada pela Professora no que toca a um conjunto de “Consentimentos” importantes a analisar e que são os normais nestas questões da PMA e que na sugestão da citada investigadora podem ser: “Consentimiento informado de la mujer.” “Consentimiento del cónyuge hombre.” “Consentimiento del cónyuge mujer.” “Consentimiento del hombre que convive con la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida.” Pode dizer-se que todos os citados se podem encontrar na lei espanhola, completados com outras problemáticas, como são as finalidades proibidas da PMA, o direito ao conhecimento

³⁵ Ver: *Idem*, Serna Meroño, Encarna, que indica que Cit.: *Las discapacidades de carácter psíquico tienen que ser necesariamente compatibles con que la mujer usuaria pueda comprender toda la información que el equipo médico tiene que proporcionarle de manera obligatoria sobre los tratamientos a seguir en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ya que, uno de los presupuestos necesarios para su práctica es que la mujer, en todo caso, preste su consentimiento libre y consiente. Esta circunstancia exige que la información y el asesoramiento a que se refiere la ley se deban prestar a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades.*

³⁶ Ver: *Idem*, Serna Meroño, Encarna, Cit.: *...importantes anomalías de tipo físico, estos supuestos necesitarán ser valorados de forma integral por el equipo médico que deberá informar de todos los riesgos que la usuaria asume, e incluso, aunque la mujer acepte los riesgos, acaso cabe que los propios facultativos pudieran negarse a realizar su práctica puesto que las condiciones existentes desde una perspectiva clínica así aconsejara. Porque, el deber principal de cuidados que asume el médico con respecto al paciente, si bien surge, normalmente, a cargo del, médico junto con otros deberes como consecuencia de la celebración de un contrato, aun cuando no hay contrato se imponen al médico, ya que son deberes derivados de la propia naturaleza de la actividad médica. Se trata de “deberes ex officio” del médico, impuestos a este en cuanto tal.*





das origens genéticas ou o anonimato dos doantes,³⁷ que aqui apontamos mas cujo estudo mais profundo, programamos fazer em outro artigo...

Em Portugal, conforme indicam as investigadoras de Lisboa Paula Silva e Marta Costa, o Tribunal Constitucional Português, segundo o Artigo 4.º da Lei Portuguesa de PMA, consagra o princípio da subsidiariedade em sentido amplo, no sentido em que permite o recurso às técnicas de PMA, fora das situações de infertilidade, mas apenas quando seja estritamente necessário para o tratamento de doenças graves ou para eliminação de doença genética, infecciosa ou outras... No entanto, conforme já indicámos, através das “recen-tes” alterações legais a nova lei portuguesa, concede o alargamento das técnicas a outros destinatários, e a um novo conjunto de elegíveis, seguindo o exemplo espanhol, mantendo no entanto as directrizes maiores e capazes... o que nos trás de volta à nossa temática da igualdade no acesso à saúde compaginando o tema com o dos Direitos reprodutivos do cidadão portador de doença mental... e por isso, mais que uma resposta que não tenho, em honestidade intelectual aqui deixo a questão, que tenho:

Serão os doentes mentais capazes de aceder às técnicas de PMA em Portugal, conforme aqui se demonstrou ser possível em Espanha e ficou sugerido pela nossa análise do sistema espanhol...? Ou o mero acto de tentar será só por si, considerado uma Loucura...?

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, F. y Caro, J.S., *Bioética y Ley en reproducción humana asistida: Manual de Casos Clínicos*, Granada, Comares, 2009.

ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003.

ARA PINILLA, I., *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.

³⁷ Ver: *Idem*, “Ancora”, Meroño, S.E., que nos plantea de forma muy interesante de lo que llama la *Imposibilidad de influir en las Condiciones personales del Donante de Semen*, Cit.: *En mi opinión, aunque no sería acertado introducir la posibilidad de que en las técnicas de reproducción asistida se propiciara la selección del material reproductor “a la carta”, tal como está sucediendo, por ejemplo en los EE UU, donde los medios de comunicación nos informan del negocio floreciente del “broker de embriones”, sí me parece adecuado que la mujer usuaria de las técnicas pueda tener cierta autonomía a la hora de poder decidir sobre algunas circunstancias visibles del genotipo del donante de semen, siempre que ello fuera compatible con lograr un correcto y adecuado resultado de la fecundación asistida.*



BARBAS, S. Marcos Neves, “Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial “post mortem”, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, tomo II, 7.º, pp. 21 – 24.

BARBAS, S. Marcos Neves, “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, Jan/Jun., pp. 103 – 113.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995.

COELHO, Pereira y Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I (3.ª ed.), Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Conseil de L’Europe, *Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*, Dossier sur les Droit de L’Homme, 7, Strasbourg, 1985.

DÍAZ, Martínez A., *Régimen de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson S.L., 2006.

GODAY VÁZQUEZ, M. Olaya, *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*, Madrid, Dykinson S.L., 2014.

HIDALGO Ordás, M.C., *Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente: En el marco del experimentación génica*, Barcelona, Bosch, 2002.

Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), *The HFEA guide to infertility and directory clinics*, 2005/2006.

IDIÁKEZ ITIZIAR, Alkorta, *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.

LLEDÓ YAGUE, F. y OCHOA MARIETA, C. y Monje Balmaseda, O., *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo*, Madrid, Dykinson, 2007.

LOUREIRO JOÃO, C., “Filho (s) de um gâmeta menor? Procriação medicamentada assistida heteróloga”, *Lex Medicinæ*, n.º 6, Ano 3.º, 2006, p. 5 - 48.

MAGALHÃES, S. M., *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga – Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Mota Pinto, Paulo, “Indeminização em caso de ‘Nascimento Indevido’ e de ‘Vida Indevida’ (‘Wrongful Birth’ e ‘Wrongful Life’), in *Lex Medicinæ*, 4, 7, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Beneficiários da Procriação Assistida” in *Temas de direito da medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 31 – 58.

PÉREZ LUÑO, A.E., *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Navarra, Aranzadi, 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia, *O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014.

ROMEO CASABONA, C., (Ed.), “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, 24, enero/julio 2006, pp. 75/ss.

SILVA PAULA, M, y Costa, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa, 2011.

VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.





VALE E REIS, R., “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Soluções Criminalmente Duvidosas”, in *Lex Medicinæ*, 7, 13, 2010.

PROENÇA XAVIER, João, “Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida”, Tesina Doctorado *Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*, Salamanca, 2012.

LEGISLAÇÃO

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>> [30 diciembre 2015].

Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, Lei 32/2006 de 26 de Julho [fdunl.pt](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf), <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf> [30 diciembre 2015]. (Versão actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º da Lei n.º 59/2007 de 04 de Setembro – Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1> [30 diciembre 2015].

Ley Española de Procreación Medicamente Asistida, Ley 14/2006 de 26 de Mayo, (versión incluida en la Tesis del Autor). <<http://www.bioeticaweb.com>> [30 diciembre 2015]. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292 Texto Consolidado – Última modificación: 14 de julio de 2015). <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> [30 diciembre 2015].

Publicação da Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que alarga o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

<http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/Lei_17_2016.pdf> [29 diciembre 2016].







EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO SERVIÇO SOCIAL NO SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE): REFLEXÕES SOBRE A ATUAÇÃO EM ONCOLOGIA

Thaís Cavalcanti Marques
Assistente Social e Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Serviço Social e Desenvolvimento Regional da UFF³⁸

Joyce Helena Martins Leal
Assistente Social e Especialista em Gestão Pública Municipal
pelo Programa de Especialização do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da UFF)

Afiliação: Assistentes Sociais Residentes do Programa de Residência Multiprofissional do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva.

Resumo: De acordo com estudos e estimativas que discutem a incidência dos casos de câncer em vários países, ressalta-se o reconhecimento dessa patologia como um problema de saúde pública mundial. Com isso, o estudo tem como tema o Serviço Social na área de oncologia, tendo como objetivo analisar os principais limites presentes na Política Pública de Saúde no Brasil, assim como refletir sobre a atuação do Serviço Social nesta Política especificamente no campo da oncologia, buscando ainda discutir as estratégias possíveis para a atuação junto aos usuários dos serviços de saúde e suas famílias. A presente pesquisa se trata de uma Revisão Integrativa de Literatura, que compreende a análise das produções científicas publicadas. Foram analisados 15 estudos e legislações pertinentes à temática e a partir disto foram traçadas como categorias de análise: a trajetória dos pacientes oncológicos desde a inserção pela atenção básica até a regulação para alta complexidade, retratando suas dificuldades neste trâmite; reflexão sobre o processo de precarização das políticas

³⁸ Universidade Federal Fluminense.





públicas brasileiras ocasionadas pelas estratégias neoliberais; limites e possibilidades de atuação do Serviço Social na política de saúde, especificamente relacionada ao tratamento oncológico.

Palavras-Chave: Serviço Social, Políticas Públicas, Oncologia

INTRODUÇÃO

A patologia do câncer é reconhecida cientificamente como uma doença crônica não transmissível, ocasionada pelo crescimento desordenado de células que invadem tecidos e órgãos, podendo se espalhar para outras regiões do corpo. É uma patologia causada por múltiplas variáveis, que podem ser de natureza interna (questões biológicas e hereditariedade) e externas (exposição a fatores de risco cancerígenos presentes no meio ambiente), ou pela fusão destes dois tipos de inserção³⁹. Como apontado pela compilação dos registros da “Estimativa 2016 – Incidência de Câncer no Brasil”, organizado pelo INCA (Instituto Nacional de Câncer José de Alencar Gomes da Silva), retrata-se que pela *World Cancer Report 2014* organizada pela *International Agency for Research on Cancer* (Iarc), da Organização Mundial de Saúde (OMS), verifica-se uma incidência cada vez maior de agravos e quantitativos por doenças crônicas não transmissíveis, sobretudo em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

As casualidades, números de casos e os tipos de câncer devem ser analisados a partir da conjuntura macro, a qual engloba distintos determinantes sociais, que são formulados por diferença regional, variação de cultura, situação socioeconômica, dentre outros fatores. Com base na estimativa mundial da *Globocan/Iarc* de 2012, os tipos de câncer com maior incidência (sem considerar os cânceres de pele não melanoma) são o de pulmão, mama e intestino, sendo os mais frequentes nas mulheres o de mama (25,2%) e nos homens o de pulmão (16,7%). Especificamente sobre a América Latina e Caribe, os cânceres com mais incidência também são os mesmos do espectro mundial, entretanto,

³⁹ Fonte: INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA. “O que é câncer?” Rio de Janeiro. Disponível em <www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322>. Acesso em 09 out de 2017.





também pontua-se o câncer de colo do útero⁴⁰ com uma prevalência relevante em relação ao adoecimento das mulheres, tendo a sua causa intrinsecamente relacionada com condições socioeconômicas menos favoráveis.

Neste contexto, é visto a existência de dificuldades enfrentadas pelos pacientes oncológicos, no que tange ao acompanhamento dos cuidados para além da cura dos aspectos biológicos, uma vez que, o processo de tratamento acarreta mudanças profundas no cotidiano dos usuários e sua rede social de apoio, tendo ainda neste trâmite os rebatimentos dos desmontes das políticas públicas ocasionados pela estratégia neoliberal de acumulação na contemporaneidade.

O interesse pela temática surgiu da experiência enquanto Assistentes Sociais inseridas no Programa de Residência Multiprofissional em Oncologia do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) nos anos de 2016 e 2017, onde foi possível refletir sobre as realidades sociais dos usuários atendidos nas diferentes unidades de saúde do INCA, que se encontra no nível terciário de atenção à saúde (alta complexidade). Com isso, este estudo busca contribuir para o aprofundamento das discussões sobre o contexto do acesso e continuidade no processo de tratamento na rede de saúde pública brasileira, no que diz respeito aos pacientes com câncer, possibilitando também uma análise reflexiva de construção das estratégias direcionadas à melhores práticas em saúde e formulação do plano de cuidado dos usuários, principalmente em relação ao exercício profissional do Serviço Social.

O estudo tem como tema o Serviço Social na área de oncologia e objetiva-se analisar os principais limites presentes na Política Pública de Saúde, assim como refletir sobre a atuação do Serviço Social no campo da oncologia, discutindo as estratégias possíveis para a atuação junto aos usuários dos serviços de saúde e suas famílias. Como metodologia foi realizada uma revisão integrativa de literatura, buscando compreender como a temática tem sido abordada por diferentes autores. Com isso, foi produzido um debate entre distintos artigos que discutem temas relacionados ao SUS, entendido pelo seu conceito ampliado em conjunto com a oncologia, além de publicações do Ministério da Saúde (INCA) e normativas que abordam a incidência do câncer e seus determinantes sociais, assim como literaturas e legislações que dissertam sobre

⁴⁰ Segundo dados disponibilizados pelo INCA (2016), trata-se do terceiro tumor mais frequente na população feminina, atrás do câncer de mama e do colorretal, e a quarta causa de morte de mulheres por câncer no Brasil.





o exercício profissional do Serviço Social, e a atuação específica deste profissional na política de saúde brasileira.

Neste contexto, o trabalho em tela trata-se de uma revisão do arsenal teórico, que compreende a análise das produções científicas que podem contribuir para a tomada de decisão e melhoria da qualidade da assistência prestada e criticidade em relação às reflexões teóricas, por meio do resumo das evidências científicas existentes sobre o assunto investigado, além de apontar as lacunas do conhecimento existentes (MENDES *et. all.*, 2008). Este tipo de pesquisa segundo Pompeo (2009) tem por finalidade reunir e sistematizar os estudos realizados sobre um determinado assunto, fazendo uma análise de forma sistemática em relação aos seus objetivos, materiais e métodos, e construir uma conclusão decorrente dos resultados evidenciados nos estudos.

DESMONTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – IMPACTOS NO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

Seguindo a cronologia da política de saúde no Brasil, observa-se que a mesma teve como pressuposto inicial de normatização de sua concepção ampliada na constituinte de 1988, a qual sistematiza a feitura do Sistema Único de Saúde, popularmente conhecido como SUS, e é regulamentada pelas leis 8.080/90 e 8.142/90. Entretanto, tais iniciativas foram fixadas no período em que o Brasil passou pelo processo de implantação das medidas neoliberais, o que ocasionou um desmonte de muitas conquistas adquiridas por lutas advindas das décadas anteriores, especialmente no que diz respeito ao tripé da seguridade social e os serviços oferecidos pela esfera estatal como um todo.

Com isso, destaca-se que, na década de 1990, no território brasileiro, ocorreu uma “contrarreforma do Estado”, ao invés de uma reforma como previsto pelo movimento de redemocratização organizado nos períodos ditatórias na história progressa, acarretando um dismantelamento e precarização dos parques direitos conquistados (BEHRING, 2013). Salienta-se que alguns autores afirmam que o Brasil nunca passou por um período de pleno bem-estar social, como em determinados períodos estratégicos que os países de capitalismo central viveram. Francisco de Oliveira (2003) afirma que tivemos um “Estado de mal-estar social”, o qual nunca reconheceu o pleno emprego e políticas inteiramente públicas que disponibilizassem serviços gratuitos e de qualidade para a população, pois temos um histórico de políticas rasas, fragmentadas, assentadas





em parcerias entre o setor público e o privado (igreja, empresa e caridade da classe abastada), desvincilhando-se, quase sempre, da garantia de universalidade dos direitos.

Especificamente sobre a política de saúde brasileira, salienta-se que, as mesmas nas suas legislações e normativas é preconizam seu conceito ampliado, o qual é norteador para podermos analisar a esta política pelos seus determinantes sociais na sua totalidade. Na lei n.º 8.080/90, em seu artigo 3.º define-se o seguinte conceito de saúde:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer, e o acesso aos bens e aos serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990).

Observa-se que o projeto de sociedade defendido pelo Brasil na atualidade é o oposto ao projeto profissional do Serviço Social e do sistema público de saúde ampliado, universal e gratuito defendido pelas legislações que abarcam a temática do SUS. Pelas legislações que respaldam o SUS, é posto a defesa intransigente que todos os usuários devem ter acesso universal, integral aos serviços prestados. Entretanto, diversos determinantes ocasionados pelo desmonte das políticas públicas interferem intensamente no processo de cuidado dos usuários em distintas políticas, sobretudo no que diz respeito ao acesso e continuidade do tratamento de saúde. Por isso, salienta-se, no percurso do exercício profissional, a necessidade de refletir, a todo momento, sobre os direitos dos usuários que estão sendo postos em pauta em uma conjuntura contrária a valorização de serviços pelo viés das políticas públicas e viabilidade efetiva da garantia dos direitos. De acordo com Oliveira (2017):

[...] no contexto atual, o abismo entre o que está preconizado formalmente e a realidade que se apresenta para a população usuária dos serviços de saúde no país. Behring (2008), refletindo sobre o conceito de universalização excludente, destaca que há uma dualização entre um sistema pobre para os pobres e um padrão maior de qualidade para os que podem pagar por serviços mais corriqueiros, recordando que os serviços de alta complexidade – como o caso em pauta – permanecem no setor público (p. 100).





Diante disto, nos pontos a seguir, serão explanados os entraves que os usuários do SUS passam durante o tratamento oncológico, desde o acesso ao diagnóstico até o prosseguimento do processo de cuidados no alto nível de complexidade da rede de atenção oncológica do SUS. Para isso, serão elencadas algumas dificuldades ocasionadas pelo adoecimento na rotina dos usuários e de sua rede de apoio, tendo como principais impactos os gastos e mudanças na situação financeira destes atores, o que fomenta maiores obstáculos para as configurações familiares mais pauperizadas.

ADOCIMENTO E REBATIMENTOS NAS DINÂMICAS FAMILIARES – LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A ATUAÇÃO DO SERVIÇO SOCIAL NO TRATAMENTO ONCOLÓGICO

A análise do nível macro com o singular e a reflexão das demandas dos usuários advindas das interferências das relações sociais pela essência dos fenômenos, são pontos importantes para que os profissionais de Serviço Social não sejam imbuídos pelo cotidiano profissional pragmático, preocupado apenas com aspectos operacionais e rotineiros. É neste processo político crítico que a profissão vem se construindo, o que exige um profissional que seja competente para propor, negociar seus projetos e intenções com o empregador e a rede como um todo. Então, posta-se como um desafio profissional a proposta de um trabalho criativo e crítico, capaz de preservar e contribuir para a viabilização de direitos a partir de demandas existentes (IAMAMOTO, 2000).

É importante ressaltar que, mesmo defendendo um projeto de sociedade emancipada, que supera as desigualdades existentes no capitalismo, o profissional de Serviço Social trabalha para garantir o interesse de atores antagônicos de classes distintas. Sendo assim, de acordo com Iamamoto (2000) o Assistente Social inserido na divisão sociotécnica do trabalho é requisitado para ser funcional ao projeto burguês, todavia, deve ter a apreensão da totalidade da dinâmica da vida social como condição para identificar o significado social da profissão no processo de produção e reprodução das relações sociais.

No panorama de desmonte das políticas públicas, sobretudo do SUS, o Serviço Social acaba absorvendo diversas outras demandas na área da saúde, que deveriam ser supridas por outras políticas públicas, justamente porque estas não funcionam devidamente, sendo o profissional requisitado para viabilizar o acesso e continuidade do processo de tratamento dos usuários, criando estratégias que caminham contra a maré de precarização dos direitos. Tal atuação





profissional só é possível se for planejada, idealizada em conjunto com a totalidade das políticas públicas, sobretudo com vínculo intrínseco com a política de assistência social, transporte e previdência.

[...] o Serviço Social se legitima na saúde a partir das contradições fundamentais da política de saúde. É nas lacunas geradas pela não implantação efetiva do SUS que o profissional de Serviço Social vem sendo demandado a intervir. Por meio de sua atuação profissional, o assistente social tem sido o profissional que vem constituindo o elo invisível do SUS (MATOS, 2017, p. 66).

Desta forma, no exercício profissional, quando refletimos sobre a realidade dos pacientes oncológicos, de modo geral, percebemos como as mudanças sociais, econômicas e culturais interferem tanto no seu percurso de tratamento, quanto na sua rede social e familiar de apoio. Segundo Silva (2007), é preciso compreender que:

Além das suas dificuldades e limites internos, as famílias sofrem as repercussões das contradições da sociedade capitalista e as imposições do neoliberalismo às políticas públicas estatais. O processo de concentração de renda, o aumento da pobreza e o acirramento das desigualdades sociais, aliada a crescente redução das políticas públicas, aumentaram a situação de vulnerabilidade das famílias, o que exige estratégias mais complexas entre seus membros para garantir a satisfação de suas necessidades básicas mais urgentes para a sua sobrevivência. Essa situação não permite que as famílias se reproduzam e se protejam com dignidade. Portanto, a capacidade de cuidado e de proteção dos grupos familiares com os seus membros, depende diretamente, da proteção que eles receberam ou não do Estado, mas também dos valores culturais e princípios éticos que os norteiam (p. 7).

Durante os atendimentos em saúde, observamos como as desigualdades sociais condicionam os direcionamentos do tratamento dos pacientes. Esta percepção apresenta-se de forma singular em cada caso, atingido de forma intensa os usuários mais pauperizados, os quais dependem exclusivamente dos serviços fornecidos pelo setor público sucateado. Especificamente sobre o câncer, Melo e Alcântara (2017) afirmam:

Receber o diagnóstico de uma doença como o câncer provoca transformações importantes na vida das pessoas, com implicações sociais, emocionais e físicas, além de agravar dificuldades referentes à falta de recursos econômicos e de vínculos familiares, situações potencialmente geradoras de conflito (p. 125).





Cabe salientar que diante desse cenário, na atuação cotidiana nos serviços de saúde, as questões trazidas por sujeitos singulares não devem ser compreendidas como problemas individuais e/ou familiares, pelo contrário, uma prática profissional articulada com os objetivos éticos políticos da profissão deve reconhecer que essas expressões singulares não são únicas e decorrem das desigualdades sociais inerentes da própria da organização capitalista. Somente a partir dessa compreensão da dinâmica macro-societária que torna-se possível analisar a micro-organização da sociedade e desvincular-se de concepções de que as necessidades expressas nas famílias e pelas famílias são formulados unicamente pelos atores que compõem aquela configuração, também sendo uma estratégia para evitar a culpabilização dos indivíduos (psicologização⁴¹ da questão social) pela sua situação de vulnerabilidade.

Ressalta-se a importância mapear a rede social dos usuários, pois essa é uma tarefa que vai além das questões burocráticas, e diz respeito a uma identificação das potencialidades que essas famílias e a rede de apoio como um todo podem apresentar. Pois há nesse espaço um papel fundamental no processo de saúde-doença, que é o de suporte social e entendimento da realidade do usuário. Cabe ressaltar também, que a rede social dos usuários pode representar diversas possibilidades como auxílios psicológicos e também emocionais, assim como, suporte para práticas objetivas no prosseguimento das questões de resolução rotineiras da vida, por exemplo, o acesso aos benefícios e direitos sociais, contribuição financeira, dentre outros, fomentando assim uma melhor adesão aos cuidados, podendo também oferecer condições mais amistosas e confortáveis no enfrentamento da dor e do sofrimento na trajetória do tratamento.

Por isso, é necessário que o plano de cuidado em saúde seja formulado pela equipe multiprofissional, sendo cada categoria responsável por suas competências privativas, mas sempre trocando informações, saberes e definições de tratamento em conjunto e com o próprio usuário. Para isso, mostra-se a importância do Serviço Social, o qual em seu exercício profissional busca conhecer a base estrutural da construção social das famílias e rede de apoio, os quais serão essenciais para fornecer suporte na definição da linha de atuação e auxílio prático propriamente dito, seguindo assim a ideia norteadora de que a saúde deve ser entendida para além do tratamento especificamente relacionado a aspectos biológicos.

⁴¹ Disponível em: NETTO, José Paulo. *Capitalismo monopolista e Serviço Social*. SP: Cortez, 1996.





Afirma-se que o cuidado em saúde, principalmente no campo da oncologia, necessita de muitas técnicas, tecnologias e vários procedimentos que aproximam as pessoas, formulando um relacionamento, troca entre os atores envolvidos, o que engloba outras políticas que compõem a rede de assistência aos usuários. Estas premissas ainda são mais necessárias em um país como o Brasil, que possui uma rede de cuidado em saúde precária, o que ocasiona um nível de sofrimento alto dos seus usuários. Então, para a formulação de planos terapêuticos, é preciso que haja compreensão de amplos fatores determinantes, que vão para além do encontro de tecnologias duras e leves, formulando processos de interseções entre equipes das instituições e a rede de assistência como um todo. (MERHY, 2000).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sistema neoliberal de financeirização do capital, “[...] conclama-se a necessidade de reduzir a ação do Estado para o atendimento das necessidades das grandes maiorias mediante a restrição de gastos sociais, em nome da chamada crise fiscal do Estado” (IAMAMOTO, 2010, p. 144). Tal situação impacta diretamente na implementação do SUS com efetividade, até mesmo porque a própria política de saúde é utilizada pelo sistema capitalista como uma estratégia de acumulação, tratando este sistema como uma mercadoria. Em relação ao campo da saúde, mesmo com todos os entraves ocasionados pela barbárie do neoliberalismo, deve-se entendê-la por meio de uma visão ampliada que defende a relação saúde/doença não apenas por vieses biológicos, orgânicos, ciente de que as demandas trazidas pelos usuários não podem ser analisadas de forma pontual, estabelecendo assim um plano de ação profissional crítico, reflexivo, que busca sempre garantir como prioridade o direito da população. Por isso, nos atendimentos da equipe multidisciplinar, e principalmente do Serviço Social que tem como objeto de intervenção as expressões da questão social, é de suprema importância uma análise da realidade por meio da totalidade das relações sociais.

Dessa forma, nos atendimentos realizados pelos Assistentes Sociais a ação profissional tem que ser compreendida para além da viabilização de direitos, pela esfera pública ou privada. Isso porque, a categoria deve ser interventiva e crítica, tendo o seu processo de trabalho orientado por um projeto ético-político, que é comprometido na viabilidade dos interesses dos cidadãos, visando a construção de um novo modelo de sociedade, que nega a divisão de classes do processo burguês, retratando o caráter também político da profissão, conforme





estabelecido pelo código de ética profissional. Neste contexto, conclui-se que, é necessário a feitura de uma reflexão pelos profissionais de saúde sobre os impactos da questão social ocasiona no percurso do tratamento, mesmo com todos os entraves gerados pelo sistema desigual capitalista, o que também impacta na inacessibilidade que os espaços institucionais possuem e permitem que exista para ser formulado o agir reflexivo da equipe. Tal perspectiva de análise é de extrema valia para que o processo de tratamento englobe os condicionantes dos determinantes sociais, análise da conjuntura macro e os impactos que tais variáveis arrematam no processo de tratamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Luciana da Silva. “Educação permanente, serviço social e oncologia: refletindo sobre os sentidos do trabalho em saúde”. In: *Diálogos em Saúde Pública e Serviço Social: a experiência do assistente social em oncologia*. Rio de Janeiro: Inca, Cap. 9, pp. 137-153, 2017.

BEHRING, Elaine Rosseti. *Brasil em Contrarreforma: desestruturação do Estado e perda do direito*. São Paulo: Cortez, 2013.

BRASIL. *Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

BRASIL. *Lei n.º 8.141/90, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Estimativa 2016 – Incidência de Câncer no Brasil / Instituto Nacional de Câncer José de Alencar Gomes da Silva*. Rio de Janeiro: INCA, 2015. Disponível em : <http://www.inca.gov.br/estimativa/2016/estimativa-2016-v11.pdf>

FERLAY, J. *et. all.*. “Cancerincidenceandmortalityworldwide: Sources, methodsand majorpatterns” in GLOBOCAN 2012. *Internationaljournalofcancer*, Genève, vol. 136, n.º 5, pp. 359-386, 2015.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. *Renovação e conservadorismo no Serviço Social – Ensaio crítico*. São Paulo: Ed Cortez, 5.ª Ed 2000.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. *Serviço Social em tempo de capital fetiche – Capital financeiro, trabalho e questão social*. São Paulo: Cortez, 4.ª Ed, 2010.

MATOS, Maurílio Castro de. *Serviço Social, ética e saúde: reflexões para o exercício profissional*. São Paulo: Editora Cortez, 2.ª Ed, 2017.

MELO, Ana Inês Simões Cardoso de e ALCÂNTARA, Luciana da Silva. “Previdência e assistência social no Brasil: considerações sobre o acesso do paciente oncológico





à proteção social”. In: *Diálogos em Saúde Pública e Serviço Social: a experiência do assistente social em oncologia*. Rio de Janeiro: Inca, Cap. 8, pp. 121-135, 2017.

MENDES, K.D.S.; SILVEIRA, R.C.C.P.; Galvão, C.M. “Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem”. *Texto e Contexto Enfermagem*, Florianópolis. vol. 17, n.º 4, pp. 758-64, 2008.

MERHY, Emerson Élias. *Reflexões sobre as tecnologias não materiais em saúde e a reestruturação produtiva do setor: um estudo sobre a micropolítica do trabalho vivo em saúde*. Tese de livre docência. Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Ciências Médicas, Unicamp, Campinas, 2000.

NETTO, José Paulo. *Capitalismo Monopolista e Serviço Social*. SP: Cortez, 1996

OLIVEIRA, F. de. *Crítica à razão dualista. O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Laura Freitas. “Cárcere e tratamento oncológico: refletindo sobre o acesso”. In: *Diálogos em Saúde Pública e Serviço Social: a experiência do assistente social em oncologia*. Rio de Janeiro: Inca, Cap. 7, pp. 99-119, 2017.

POMPEO, D. A.; ROSSI, L. A.; GALVAO, C.M. “Revisão integrativa: etapa inicial do processo de validação de diagnóstico de enfermagem”. *Revista Acta Paulista de Enfermagem...* vol. 22, n.º 4 , pp. 434-8, 2009.

SILVA, M. J. “Família e Política de Assistência Social: o debate entre a provisão dos mínimos sociais e a as necessidades básicas”. In: *III Jornada Internacional de Políticas Públicas*. São Luís – MA. 2007. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoC/806535e60b6e32ad4bb2Maria%20Jacinta%20da%20Silva.pdf>







JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UM NOVO ENTENDIMENTO SOBRE IGUALDADE NO ACESSO À SAÚDE?

JUDICIARIO BRASILEÑO: ¿UN NUEVO ENTENDIMIENTO SOBRE IGUALDAD EN EL ACCESO A LA SALUD?

Margareth Vetis Zaganelli⁴²
Paulo Higor Fontoura Moreira⁴³

Afiliação: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) – Brasil

Resumo: O artigo aborda o papel da atividade judicial para garantia de igualdade no acesso à saúde no Brasil. Em um novo contexto democrático, posterior à Constituição Federal de 1988, os brasileiros tiveram uma ampliação no rol de direitos fundamentais, incluindo o direito social a saúde universal e gratuita. Paralelamente, com o fortalecimento das instituições democráticas, o Judiciário passa a ter maiores autonomia e atividade, visando a concretizar direitos garantidos, principalmente em fiscalização ao poder público. Dessa forma, assume papel ativista e amplia a judicialização da política. Isso também é percebido no âmbito do direito à saúde pública, cuja prestação, ainda que benéfica, apresenta inúmeras falhas. Entretanto, a postura do Judiciário, em busca de efetivar essa igualdade, também apresenta pontos negativos, tanto para o planejamento financeiro quanto para a estrutura que fornece esse serviço público no Brasil. Assim, por meio de metodologia exploratória de natureza qualitativa, com a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial,

⁴² Doutora em Direito pela UFMG – Brasil. Estágio Pós-doutoral na Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Professora Titular da UFES. E-mail: mvetis@terra.com.br.

⁴³ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: paulohigorfontoura@gmail.com





o trabalho analisa a postura do Judiciário frente a este campo social, em que é possível perceber mudança de uma postura apenas reivindicatória para uma outra preocupada com seus impactos em gestão e finanças públicas, sempre voltado ao que se entende por igualdade no acesso à saúde.

Palavras-Chave: Direito à saúde, igualdade, judicialização.

Resumen: El artículo analiza el papel de la actividad judicial para garantizar la igualdad en el acceso a la salud en Brasil. En un nuevo contexto democrático, posterior la Constitución Federal de 1988, los brasileños tuvieron una ampliación en el rol de derechos fundamentales, incluyendo el derecho social a la salud universal y gratuita. Paralelamente, con el fortalecimiento de las instituciones democráticas, el Poder Judicial pasa a tener mayor autonomía y actividad, buscando concretar derechos garantizados, principalmente en fiscalización al poder público. De esa forma, asume papel activista y amplía la judicialización de la política. Esto también se percibe en el ámbito del derecho a la salud pública, cuya prestación, aunque beneficiosa, presenta innumerables fallas. Sin embargo, la postura del Poder Judicial, en busca de efectivizar esa igualdad, también presenta puntos negativos, tanto para la planificación financiera cuanto para la estructura que proporciona ese servicio público en Brasil. Así, por medio de metodología exploratoria de naturaleza cualitativa, con la utilización de investigación bibliográfica y jurisprudencial, el trabajo analiza la postura del Judicario frente a este campo social, en el que es posible percibir el cambio de una postura sólo reivindicatoria para otra preocupada impactos en gestión y finanzas públicas, siempre orientado a lo que se entiende por igualdad en el acceso a la salud.

Palavras-Clave: *Derecho a la salud, igualdad, judicialización.*

1. INTRODUÇÃO

A denominada judicialização da política corresponde a um fenômeno plural observado em diversas sociedades contemporâneas, nas quais os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo se apresentam insatisfatórios. Em tais situações, ocorre uma aproximação entre Direito e Política.





Ao investigarem os fatores que impulsionaram o protagonismo judicial nas democracias contemporâneas, Neal Tate e Torbjörn Vallinder⁴⁴ assinalaram que o desenvolvimento histórico das instituições democráticas, associado ao fim do comunismo no Leste europeu, à queda da União Soviética e à hegemonia dos Estados Unidos da América (EUA), propiciou a difusão do funcionamento institucional do sistema jurídico norte-americano de *judicial review*. O modelo de revisão judicial contemplado nos EUA tornou-se o paradigma de controle judicial a ser seguido por outros países, em especial, pelas democracias tardias.

De acordo com Tate e Vallinder, a partir do continente europeu, os direitos humanos tiveram um papel fundamental para disseminar a judicialização, sendo a difusão do poder judicial entendida como um avanço, frente a um contexto próximo de limites jurídicos impostos pelo Estado à sociedade e até a si. Assim, a judicialização da política corresponde, também, a uma politização da justiça.

No contexto brasileiro, as condições facilitadoras da judicialização da política emergiram com o processo de redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, conclamando a instituição de um Estado Democrático de Direito, reconhecendo direitos individuais, sociais e garantias para a sua efetiva proteção jurídica por intermédio de instrumentos processuais.

A universalização do direito à saúde foi um dos mais significativos avanços trazidos pela Carta Magna de 1988. O Estado brasileiro, entretanto, não foi capaz de responder a uma demanda então criada, mesmo anos após promulgação da Carta Magna. Isso respaldou o exponencial crescimento de demandas em todo o país pleiteando intervenção judicial, mediante determinações a entes públicos, para a efetivação desse direito de modo crescente.

Cabe considerar que há, na doutrina, quem veja essa postura de cobrança, por parte do Judiciário, como um “bom ativismo”, por assegurar direitos; ampliar garantias; demonstrar necessidades sociais a demais poderes e até superar a inconstitucionalidade por omissão. Nessa visão, também existe o ativismo em sentido reverso, que ocorre nas decisões pautadas em convicções pessoais que podem ser lesivas ao próprio sistema que visam a proteger⁴⁵.

⁴⁴ TATE, Neal; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

⁴⁵ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 710.





E em análise de recentes posturas do Judiciário, percebe-se, então, que ele mesmo identificou algumas de suas posturas como lesivas ao sistema de saúde pública que visa a proteger. A partir disso, pode-se identificar a formação de uma nova definição do conceito de igualdade no acesso à saúde.

2. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

O atual modelo de saúde pública do Brasil resulta de uma conquista democrática, advinda com a Constituição Federal de 1988, que consagrou a saúde um direito fundamental⁴⁶ e social (art. 6.º). Antes de sua promulgação, a ação do Ministério da Saúde se restringia a políticas preventivas, como campanhas de vacinação, enquanto que os tratamentos ambulatoriais para a população indigente ficavam a cargo de instituições filantrópicas. O sistema de saúde era contributivo e centralizado nas mãos da União, onde era gerenciado pelo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social), extinta autarquia federal⁴⁷.

Pelo art. 198 da Constituição foi instituído o SUS (Sistema Único de Saúde), em nome da saúde gratuita, integral e universal. A igualdade do acesso à saúde no Brasil já é constituída como dever estatal, com pretensão absoluta desde sua síntese em 1988. Assim, foi criada uma rede descentralizada e regional voltada ao exercício de medidas que vão desde atividades preventivas a procedimentos essenciais.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 642.

⁴⁷ Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. A saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional n.º 29, de 2000. Nota Técnica n.º 10, de 2011 – CONOF/CD. p. 4. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamento-brasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





Baseado no modelo *beveridgeano* inglês, o SUS representa uma importante política de inclusão social⁴⁸ no Brasil. No país, também é possível o oferecimento do serviço público de saúde pelo setor privado, uma vez que o artigo 24 da Lei 8.080/90 prevê que: “Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada”.

O artigo 19-M da lei 8.080/90 se propõe a definir o que seja “assistência terapêutica integral”, na qual o SUS deve pautar seu funcionamento. Ela consiste na “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado”.

Faltando protocolo clínico ou diretriz terapêutica, a dispensação será realizada (art. 19-P da mesma Lei) com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, ou mesmo no âmbito municipal, todos de maneira suplementar.

A atuação do SUS, como se vê, conta com um plano pré-definido, em que somente em situações específicas pode haver direcionamento de recurso para algo que não esteja previsto. A política de fornecimento de medicamentos adotada, por exemplo, é organizada por uma lista que cada ente federativo deve elaborar com base na PNM⁴⁹ (Política Nacional de Medicamentos). Em nível federal há o Rename⁵⁰ (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), que deve ser constantemente atualizado pelo Ministério da Saúde. Em nível municipal, por exemplo, deve ser elaborada uma relação de medicamentos chamada de REMUME⁵¹, que leva em conta o perfil da população local.

⁴⁸ MENDES, Eugênio Vilaça. *25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios*. Estudos avançados. Vol.27, N.º 78, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200003>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

⁴⁹ Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

⁵⁰ Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

⁵¹ *Vide* os disponibilizados pelo município de Vitória, ES: <<http://www.vitoria.es.gov.br/cidadao/medicamentos>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





A integralidade do sistema passa, em regra, por Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) para identificação e tratamento de doenças, o que inclui fornecimento de medicamentos⁵². O PCDT é essencial para que se mantenha a logística da gestão ao mesmo tempo em que promove a igualdade e a universalização da cobertura, pois todos aqueles que apresentarem os mesmos quadros clínicos terão o mesmo tratamento.

A isso colabora o princípio da legalidade estrita que rege a administração pública (art. 37 da Constituição Federal), requerendo prévias diretrizes legais para respaldar essa atuação. É claro, o próprio princípio da isonomia, no sentido de que padronizar a prestação pública relativa a saúde evita discriminações contra a população que a receberá.

Esse funcionamento ganhou destaque, até em nível internacional, na área de saúde primária e familiar, que agrega atuações interdisciplinares com resultados positivos⁵³. Contudo, o SUS apresenta falhas. Isso inclui a ausência de instrumentos necessários a certos procedimentos presentes em várias unidades de saúde; atraso na incorporação de novos fármacos e restrições ao fornecimento de materiais para consultas, exames, diagnósticos e intervenções. Tal cenário resulta em marcante problema quanto a Cobertura Universal, já que a realidade do SUS envolve longas filas de espera por atendimentos em consultas e cirurgias⁵⁴, trazendo até mesmo riscos aos pacientes⁵⁵.

Ante este fato, o Poder Judiciário surge como última alternativa de muitos para obtenção de leitos, medicamentos ou de tratamentos terapêuticos. No

⁵² Disponível no portal do Ministério da Saúde: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/840-sctie-raiz/daf-raiz/cgceaf-raiz/cgceaf/13-cgceaf/11646-pcdt>>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

⁵³ MACINKO, JAMES; HARRIS, Mathew J. "Brazil's family health strategy--delivering community-based primary care in a universal health system". In: *New England Journal of Medicine*. 04 de junho de 2015.

⁵⁴ *Mais de 8 milhões de mulheres deixaram de fazer mamografia*. Jornal Nacional, 11 de novembro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/mais-de-8-milhoes-de-mulheres-deixaram-de-fazer-mamografia.html>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁵⁵ *Espera por cirurgias eletivas no SUS pode agravar quadro de pacientes, diz especialista*. Portal DC NSC, 05 de maio de 2017. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/estilo-de-vida/noticia/2017/05/espera-por-cirurgias-eletivas-no-sus-pode-agravar-quadro-de-pacientes-diz-especialista-9786810.html>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





entanto, essas determinações, em favor do ente judicante, alteram a organização interna desses serviços, criando deveres externos a qualquer diretriz, podendo até desfavorecer outro cidadão, apto a receber o mesmo tratamento, mas que não garante sua prioridade por não ter uma sentença judicial a seu favor.

Paralelamente, a judicialização da saúde, feita a todo custo, acarreta grande despesa ao Sistema Público de Saúde. Essa preocupação é patente em recentes casos de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, que discutem a delimitação do Judiciário para requerer o fornecimento de medicamentos de alto custo ou tratamentos em geral sem eficácia terapêutica comprovada, como exposto em tópico posterior.

3. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: JUDICIALIZAÇÃO EM NÚMEROS

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁶ divulgou no final do ano de 2016 a 12ª edição do Relatório Justiça em Números. Trata-se de um relevante diagnóstico anual sobre o Poder Judiciário brasileiro, que contempla estatísticas de todos os Tribunais do país, bem como indicadores sobre litigiosidade, estrutura, investimento, entre outras informações⁵⁷.

Destaquem-se os seguintes números sobre demandas pendentes no âmbito da saúde, considerando os processos ajuizados até 2015 em 1.º grau, 2.º grau, Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização⁵⁸:

61.655 processos pendentes para fornecimentos de serviços em saúde; 200.090 para fornecimento de medicamentos; 60.696 para tratamento médico-hospitalar; 151.856 unindo fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar na mesma ação, dentre outras demandas na área da

⁵⁶ Identificação disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁵⁷ *Justiça em números 2016: ano-base 2015*/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁵⁸ Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





saúde, num cenário de crescimento exponencial, com participação crescente de Ministérios Públicos e Defensorias Públicas.

A judicialização da saúde no Brasil tem custo anual avaliado em R\$ 5 bilhões de reais em 2015 e R\$ 7 bilhões em 2016⁵⁹. A consequência disso é forçar deslocamento de receita do SUS para o que é exigido pelo Judiciário, mesmo quando esse sistema não é preparado para atender essa demanda, como em casos de fornecimento de tratamentos sem eficácia terapêutica comprovada ou protocolo estabelecido; bem como ao fornecer medicamentos de alto custo mediante escassez de critérios objetivos para tanto.

Reflexo disso é que o ideal de saúde universal, se depender de ação unilateral do Judiciário, esbarrará nas limitações principalmente orçamentárias do SUS. Como consequência, a atuação desse sistema finda limitada, na tentativa de correção de suas falhas. Isso não significa que o Executivo e o Legislativo não devam ser cobrados a aprimorar a capacidade de atuação da saúde pública, cumprindo um dever constitucional⁶⁰. No mesmo sentido, a atuação do Judiciário também pode ser repensada, mantendo sua função fiscalizadora, mas também zelando pela gestão do sistema que visa a proteger.

4. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E OS COMITÊS ESTADUAIS

Como ferramenta de gestão processual, o CNJ aprovou a Resolução N.º 238 de 06/09/2016⁶¹, já em vigor, que criou comitês especiais estaduais de saúde e determinou especialização de vara no tema em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.

Os Comitês seriam colegiados locais formados por magistrados de primeiro e segundo grau, gestores da área da saúde e integrantes do conselho

⁵⁹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁶⁰ BARBOSA, Maria da Glória Virginio. *Judicialização do Direito à Saúde: Saúde Suplementar no Brasil*. Correio Forense. 10/08/2016. p. 22 a 24. Disponível em: <<http://www.correioforense.com.br/colunas/judicializacao-do-direito-a-saude-saude-suplementar-no-brasil/#.Wgu0FrpFzIU>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=31911>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





estadual de saúde, representando usuários dos sistemas público e privado, incluindo membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cabe aos comitês auxiliar os tribunais na criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário, junto de profissionais da saúde, para elaborar pareceres médicos baseados em evidências de casos. Além disso, incentiva-se estabelecer um cenário informativo sobre a saúde de cada estado, possibilitando melhor orientação para a atividade judicial.

No Espírito Santo, o comitê estadual criou uma Plataforma de Transparência sobre a Distribuição de Medicamentos e Regulação de Leitos⁶². Seu acesso permite a magistrados, promotores e defensores públicos, previamente cadastrados, o acompanhamento de informações relativas a demandas de saúde, evitando a judicialização desnecessária.

5. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DELIMITAÇÃO PARA JUDICIALIZAR A SAÚDE NO BRASIL

Recentes casos de repercussão geral demonstram uma nova postura do Supremo Tribunal Federal (STF), extensiva ao Judiciário como um todo, quanto a judicialização da saúde. Neles, é possível perceber uma delimitação ao que poderá ser requerido via ação judicial perante os entes públicos em matéria de saúde.

O julgamento da medida cautelar da Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 5501, de 19 de maio de 2016⁶³, suspendeu os efeitos da Lei 13.269, de 2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna⁶⁴. Nisso, ficou estabelecido que o fornecimento judicial de medicamentos e tecnologias em saúde requerem

⁶² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pjenoticias/judiciario/82347-projeto-do-es-para-acompanhar-demandas-de-saude-participa-do-innovare>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁶³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>>. Acesso em: 11 de novembro de 2017.

⁶⁴ “BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 5501 DF-DISTRITO FEDERAL 0052747-76.2016.1.00.0000. Disponível” em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501M-MA.pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





comprovada segurança, mediante análise sanitária dos órgãos brasileiros de controle, a fim de resguardar necessária qualidade terapêutica. Isso serviu de limite não só ao Judiciário, mas também ao Legislativo, vedando criação de leis nesse sentido sem prévia participação de órgãos ligados ao Executivo, como o Ministério da Saúde e a Anvisa.

Cabe destacar, também, o Recurso Extraordinário 566471 RN⁶⁵, sobre o dever de o Estado, mediante demanda judicial, de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Ainda não finalizado, o processo segue com votos que variam entre o não fornecimento de medicamentos presentes nas listagens do SUS, ou, então em vantagem, o fornecimento mediante comprovação de eficácia terapêutica, necessidade da demanda e limitação financeira do demandante.

Nota-se, então, o indicativo de uma nova postura. O próprio Judiciário, mediante o risco que sua atuação pode trazer ao limitado sistema de saúde pública, restringe o alcance de suas decisões e enrijece critérios para sua obtenção, mitigando o direito à saúde universal de indivíduos judicantes que possam trazer onerações excessivas ao SUS. Prefere, assim, resguardar de modo utilitarista a capacidade coletiva de atendimento desse sistema, enquadrando suporte a situações não previstas e protocoladas como exceções, alcançáveis pelo cumprimento de critérios cada vez mais objetivos e específicos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conjuntura brasileira de abertura democrática, com ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, fez parte de um contexto de crescentes intervenções judiciais cobrando efetivação de políticas públicas. Isso é reflexo de novas configurações sociais e também da ineficácia do Poder Público de cumprir preceitos constitucionais, como o direito à saúde universal.

A crescente judicialização da saúde é custosa à Justiça, trazendo também volumosos e inesperados gastos ao sistema público de saúde, muitas vezes chamado a agir fora de seus planejamentos e protocolos, o que pode comprometer seu funcionamento, que é limitado. Frente a isso, é possível perceber

⁶⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.





mudanças estabelecidas pelo próprio Judiciário, no intuito de gerir atuais e novas demandas nessa área, como via comitês estaduais, e, até mesmo, limitar o alcance de suas decisões.

Os julgamentos de repercussão geral indicados demonstram movimentação no Judiciário para a redução do seu protagonismo acerca da judicialização da saúde. Alega-se nesse contexto a impossibilidade de se alcançar saúde igualitária e universal apenas via decisões judiciais, que, ao contrário, podem ser lesivas ao sistema e impedir prestação adequada – e planejada – a uma coletividade. Isso nada mais é que legitimar um entendimento de que, para haver saúde universal, deve ser levada em conta a capacidade e o preparo para atendimento pelo SUS, em nome da continuidade desse sistema.

Esse posicionamento, por mais que pautado em argumentos racionais e objetivos, pode gerar uma preocupação de conformidade do Judiciário perante má gestão ou demais falhas na prestação de serviços públicos de saúde. Deve-se considerar, porém, que esses novos posicionamentos sobre decisões judiciais não eximem este Poder dos seus papéis de cobrança e acompanhamento das políticas públicas feitas pelo Executivo e pelo Legislativo.

É nesse contexto que ganhará ainda mais importância lançar mão de ações diversas às decisões judiciais, como intervenções educativas que incentivem a população em geral a participar diretamente dessas mesmas cobranças, bem como agindo, via ação civil pública perante o Executivo, ou Mandados de Injunção perante omissões legislativas, a fim de que o não cumprimento de um direito fundamental, como a saúde universal, só consiga ser resolvido por ação judicial. Para tanto, é de grande importância envolver Defensoria Pública e Ministério Público.

A experiência da saúde pública brasileira é viável e possui resultados de grande magnitude⁶⁶, o que deve servir de estímulo pela defesa da saúde pública igualitária de qualidade, com a afirmação de que não é só por meio de decisões judiciais que pode agir o Judiciário em nome da efetivação de direitos. Muda-se a postura, mas os deveres se mantêm.

⁶⁶ MACINKO, JAMES; HARRIS, Mathew J. “Brazil’s family health strategy-delivering community-based primary care in a universal health system”. In: *New England Journal of Medicine*. 04 de junho de 2015.





7. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. “Processo Constitucional Brasileiro”. São Paulo: Editora, *Revista dos Tribunais*, 2016.

BARBOSA, Maria da Glória Virginio. “Judicialização do Direito à Saúde: Saúde Suplementar no Brasil”. *Correio Forense*. 10/08/2016. Disponível em: <<http://www.correioforense.com.br/colunas/judicializacao-do-direito-a-saude-saude-suplementar-no-brasil/#.Wgu0FrpFzIU>>. Acesso em 11 de novembro de 2017

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 5501 DF – DISTRITO FEDERAL 0052747-76.2016.1.00.0000”. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340294381/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5501-df-distrito-federal-0052747-7620161000000>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 566471 RN” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

“Justiça em números 2016”: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoep/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 29 de maio de 2017.

MACINKO, JAMES; HARRIS, Mathew J. “Brazil’s family health strategy-delivering community-based primary care in a universal health system”. In: *New England Journal of Medicine*. 04 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp1501140#t=article>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

MENDES, Eugênio Vilaça. “25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios”. *Estud av.* vol. 27, n.º 78, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200003>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. “A saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional n.º 29, de 2000”. Nota Técnica n.º 10, de 2011 – CONOF/CD. p. 4. 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamentobrasil/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. “Direito fundamental à saúde”: Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo. *Revista dos Tribunais*. 2014. p. 10. (Livro eletrônico)

TATE, Neal; VALLINDER, T. “The global expansion of judicial power”. New York: *New York University Press*, 1995.





TEMA II

Pobreza e Exclusão Social







“POBRES DIFERENCIADOS”: CRISE ECONÓMICA, CLASSE MÉDIA E PROCURA DO SERVIÇO SOCIAL

Catarina Vieira
Doutoranda do Programa Interuniversitário em Serviço Social da Universidade
de Coimbra e Universidade Católica Portuguesa
Francisco Branco
Doutor em Serviço Social,
Professor Associado da Universidade Católica Portuguesa

Resumo: O artigo que aqui se apresenta constituiu um dos resultados preliminares do trabalho de investigação no âmbito do Doutoramento em Serviço Social “*Vidas incertas: Dinâmicas de vulnerabilização económica e desqualificação social da classe média em Portugal*”. O objetivo central da pesquisa é a compreensão dos processos de vulnerabilização económica e desqualificação da classe média no contexto português face à crise económica, tomando como observatório a procura do Serviço Social e de estruturas de apoio e suporte social por este “novo e diferenciado público”. Neste artigo analisam-se as abordagens utilizadas pelos Assistentes Sociais no atendimento aos novos públicos diferenciados que integram atualmente a procura das estruturas de apoio e suporte social e o seu impacto potencial na identidade profissional dos assistentes sociais enquanto grupo profissional socialmente situado na classe média.

Palavras-Chave: Classe Média; Públicos Diferenciados; Serviço Social

POBRES DIFERENCIADOS? A PROCURA DE UMA CATEGORIZAÇÃO TEÓRICA DA CLASSE MÉDIA COMO CLIENTE DO SERVIÇO SOCIAL

A contemporaneidade conduz a novas problemáticas que levam a que ocorram transformações e mudanças na atuação dos assistentes sociais. Cada





vez mais se verifica o alargamento da intervenção social para áreas não exclusivas da pobreza e da precariedade económica, questionando-se como o Serviço Social, profissão tipicamente de gestão da pobreza tradicional, lida com os novos públicos diferenciados (BAL, 2000).

Alguns dos novos públicos diferenciados que recorrem ao Serviço Social surgem no quadro de situações de sobre-endividamento das famílias, e de processos de precarização das condições de trabalho e desemprego. Agora já não são apenas os designados pobres tradicionais que recorrem a estes profissionais, verificando-se o aparecimento de públicos novos, de indivíduos com níveis elevados de instrução que outrora tiveram trajetórias ascendentes de mobilidade e integração social, nunca tendo antes recorrido ao Serviço Social, e vendo-se agora confrontados com essa necessidade. Sendo este novo grupo também denominado por “pobres diferenciados” (AMARO, 2012).

Este conceito não concerne apenas a questões económicas, evidenciando-se também os casos de solidão, problemas de dependência, falta de autoestima, ausência de projetos de vida social e desemprego profissional precoce. O Serviço Social é então confrontado com novos destinatários, até então não integrante dos seus clientes habituais.

O aparecimento destes novos públicos poderá implicar um tratamento diferencial, na medida em que são indivíduos com novas exigências e que emergem de contextos sociais muito semelhantes aos dos próprios Assistentes Sociais. O estereótipo do “cidadão pobre” sem conhecimentos e cultura que recorre ao Assistente Social em situação de crise ou dificuldade tende a ser alterado com a presença de novos públicos, mais informados e qualificados e com uma nova capacidade argumentativa na relação com os serviços sociais, como também assinalam, para o contexto espanhol, Mendiara-Laplaza (2014) e Sánchez-Cabezudo, Peláez, & Gilbert (2016).

Coleman (2011) ao caracterizar como uma “dizimação” a crise económica da classe média, salienta o quão importante é os Assistentes Sociais compreenderem as causas e motivações destes novos públicos. Considera que ao se analisar o empobrecimento da classe média, os Assistentes Sociais deverão estudar as suas próprias origens, uma vez que as qualificações de um Assistente Social fazem com seja um profissional também tipicamente de classe média. O autor assinala que o Serviço Social necessita de iniciar investigações sobre o aparecimento de clientes de classe média, sustentando que apenas desse modo se poderão explorar intervenções adequadas para estes clientes (COLEMAN, 2011).





Paugam (2003) sublinha que os “novos pobres” que se sentem agora numa situação de dependência, sentem vergonha de se dirigirem e associarem-se a instituições tipicamente fundadas para a pobreza tradicional. Uma vez que, como argumenta (MESSU, 2000), as representações e experiências de pobreza não são apenas influenciadas pelo desenvolvimento económico, mas também pela pressão das relações sociais. A recusa do estereótipo, porque julgado degradante e indigno pela pessoa à qual é atribuído, conduz ao uso constrangido dos serviços sociais e à figura identitária de “assistido envergonhado”.

MATERIAIS E MÉTODOS

Foram realizadas, durante o ano de 2017, cinco entrevistas a assistentes sociais de diferentes áreas de intervenção – IPSS (AS1), saúde (AS2), segurança social (AS3), autarquia (AS4), e justiça (AS5)) com o intuito de compreender o impacto da crise económica e social na vida dos clientes, bem como identificar e analisar as diferentes abordagens mobilizadas no atendimento a este novo e diferenciado público.

Na realização das entrevistas, foi apresentado um termo de consentimento informado e a advertência de que as gravações seriam usadas apenas para fins académicos. Com uma amostra de cinco assistentes sociais, não tivemos como preocupação apresentar conclusões finais vinculativas sobre as características e particularidades dos novos e diferenciados públicos, mas foi antes nosso objetivo expor através de uma abordagem qualitativa, testemunhos vividos e reais sobre a prática do serviço social numa conjuntura de crise económica.

RESULTADOS: PROCURA DO SERVIÇO SOCIAL POR PÚBLICOS DE CLASSE MÉDIA

Ao longo das entrevistas foi-nos relatada a procura do serviço social por públicos de classe média associada à crise económica. Na entrevista AS3 são relatados casos de famílias que tinham os seus próprios negócios como fábricas têxtil, cafés e cabeleireiros, sendo referidos como cidadãos que tinham um nível de vida muito estabilizado, nunca tendo antes necessitando de recorrer a qualquer tipo de apoio adicional.

Numa outra área de intervenção (AS2), apesar de pontualmente recorrerem pequenos empresários que tentaram investir num negócio próprio, mas que posteriormente declararam falência, normalmente os públicos de classe





média são ou eram trabalhadores por conta de outrem. Apresentam profissões diferenciadas como empregados de escritórios, bancários e empregados de contabilidade, sendo pessoas que viviam de forma desafogada, onde ambos os elementos do agregado familiar trabalhavam, tendo possibilidade de acesso a crédito para comprar casa, carro e férias e que inesperadamente se depararam com baixas fontes de rendimento, dívidas acrescidas, podendo as situações de desemprego afetar todo o agregado.

A AS4 referiu que a procura ao serviço social pela classe média é fundamentalmente constituída por dois tipos de público:

Aqueles muito jovens que terminaram a licenciatura e não encontraram saída no mercado de trabalho, mas que já tinham o seu processo de autonomização relativamente aos seus pais, tentando manter a sua independência e autonomia, recorrendo ao rendimento social de inserção. Depois há outro público, com graus de habilitações superior que são mais velhos, na faixa etária dos 50 anos, que por algum motivo ficaram sem o emprego, ou porque as empresas reduziram os quadros de pessoal, ou porque fecharam mesmo.

Já a AS5 mencionou que a crise económica está relacionada com o aumento de delitos e ingresso nos estabelecimentos prisionais, que se pode explicar pelo facto dos cidadãos se sentirem inseguros pela falta de emprego e de estabilidade, ocorrendo então uma destabilização nos valores e no cumprimento das regras.

Há aqui, de alguma maneira, a chegada de cidadãos que se estivéssemos num período estável de normalidade digamos assim, se isso existe, muitos desses cidadãos nunca chegariam sequer ao nosso serviço. Porque teriam capacidade para no imediato pagarem a multa em vez de fazerem trabalho comunitário.

Em concomitância, a AS3 e AS4 mencionam uma procura da classe média por famílias monoparentais femininas associada a ruturas familiares motivadas por dívidas, falências de negócios e divórcios subsequentes.

Eu tenho muitas situações de famílias que poderei enquadrá-las na classe média que neste momento devido a uma situação de divórcio se encontram numa situação vulnerável e recorrem ao serviço a solicitar apoio. AS3.

A AS1 refere por seu turno que cada vez mais pessoas de classe média procuram os serviços de ação social, sendo sobretudo pessoas que se mostram vergonhadas com a sua situação de pobreza. São descritos como:





Pessoas muito novas, que anteriormente tinham emprego, tinham casa, tinham carro, tinham a vida delas estabilizada e de um momento para o outro caíram numa espiral de necessidade de dinheiro. Ficaram desempregadas, a necessitar de apoio social.

As AS2 e AS4 consideram que os públicos de classe média apenas recorrem ao serviço social em última instância, depois de eliminarem todas as possibilidades de ajuda das suas redes e suportes variados.

Quando procuram os nossos serviços, já é como se fossemos uma tábua de salvação. AS2.

O SERVIÇO SOCIAL FACE A PÚBLICOS DE CLASSE MÉDIA, PÚBLICOS DIFERENCIADOS E PÚBLICOS DE CLASSE MÉDIA

Os Assistentes Sociais entrevistados AS1, AS2 e AS3 manifestam que o serviço social está a ficar cada vez mais diversificado e que os novos públicos não são semelhantes aos tradicionais, levando a áreas de intervenção diferenciadas, sendo *transversal a todas as classes sociais* (AS2).

Este novo público recorre ao serviço social motivado por variadas razões, seja pela falta de saídas profissionais, desemprego de longa duração, ou situações de doença e alcoolismo.

Em conformidade, as características que mais se demarcam na classe média como cliente do Serviço Social, é uma maior capacidade de análise das políticas, de perceção e de avaliação dos serviços, também porque são públicos muitas vezes com ensino superior, ou com níveis de escolaridade mais elevados, apresentando um maior nível de compreensão dos mecanismos e procedimentos. O facto de estarem muito informados e de conseguirem questionar e reformular práticas, é a característica que mais se lhe atribui.

A AS3 menciona a capacidade reivindicativa e crítica dos cidadãos de classe média face ao perfil das respostas sociais. Confessa que determinadas políticas sociais existem demasiado assistencialistas, fazendo com que muitas vezes os cidadãos recusem determinados apoios, como a cantina social ou cabazes.

Só pedem o cabaz mesmo quando estão em último recurso e não é fácil. AS3.





ADEQUAÇÃO DAS RESPOSTAS À CLASSE MÉDIA

As alterações da sociedade e a crise económica repercutiram-se de forma acentuada na classe média. Desse modo, AS2 considera ter dificuldade em trabalhar com este novo público.

É muito mais fácil para nós quando estamos a trabalhar com pessoas que nós dominamos a situação. Quando nós estamos a trabalhar com uma população que desconhece a lei, que desconhece os meandros da sociedade é muito mais fácil e até nos sentimos numa posição hierarquicamente superior. Quando estamos a falar de pessoas como estes desempregados que executavam profissões diferenciadas. Alguns técnicos superiores que se encontram em situação de desemprego, é muito mais difícil lidar com estas pessoas porque as exigências são outras, os desafios são outros, as expectativas são outras e muitas vezes nós não temos resposta nem soluções para os problemas que nos apresentam. Fica muito mais complicado para nós podermos corresponder aquilo que as pessoas estão a solicitar. AS2.

Numa questão seguinte, perguntou-se aos entrevistados se se deveriam adequar os serviços de ajuda social conforme o público-alvo. Nesta questão, o posicionamento das entrevistadas revela pontos de convergência e diferenciação. Assim, A AS1 mencionou que os organismos de ajuda ou apoio social estão apenas criados e dirigidos à pobreza tradicional. No seu testemunho considera que os públicos diferenciados não têm respostas sociais adequadas, apontando que existe uma falta de sensibilidade dos organismos e do governo para a criação de respostas de apoio adequadas para a classe média, de modo a atenuar o efeito de estigmatização associado à exposição às medidas de apoio social.

A classe média neste momento não tem onde se apoiar porque “não são pobres, mas também já não são considerados classe média, têm necessidades, mas não querem ser equiparados aos pobres. AS1.

Em consonância, a AS4 considera que numa primeira instância todos os cidadãos deveriam recorrer a um serviço central para apresentarem a sua situação de vulnerabilidade. Posteriormente e após um diagnóstico, os planos de intervenção seriam estruturados e encaminhados para equipas mais especializadas conforme os determinados tipos de público alvo e situações. No seu ponto de vista esta medida evitaria a exposição constante dos públicos face à sua situação social.





Em contraste, a AS3 considera que se deveriam diversificar os serviços de ajuda em função das necessidades, não em função do público alvo. Para tal, considera imperioso existir uma visão mais universalizadora da ação social e do serviço social, procurando que todos os serviços sejam uniformes e menos elitistas, criando-se, por conseguinte, apoios específicos em função de necessidades específicas, e não em função dos diferentes públicos.

Em concordância com esta orientação, a AS5 refere que a atuação dos Assistentes Sociais não deverá ser estruturada em função do grau de escolaridade, mas de acordo com a situação. O problema social é filtrado conforme as diferentes áreas sociais e não a partir do cidadão específico.

Eu tenho a filosofia de que qualquer público merece ser tratado e encarado como um cidadão fantástico. Portanto a minha forma de estar com uma pessoa que não tenha capacidade de entendimento porque tem poucas habilitações ou uma pessoa que tem muitas habilitações, a minha atitude é a mesma. AS5.

NOVAS ABORDAGENS NA RELAÇÃO COM A CLASSE MÉDIA

As novas abordagens utilizadas pelos Assistentes Sociais na relação com os públicos de classe média diversificam-se em vários segmentos. Referem de forma unânime que há um ajustamento e um maior cuidado da linguagem face aos novos públicos diferenciados, o que passa pelo recurso a um jargão técnico mais elaborado e uma abordagem mais coloquial.

Verifica-se ainda uma adaptação nas respostas e serviços apresentados (AS1), uma vez que se apura existir por parte dos públicos um sentimento de humilhação e vergonha pela situação de vulnerabilidade. A cantina social (AS1 e AS3) é referida como um apoio inadequado, sendo que a grande maioria das pessoas que está numa situação vulnerável não aceitam serviços gratuitos e catalogados como “casa dos pobres” e “esmolas”.

Noutro prisma, AS4 revela que no seu local de intervenção há uma maior preocupação em apoiar e implementar projetos de intervenção para públicos diferenciados, com o objetivo de minorar as suas fragilidades.

Em outros parâmetros AS4 relatou que no seu serviço é cada vez mais recorrente a passagem de informação através da utilização de novas tecnologias de informação, como o e-mail e as mensagens de telemóvel, de forma a evitar que os cidadãos falem aos seus empregos. Existe também uma adequação do horário de atendimento, nomeadamente em horários na hora de almoço ou no final do dia.





NECESSIDADE DE FORMAÇÃO

AS2 e AS4 realçaram a carência de formação sobre os novos públicos diferenciados que recorrem ao serviço social, bem como a falta de acesso a formações sobre legislação e medidas dirigidos a esta população.

Eu sei que por exemplo a nível local, das autarquias locais há diversas formações promovidas pelas autarquias e outras instituições da comunidade sobre empreendedorismo dirigido aos novos públicos de desempregados e nós devíamos estar atentos a estas formações, devíamos também ter acesso a formações de legislação e apoios dirigidos a esta população. AS2

ALTERIDADE

Uma vez que o serviço social é uma profissão tipicamente de classe média, foi preocupação da pesquisa observar se se regista um maior desafio ou interpeleção ao lidar com estes novos públicos, e se os profissionais sentem dificuldade em experienciar a sua alteridade.

Este fenómeno é referido como um desafio (AS2) sendo também assinalado que qualquer cidadão poderá passar pelas mesmas experiências, não sabendo como se adaptar e como resolver a situação (AS1, AS2, AS4).

Muitas vezes as pessoas estão-nos a falar dos problemas e nós acabamos por nos rever na situação deles. Não estando na situação deles, desempregado, facilmente podemos assumir o papel deles: e se fosse comigo como é que ia ser? Como íamos ficar na situação exatamente igual? AS2.

Teria vergonha, numa situação estável que eu teria e depois ter de passar por esta situação. Tem que existir uma preparação pessoal muito grande de aceitação da pessoa pela condição que tem agora. AS4.

Esta última profissional alerta para a atenção redobrada que deve ser posta no planeamento e execução dos apoios sociais, incentivando sempre a participação do cidadão. Por outro lado, a AS1 assinala a sua pertença à classe média, considerando que na sua atuação como Assistente Social tenta sempre colocar-se no lugar da pessoa que enfrenta novas necessidades. Considera essencial a forma como deve apresentar os diferentes serviços, bem como analisar a melhor forma de a ajudar. Os novos públicos levam a novas exigências de atuação, argumenta.





DISCUSSÃO

Este trabalho pretende contribuir para uma análise do fenómeno dos novos públicos diferenciados na procura do Serviço Social decorrentes da atual crise económica e social, e também para o conhecimento da intervenção dos Assistentes Sociais junto dos cidadãos de classe média.

Considerando os objetivos do estudo e a revisão de literatura elegeram-se duas dimensões principais, a saber: A procura do Serviço Social por públicos de Classe Média (motivado pela crise económica e/ou destruturação familiar) e o Serviço Social face aos públicos de classe média (públicos diferenciados; adequação de respostas; novas abordagens; necessidade de formação especializada e alteridade).

Em relação à primeira dimensão, os dados empíricos mostram que independentemente da área profissional dos Assistentes Sociais, este novo público é descrito como cidadãos que anteriormente tinham um nível de vida estabilizado e que por variados motivos estão atualmente em situações de vulnerabilidade social e económica. Os motivos são explicados por falências de negócios, desemprego, doença, dívidas, divórcios e famílias monoparentais sem apoios regulares. Este resultado é consistente com Tezanos *et. all.*, (2013) que assinalam que os “carenciados tradicionais” não são os únicos públicos de apoio social, devendo-se ter em conta novos setores e grupos sociais que apresentam recentes problemas, mas com iguais dinâmicas de precarização. Estes investigadores caracterizam-nos como cidadãos que se encontram nestas situações por motivos como perda de emprego, cortes de ordenado ou divórcios, não se identificando com os cidadãos mais necessitados da sociedade.

Uma outra dedução da nossa investigação, é a de que os públicos de classe média apenas recorrem ao Serviço Social quando sentem que não têm mais opções ou alternativas das redes de suporte informal como família e amigos. Numa investigação anterior, Laplaza (2014) refere que para estes novos públicos, os serviços sociais são um sistema de apoio apenas quando as suas redes de apoio social não conseguem dar mais resposta aos seus pedidos. As redes sociais dos cidadãos de classe média apresentam características estruturais especialmente vulneráveis, sendo compostas por pequenas redes, pouco diversificadas e formadas por um número reduzido de pessoas. Paralelamente existem escassas interconexões entre as diferentes pessoas.





Los profesionales de los Servicios Sociales formarían parte de un “segundo nivel” de apoyo al que se recurre cuando el resto de la red ha fallado o es incapaz de dar respuesta, no siendo percibidos en primera instancia como miembros de esa red aunque sí en un segundo momento (LAPLAZA, 2014:82). (MENDIARA-LAPLAZA, 2014)

No que se refere ao serviço social face aos públicos de classe média, sobressaem, entre outros, os seguintes aspetos merecedores de análise:

A grande maioria dos Assistentes Sociais por nós entrevistados, referem que o público de classe média que recorre ao serviço social detém uma grande capacidade argumentativa e de análise das políticas sociais. São caracterizados como um público com um maior questionamento na atribuição de apoios sociais, assistindo-se assim a uma mudança de paradigma, não só no que respeita às novas formas de pobreza, mas também ao nível de literacia dos cidadãos.

Os resultados da nossa investigação, questionam a adequação das medidas de política e respostas sociais à classe média, observando-se entre os entrevistados duas orientações contrastadas: uma que sustenta um “visão universalista” dos sistemas públicos de bem-estar social com base na primazia do atendimento em função da natureza das necessidades e a condição de cidadania e advogando a não diferenciação dos serviços em função da procura e uma outra orientação, que poderíamos designar de “visão focalista ou especializada” que sustenta a adequação dos serviços de ajuda conforme o público-alvo.

Neste sentido Sánchez-Cabezudo *et. all.*, (2016) consideram que para as famílias de classe média que já não conseguem satisfazer as suas necessidades básicas sozinhas, torna-se fundamental que a intervenção dos assistentes sociais seja baseada em novos desafios sociais e económicos.

Face às exigências impostas pela contemporaneidade, torna-se imperioso que os serviços de ajuda e suporte social estejam preparados para responder a novos desafios. A questão é se passarão por alterações na organização dos serviços, ou manutenção dos mesmos. Esta pista de pesquisa fica por desenvolver e a aprofundar no futuro.

Outro aspeto a sublinhar, é o reconhecimento de um ajustamento da linguagem com os novos públicos diferenciados e uma maior preocupação na adequação dos serviços. Nesta linha, a cantina social foi mencionada como um apoio social desajustado levando a um sentimento de humilhação e de sofrimento social por parte dos cidadãos o que reclama um reequacionamento face à expressão que esta resposta assumiu no nosso país (em 2011 existiam 62 cantinas sociais, e em 2015 passaram a existir 843 cantinas, servindo 4800 refeições





diárias) a par da restrição e refluxo de outras medidas que salvaguardam melhor a autonomia dos cidadãos e reduzem o efeito de exposição da vulnerabilidade e pobreza (MARQUES & MATOS, 2016).

Paralelamente, face a um relativo vazio político e legislativo neste domínio, as assistentes sociais entrevistadas consideram ter necessidade de uma melhor preparação, ao nível de projetos de apoio ou intervenção com estes novos públicos, reclamando mais formação para os profissionais, de modo a conseguirem responder às necessidades efetivas destes cidadãos. Na mesma linha Solanilla refere:

Esta situación debe de obligar a los profesionales de los servicios sociales generalistas a realizar una reflexión sobre los conocimientos y habilidades con los que contamos para trabajar con esta nueva realidad social y, a la vez, ejercitar una valoración crítica sobre la cartera de servicios disponible, la pertinencia de la misma y lo adecuado o no que puede resultar su uso, reivindicando, si así se considera, mejoras en la misma (2015:66).

Na dimensão da identidade/alteridade observa-se uma sensibilidade ao “outro” e uma disponibilidade subjetiva para um posicionamento cada vez maior “no lugar do outro”, argumentando-se que a necessidade de apoio social é passível de ocorrer com qualquer cidadão aí incluindo os próprios assistente social. No entanto, sublinha-se, os “novos vulneráveis” resistem a pedir ajuda, num evitamento da estigmatização, sendo necessário adotar novos mecanismos que possibilitem sinalizar e acolher “os vulneráveis e pobres diferenciados”.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, M. (2012). *Urgências e Emergências do Serviço Social: fundamentos da profissão na contemporaneidade*. Lisboa. UCE.

BAL, M. B. d. (2000). “A ‘realiança’, desafio crucial para o trabalho social”. In M.-H. Soulet (Ed.), *Da não-integração*. Coimbra: Quarteto.

COLEMAN, S. (2011). “The Decimation of American’s Middle Class and its meaning for Social Work”. *Journal of Progressive Human Services*, 23(1), 76-93.

MARQUES, T. S., & MATOS, F. L. d. (2016). “Crise e vulnerabilidade social: uma leitura territorial”. In L. Lourenço (Ed.), *Geografia, Paisagem e Riscos*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

MENDIARA-LAPLAZA, C. (2014). “Las redes de apoyo social de la nueva pobreza atendida en el centro municipal de servicios sociales del barrio de la magdalena de zaragoza”. *Portularia*, XIV, 73-86.

MESSU, M. (2000). “Estatutos e identidades dos socialmente assistidos”. In M.-H. Soulet (Ed.), *Da não-integração*. Coimbra: Quarteto.





PAUGAM, S. (2003). *A Desqualificação Social: Ensaio sobre a nova pobreza*, Porto Porto Editora.

SÁNCHEZ-CABEZUDO, S. S., PELÁEZ, A. L., & GILBERT, N. (2016). "Social Work for the Middle Classes. Social Work and Society Internacional" *Online Journal*, 14(1).

SOLANILLA, A. M. (2015). "La nueva pobreza y su respuesta desde los sistemas de protección en España. Retos y alternativas del ingreso aragonés de inserción. Análisis de un territorio específico: La comarca del alto gállico (Huesca, España)". *Trabajo Social Global*, 5(9), 64-89.

TEZANOS, J. F., SOTOMAYOR, E., SÁNCHEZ, R., & DÍAZ, V. (2013). *En los bordes de la pobreza: Las familias vulnerables en contextos de crisis*. Madrid: Biblioteca Nueva.



AS RELAÇÕES DO ESTADO COM O TERCEIRO SETOR NO ÂMBITO DO RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO

Gonçalo Mota
Mestre em Serviço Social pelo Instituto Superior Miguel Torga

Resumo: O objeto deste trabalho incidiu na análise das relações entre o Estado e o Terceiro Setor, no âmbito do Rendimento Social de Inserção (RSI), na perspetiva da sua influência no emprego dos assistentes sociais. Partindo dos conceitos de Estado-Providência e de Terceiro Setor, quisemos compreender a emergência deste Terceiro Setor em Portugal e a forma como se constituem as suas relações com as Políticas Sociais e o Serviço Social.

Delimitámos o objeto de estudo ao distrito de Viseu e analisámos o número de assistentes sociais a trabalhar no âmbito da medida do RSI, considerando duas realidades: os trabalhadores do Estado e os trabalhadores de instituições do Terceiro Setor. Posteriormente, aferimos o número de vagas abertas para assistentes sociais, através de procedimentos concursais externos, entre os anos de 2005 e 2017.

Foi nossa intenção perceber de que modo o Terceiro Setor se poderia relacionar com o Estado, complementá-lo, ou até mesmo substituí-lo nas suas funções. Concluímos que foram contratados 24 assistentes sociais no âmbito da medida do RSI, destes apenas 18 se mantêm atualmente em funções, sem que, no mesmo intervalo de tempo, tivesse sido aberto qualquer procedimento concursal externo para assistente social para o Centro Distrital de Viseu ISS,IP.

Com este trabalho, ficou clara a tendência da diminuição da intervenção do Estado, mas também a redução do espaço profissional do assistente social, decorrente do decréscimo do investimento estatal face às despesas sociais. Concluímos ser inequívoca uma progressiva terceirização da execução das políticas sociais, nomeadamente de combate à pobreza e exclusão social, facilmente confundida com o *empowerment* de uma sociedade civil mais diligente





e responsável. A prestação de serviços estatais é hoje feita de forma indireta e reflete a tendência de uma proteção social dependente de questões ideológicas, negligenciando aquela que deve ser a defesa da dignidade e dos direitos humanos.

Palavras-chave: Estado, Terceiro Setor, Políticas Sociais

A EMERGÊNCIA DO ESTADO PROVIDÊNCIA

O fracasso das políticas liberais que previam a satisfação plena dos interesses individuais em detrimento do interesse coletivo, assumida por uma intervenção moderada por parte do Estado, colocou os países perante a necessidade de intervir no funcionamento da sociedade. Como tal, se até à primeira metade do século XX o apoio social estava dependente de entidades de natureza caritativa e assistencial, como disso é exemplo a própria Igreja Católica, após o ano de 1945, vários Estados depararam-se com a inevitabilidade de promover uma maior intervenção ao nível da proteção social. O Estado passa, então, a estender-se a todos os domínios da vida económica e social, pelo que não podemos olhar para a progressão das políticas sociais nem para a evolução do Serviço Social, sem antes analisarmos a evolução do chamado Estado Providência.

O Estado Providência surge no final da Segunda Guerra Mundial, uma época marcada pela urgência da resposta às necessidades sociais de uma economia emergente, potenciada pelo processo de industrialização iniciado nos finais do séc. XVIII. O seu conceito “assenta na ideia de que há correspondência entre os imperativos de crescimento económico e de equidade social” (SANTOS B. S., 2008, p. 203), no entanto, torna-se necessário compreender que o aparecimento dos diferentes modelos de Estado Providência ocorre no seio de contextos políticos e históricos de características específicas.

Se num primeiro momento, ainda no século XIX, se instituíram as primeiras medidas sociais tendo por base uma ideologia humanitária e de progresso social num Estado predominantemente liberal, será importante também salientar que, até 1945, se instituiu o Estado Social, economicamente ativo, de implementação dos principais sistemas sociais de carácter universal e redistributivo. Independentemente das políticas pelas quais se guiaram os diferentes países europeus na formação dos modelos dos Estados Providência, a Alemanha e Reino Unido foram, de facto, os responsáveis pela edificação dos atuais sistemas de segurança social, nos finais dos anos 50 e inícios dos anos 60, que





ao convergirem, constituíram a resposta dos diferentes países ao desejo dos cidadãos de uma melhoria do seu bem-estar social por via de uma maior segurança face à eventualidade de riscos específicos ou de situações de carência.

Em Portugal só após o 25 de Abril de 1974 se impulsionou a construção de um Estado Providência com todas as suas especificidades. Portugal, após a Revolução de Abril, segundo Mozzicafreddo (2000, p. 32), é “constituído por uma sociedade de características intermédias e em rápida mutação. Intermédia porque, partilhando algumas das características das sociedades desenvolvidas e democráticas, não deixa de apresentar insuficiências, assimetrias e irregularidades típicas das sociedades menos desenvolvidas”. Essas diferenças prendiam-se, sobretudo, com os 40 anos de Estado Novo e com a instauração de um novo modelo governativo.

Com a Constituição de 1976, é garantido através do artigo 63.º ao artigo 79.º a criação de um Estado Providência, numa altura em que os acordos eram feitos, não no pressuposto da garantia da manutenção de um sistema de proteção, mas de um compromisso formal que vinculasse a passagem para um regime de inspiração socialista (SANTOS B. S., 1998, p. 218).

Para Boaventura de Sousa Santos o Estado Providência “é o resultado de um compromisso, ou de um certo pacto teorizado no plano económico por Keynes, entre o Estado, o capital e o trabalho, no qual os capitalistas renunciam a parte da sua autonomia e dos seus lucros (...) e os trabalhadores a parte das suas reivindicações (...). Esta dupla renúncia é gerida pelo Estado” (SANTOS B. S., 1998, p. 214).

Segundo Boaventura de Sousa Santos (1998, p. 220), o Estado, entre 1976 e 1988, desenvolveu-se na base de “uma política de desvalorização da força de trabalho (inflação, aumento da taxa de desemprego, precarização da relação salarial, através de contratos a prazo, queda dos salários reais) e de estagnação ou deterioração das políticas sociais (...)”, com um reflexo evidente na quebra do investimento no sector da saúde, educação e outros sectores, assim como outras medidas de controlo das despesas.

Assim, em Portugal, a estrutura do Estado Providência assentou em três domínios: a promoção de políticas macroeconómicas e de regulação da esfera económica privada, intervindo nas disfuncionalidades das regras do mercado; o desenvolvimento de políticas gerais e políticas compensatórias, para a proteção de determinados grupos sociais e institucionalizando a concertação entre parceiros sociais e económicos, com o objetivo de agilizar o





caminho na diminuição das desigualdades sociais e do crescimento económico (MOZZICAFREDDO, 2000, p. 32).

O TERCEIRO SETOR E OS PROTOCOLOS DO RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO

Referimo-nos ao terceiro setor como “uma terceira força social, política e economicamente, independente, que medeia, ou se encontra situada algures entre as duas forças tradicionais – a pública e a capitalista (ou, como preferem outros autores, o mercado) – constituída por organismos de economia social, que podem encontrar o seu lugar como intermediários entre as “empresas” e a Administração Pública, surgindo assim, como um “terceiro sector” (MARTINS, 2009, p. 211).

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa reconhece a existência do terceiro setor, designado de setor cooperativo e social (art. 80.º e 82.º), definindo a sua composição – cooperativas, organizações comunitárias ou em autogestão e pessoas coletivas sem carácter lucrativo com fins principais de solidariedade social, como as associações mutualistas e as Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS). A Constituição reconhece igualmente a liberdade de constituição de associações e o direito à constituição de cooperativas e à autogestão, estabelecendo como princípio fundamental da organização económico-social, a proteção do terceiro setor (art. 80.º), e promovendo em vários artigos, os poderes públicos a estimular e apoiar a criação e a atividade de organizações do terceiro setor.

Se, por um lado, as instituições do terceiro setor dependem do apoio económico do Estado para a sua sobrevivência e para a continuidade do desenvolvimento da sua atuação junto da população, por outro, convém ao Estado que estas instituições continuem a assegurar as respostas sociais, regulamentadas por si, aplicadas num regime de baixo custo.

A criação do Rendimento Mínimo Garantido em Portugal, no ano de 1997, introduziu uma alteração profunda no sistema de proteção social relativa aos mais desprotegidos. A filosofia subjacente a esta política não se baseia numa lógica contributiva, mas sim, numa perspetiva de redistribuição de recursos, face à ideia em que se associa uma prestação pecuniária, a um contrato que encara o beneficiário, não como mero recetor de um benefício estatal, mas sobretudo como cidadão competente e responsável, a quem se reconhece o direito de tomar parte ativa nas decisões que influenciam a sua própria vida.





O Rendimento Mínimo Garantido foi reformulado em 2003, através da revogação da Lei vigente e passou a chamar-se Rendimento Social de Inserção, pela Lei 13/2003 de 21 de Maio, regulamentada pelo Decreto-Lei 283/2003 de 8 de Novembro. Embora tenha sofrido constantes alterações legislativas, até à atual Lei 90/2017 de 28 de julho, a medida manteve os seus princípios estruturadores, como uma prestação pecuniária de apoio ao rendimento para satisfazer as necessidades básicas aliado a um programa ou contrato de inserção e ao envolvimento de uma estrutura de parceria alargada com o objetivo de mobilizar os recursos necessários à intervenção, promovendo ainda a responsabilidade coletiva no combate à pobreza e exclusão social.

O Rendimento Social de Inserção pode ser requerido por indivíduos e famílias em situação de grave carência económica⁶⁷, desde que satisfaçam as respetivas condições de atribuição.

O Decreto-Lei n.º 283/2003 e o Despacho 15400/2004 (2.ª série) definem a celebração dos protocolos entre a Segurança Social e as IPSS. O Despacho n.º 451/2007, de 10 de Janeiro, prevê a possibilidade da celebração dos protocolos entre os Centros Distritais da Segurança Social e entidades com fins lucrativos, desde que estas prossigam fins de solidariedade social.

Assim, a criação dos Protocolos do Rendimento Social de Inserção, surge com o intuito de tornar mais eficaz a intervenção no âmbito desta medida, assim como garantir, junto das IPSS, a responsabilidade de participar de forma ativa, na execução das políticas sociais em Portugal. A celebração de protocolos, pressupõe que as instituições, através de equipas multidisciplinares, constituídas por técnicos superiores da área social e por ajudantes de ação direta, desenvolvam ações no âmbito do acompanhamento de famílias beneficiárias do RSI, que visem o acompanhamento dos contratos de inserção.

⁶⁷ Consideram-se situações de grave carência económica, os indivíduos cujo rendimento seja inferior a 100% do valor da Pensão Social (183,84 euros), no caso de um agregado familiar composto por mais um adulto, cujo rendimento seja inferior à soma dos seguintes valores: 100% do valor da Pensão Social pelo primeiro adulto, 70% do valor da Pensão Social a partir do segundo adulto e por cada menor 50% do valor da Pensão Social, conforme o Decreto-Lei 70/2010 de 16 de Junho de 2010, que entrou em vigor em 1 de Agosto e que veio alterar as regras para a determinação dos rendimentos, o conceito de agregado familiar e capitação dos rendimentos para a verificação da condição de recursos.





O MERCADO DE TRABALHO DOS ASSISTENTES SOCIAIS NO RSI NO DISTRITO DE VISEU

Os assistentes sociais nas Equipas Multidisciplinares dos protocolos RSI, no distrito de Viseu, assumem a responsabilidade da gestão dos processos familiares, que pressupõe a elaboração do diagnóstico de cada família; negociação, definição, acompanhamento e avaliação das ações de inserção que constam no contrato de inserção e a gestão dos processos familiares, enquanto elemento mediador da intervenção entre os diferentes parceiros e intervenientes envolvidos na execução dos contratos de inserção.

Embora o acompanhamento das famílias fique a cargo das IPSS, são os Centros Distritais da Segurança Social que se mantêm como responsáveis pela supervisão do trabalho executado no âmbito do acompanhamento às famílias na sua área de intervenção, nomeadamente com a aplicação de instrumentos que garantam a avaliação do trabalho desenvolvido pelas instituições.

A análise sobre o espaço ocupacional dos Assistentes Sociais, enquanto agentes de mudança na sociedade, nas famílias e comunidades com quem trabalham, segundo um conjunto articulado de valores, de teorias e de práticas, decorre das transformações sociais e de contextos históricos específicos que condicionaram e acabaram por nortear o exercício da profissão.

Conforme o preâmbulo da proposta de Diploma do Estatuto Legal da Carreira dos Assistentes Sociais (SINDICATO DOS QUADROS TÉCNICOS DO ESTADO, 2003), “os assistentes sociais, quer pela sua formação, quer pelo seu desempenho, estão particularmente preparados para desenvolver processos de intervenção social assentes em competências como a articulação, a negociação, a interação institucional permanentes e a mediação entre serviços e cidadãos, que se impõem pela necessidade de potencializar capacidades e recursos”. No entanto, o Serviço Social, que promove a sua intervenção em torno da “questão social”, acaba por estar dependente de fatores como a complexidade das transformações sociais e das relações societárias, assim como da redução do investimento nas políticas sociais e do constante ajustamento da intervenção face às limitações criadas pelo próprio sistema que as produz.

Tal como defende Iamamoto (2009, p. 343), as políticas sociais “passam a organizar-se mediante o crivo da privatização, focalização e descentralização, terreno onde se inscreve predominantemente o trabalho dos assistentes sociais”. Assim, para os assistentes sociais fica reservada “a relação com os segmentos sociais mais vulnerabilizados pelas sequelas da questão social e que





buscam, nas políticas públicas, especialmente nas políticas sociais, em seus programas e serviços respostas às necessidades mais imediatas e prementes” (RAICHELIS, 2009, p. 380).

Como defende Carlos Montaña (2002), face ao agravamento da “questão social” e à retração das funções do Estado, com a redução de gastos sociais e com a desresponsabilização face às políticas sociais universais e consequente limitação dos direitos sociais, surge como consequência, a reestruturação do mercado de trabalho do assistente social. Concomitantemente, Netto (2005) refere que constituição do mercado de trabalho para o assistente social pela via das políticas sociais permite compreender simultaneamente a continuidade e rutura, que assinalam a profissionalização do Serviço Social.

O assistente social acaba por ver o seu emprego dependente dos acordos entre Estado e o terceiro sector, resultantes de uma política de transferência de responsabilidades públicas para iniciativas da sociedade civil, deixando o Estado de prestar serviços diretos à população, nomeadamente à população mais carenciada. A realidade hoje representa um caminho que se faz no sentido do esvaziamento das responsabilidades do Estado, enquanto sector público, em detrimento de um sector sem fins lucrativos, mas que acaba, sob a sua supervisão, por cumprir a prossecução dos objetivos das suas políticas sociais.

O exemplo do Rendimento Social de Inserção e o percurso que se fez desde o Rendimento Mínimo Garantido até à possibilidade de existirem os Protocolos no âmbito do RSI, nomeadamente no que diz respeito ao emprego de assistentes sociais, representa uma tendência de subcontratação por parte do Estado, de técnicos, através das instituições locais, para executar uma medida de política social.

Quando nos propusemos a analisar o número de assistentes sociais a trabalhar no âmbito dos protocolos do RSI, no distrito de Viseu e comparar com o número de assistentes sociais que o Centro Distrital de Viseu contratou através de procedimento concursal externo, para trabalhar na ação social, no período compreendido entre 2005 e 2017, acabámos por encontrar números bastante reveladores e sustentadores da natureza deste trabalho, nomeadamente na tendência da passagem para o terceiro setor de algumas das funções que o Estado assumiria até então, com uma influência direta nos postos de trabalho dos assistentes sociais.

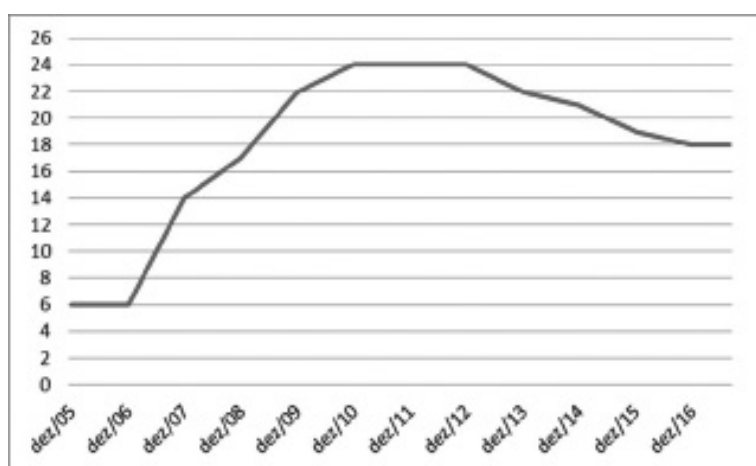
No entanto, interessa referir que durante o tempo que mediou o início da medida em 1997 até 2005, no distrito de Viseu, estiveram contratados de forma pontual, pelas instituições, aproximadamente 7 assistentes sociais, a





trabalhar a medida do RMG/RSI, que acabariam por ser dispensados gradualmente após o fim dos acordos entre a Segurança Social e as IPSS. A tendência já durante este período era a contratação de técnicos para fazer face às necessidades mais urgentes, através de vínculos profissionais e contratuais de natureza precária e imediatista.

Ilustração 1 – Evolução do número de assistentes sociais nos protocolos do RSI (2005-2017), no distrito de Viseu



Fonte: Dados do Instituto de Segurança Social, IP.

Durante o período, de 2005 a 2017, não existiu qualquer procedimento concursal externo para assistente social, para funções na ação social do Núcleo de Qualificação de Famílias e Território ou para o atual Núcleo de Intervenção Social, para o Centro Distrital de Viseu, ISS, IP.

CONCLUSÃO

O papel central do Estado está bem patente na sua capacidade de legitimação dos direitos sociais e do indivíduo, no processo de estruturação da sociedade e promoção das políticas sociais, mesmo que dependentes dos diferentes contextos sociais, económicos e políticos. Em Portugal, esse processo do qual resulta um quase Estado Providência, que deveria garantir na sua génese





a promoção e proteção dos direitos sociais, acaba por ser o espelho de um caminho que o Estado seguiu ao não assegurar um sistema de segurança social que se estruturasse de maneira articulada, contínua e universal, relativamente às necessidades e exigências sociais, como está consagrado nos instrumentos jurídicos internacionais e na Constituição da República Portuguesa no artigo 63.º.

Ao invés, aposta na construção de um modelo de proteção social que revela uma crescente segmentação dos benefícios sociais, que se desmultiplica em políticas sociais frágeis e posteriormente em programas que acabam por apenas intervir sectorialmente junto das necessidades da população, acabando tantas vezes por ocultar as verdadeiras necessidades, que acabam por não ser satisfeitas.

O Estado não estrutura apenas as relações entre a sociedade civil e a autoridade política, a tendência que se encontra instituída vai no sentido da centralização de todas as decisões de regulação dos vários sectores sociais, em que o Estado estabelece o seu próprio ritmo de aprovação das medidas e assume um papel de supervisão, sempre dependente quer das diferentes pressões e assimetrias do poder dos grupos sociais e políticos, quer dos recursos públicos.

O percurso do Serviço Social em Portugal reflete essa mesma orientação.

A dimensão estruturante das políticas sociais promovidas pelo Estado, que são para o trabalho do assistente social uma base de sustentação fundamental, acaba por influenciar a legitimidade da sua intervenção, estando ainda mais dependentes dos atuais contextos sociais, económicos e políticos e das transformações constantes, com um reflexo visível no seu campo de atuação, na sua forma de intervenção e na retração do mercado de trabalho dos assistentes sociais.

Sem pôr em causa os efeitos positivos do Rendimento Social de Inserção enquanto medida de política social, como garantia dos interesses dos mais desfavorecidos, também esta medida ao ter iniciado com um carácter mais abrangente, ao pretender abarcar todos os indivíduos que satisfizessem determinadas condições de recursos e aceitassem cumprir um programa de inserção social e profissional, revelou vulnerabilidades.

As vulnerabilidades espelham-se num Estado que desenvolveu uma área social, fruto de décadas de assistencialismo, de uma sobrecarga burocrática junto dos técnicos e um excesso de discricionariedade, que não garantia a proteção dos mais básicos direitos dos beneficiários.

Perante a incapacidade de uma organização mais sistémica, reflexiva e monitorizada em detrimento de uma intervenção mais imediatista e pouco





coordenada, orientada para metas quantitativas, o Estado promove, como resposta a estas vulnerabilidades, a criação dos Protocolos do RSI.

Com a participação ativa por parte das IPSS na execução das políticas sociais, teoricamente o Estado surgiria apenas, como o gestor de recursos da comunidade e mobilizador da intervenção das entidades parceiras. No entanto, pese embora o facto do acompanhamento das famílias ficar a cargo das IPSS, são os Centros Distritais da Segurança Social que se mantêm como responsáveis pela coordenação e supervisão do trabalho executado no âmbito do acompanhamento às famílias na sua área de intervenção, nomeadamente com a coordenação dos Núcleos Locais de Inserção e com a aplicação de instrumentos que garantam a avaliação do trabalho desenvolvido pelas instituições.

Face ao agravamento da questão social e à retração das funções do Estado, com a redução de gastos sociais e com a desresponsabilização face às políticas sociais universais e consequente limitação dos direitos sociais, surge como consequência, a reestruturação do mercado de trabalho do assistente social. O assistente social acaba por ver o seu emprego dependente dos acordos entre Estado e o terceiro sector, decorrente de políticas restritivas e dependentes de um controlo orçamental e de uma estabilidade financeira.

O Estado, ao pretender reduzir o seu peso, e desburocratizar, acaba apenas por contribuir para a precarização dos postos de trabalho dos assistentes sociais da qual, a execução do Rendimento Social de Inserção, no distrito de Viseu, é disso um claro exemplo.

A transferência de responsabilidades acaba por resultar, na maioria das vezes, numa transferência de funções burocráticas entre sectores, quando deveríamos assistir à transferência da experiência e conhecimento técnico do Estado, como interlocutor privilegiado na mediação dos vários atores sociais e na promoção da garantia dos direitos sociais, como se espera que seja a natureza de um Estado verdadeiramente social.

As relações do Estado com o terceiro sector, e a dependência dos assistentes sociais face à precariedade das políticas sociais, revela que o Serviço Social espelha uma realidade em que está implícita a lógica neoliberal de poupança do Estado, em detrimento do investimento na área social e com a consequência direta na definição do mercado de trabalho e do emprego dos assistentes sociais em Portugal.





BIBLIOGRAFIA

ARCANJO, M. (1991). *Análise e Avaliação dos Sistemas de Segurança Social: um modelo aplicado a Portugal*. Lisboa: ISEG.

Constituição da República Portuguesa. (2004). Coimbra: Almedina.

IAMAMOTO, M. (2009). “Os espaços socio-ocupacionais do assistente social”. Em C. F. Social, *Serviço Social: direitos e competências profissionais* (pp. 342-375). Brasília: CFESS/Abepss.

MARTINS, L. L. (2009). *As instituições particulares de solidariedade social*. Coimbra: Almedina.

MONTAÑO, C. (2002). *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez Editora.

MOZZICAFREDDO, J. (2000). *Estado Providência e cidadania em Portugal*. Oeiras: Celta Editora.

NEGREIROS, M. A., MARTINS, A., Henríquez, A., & McDONOUGH, J. (1999). *Serviço Social: Profissão e Identidade – Que trajetórias*. Lisboa/São Paulo: Veras Editora.

NETTO, J. P. (2005). *Capitalismo Monopolista e Serviço Social*. São Paulo: Cortez Editora.

QUELHAS, A. P. (2001). *A refundação do papel do Estado nas Políticas Sociais*. Coimbra: Almedina.

RAICHELIS, R. (2009). O trabalho do assistente social na esfera estatal. Em C. F. Social, *Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais* (pp. 377-392). Brasília: CFESS/ABEPSS.

SANTOS, B. S. (1998). *O Estado e a Sociedade em Portugal: 1974-1988*. Porto: Edições Afrontamento.

SANTOS, B. S. (2008). *O Estado e a Sociedade em Portugal: 1974-1988*. Porto: Edições Afrontamento.

SANTOS, B. S., & Ferreira, S. (2001). A Reforma do Estado Providência entre globalizações conflituantes. Em P. C. Hespanha, *Risco Social e Incerteza – Pode o Estado Social recuar mais?* Porto: Edições Afrontamento.

Sindicato dos Quadros Técnicos do Estado. (7 de fevereiro de 2003). *Centro Português de Investigação em História e Trabalho Social*. Obtido de ESTATUTO LEGAL DA CARREIRA DOS ASSISTENTES SOCIAIS: http://www.cpihts.com/2003_07_06/Prop_Estatuto_Legal.htm





RENDA BÁSICA DE CIDADANIA: A NÃO REGULAMENTAÇÃO DA LEI N.º 10.835/2004 SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Thiago Santos Rocha⁶⁸

Resumo: O presente estudo visa a análise, sob a perspectiva do controle de constitucionalidade, da omissão do Poder Executivo na regulamentação da Lei Federal n. 10.835/2004, que estabelece o direito de todo cidadão brasileiro, bem como dos residentes no país há pelo menos cinco anos, ao recebimento da renda básica de cidadania. Na análise da literatura sobre o tema, adotou-se o método dedutivo de abordagem, considerando a fundamentação constitucional da renda básica de cidadania, a relação desta com o mínimo existencial, bem como concepções doutrinárias sobre a teoria externa dos limites aos direitos fundamentais e a teoria dos limites aos limites, em especial sob a perspectiva da vedação à prestação insuficiente. O estudo indica que há no ordenamento jurídico brasileiro vigente um direito à renda básica de cidadania, que este direito possui seu conteúdo moldado pela Constituição e pela Lei n. 10.835/2014, que o bem protegido por este conteúdo pode sofrer limitações externas a partir da conduta do Poder Executivo, mas que estas limitações devem respeitar a proibição da prestação insuficiente. Assim, a não regulamentação da lei da renda básica de cidadania é uma omissão claramente inconstitucional, haja vista se tratar de conduta que frustra direito a prestação normativa relacionada a dois fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana,

⁶⁸ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, FDUL, Investigador do Mestrado em Proteção Jurídica a Pessoas e Grupos Vulneráveis, da Universidade de Oviedo. E-mail: tsrocha@gmail.com





Palavras-Chave: Renda Básica de Cidadania, Dignidade da Pessoa Humana, Mínimo Existencial, Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo não é buscar a legitimidade política, filosófica ou econômica de um rendimento básico incondicionado abstratamente considerado,⁶⁹ mas sim analisar, sob a perspectiva da Constituição da República do Brasil de 1988 (CR/88), a omissão do Poder Executivo ao não regulamentar a renda básica de cidadania, criada pela Lei Federal n.º 10.835/2004.

A discussão jurídica em torno do dever de o Estado assegurar a todos os cidadãos uma renda de cidadania, como condição para assegurar o atendimento das necessidades básicas, assume especial relevância em um cenário que, após um período de constante redução do número de pessoas em situação de pobreza (2003 a 2014), demonstra a volta do empobrecimento da população brasileira.

De acordo com dados do Banco Mundial, segundo metodologia adotada para o Brasil a partir de relatório divulgado em outubro de 2017, o número de pessoas sob a linha de pobreza, ou seja, aquelas que vivem com menos US\$ 5,50, subiu de 20,4% (2014) para 22,1% (2015). Mesmo considerando a linha de pobreza anteriormente adotada, de US\$ 1,90 por dia, observa-se um aumento de 3,7% para 4,3% no mesmo período.⁷⁰

Ademais, os efeitos da pobreza são agravados pela desigualdade socioeconômica que historicamente marca a sociedade brasileira, chegando agora a

⁶⁹ Para análise dos fundamentos da renda básica incondicionada, genericamente considerada, cf. VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, London: Harvard University Press, 2017; STANDING, Guy, *Basic Income*, London: Pelican, 2017; SUPLICY, Eduardo Matarazzo, *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*, 7. ed. São Paulo: Cortez, 2013; RAVENTOS, Daniel, *Las Condiciones Materiales de la Libertad*, Madrid: El Viejo Topo, 2013.

⁷⁰ A nova classificação adotada pelo Banco Mundial não mais analisa todos os países a partir da mesma linha de pobreza, de US\$ 1,90 por dia, mas estabelece três linhas diferentes (US\$ 1,90, US\$ 3,20 e US\$ 5,50), de acordo com a renda média do país. Cf. THE WORLD BANK, *Country Poverty Brief – Brazil*, Poverty & Equity Data Portal, disponível em: <http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=pov_cou_1_2017&Id=c028ff64&wd=430&ht=390&tb=y&dd=n&pr=n&export=y&xlbl=y&ybl=y&legend=y&isportal=y&inf=n&exptypes=Excel&country=BRA&series=SI.POV.UMIC,SI.POV.UMIC.NO>, acesso em: 9 nov. 2017.





patamares alarmantes, como o fato apontado por recente estudo da OXFAM, segundo o qual os seis indivíduos mais ricos possuem a mesma riqueza que os 50% mais pobres, ou seja, mais de cem milhões de seres humanos.⁷¹

1. RENDA BÁSICA DE CIDADANIA E FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Desde 2004, está vigente no Brasil a Lei Federal n.º 10.835, que atribui a todo brasileiro, bem como aos estrangeiros residentes no Brasil há pelo menos 05 anos, qualquer que seja sua condição socioeconômica, o direito à Renda Básica de Cidadania (RBC). Tal Lei, fruto do trabalho incansável do então Senador Eduardo Suplicy, fora aprovada por consenso dos partidos nas duas casas legislativas.

Em linha com os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, estabelecidos pelo artigo 1.º da CR/88 como fundamentos do Estado Democrático de Direito⁷², e com o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais⁷³, a Lei 10.835/2014 estabelece o direito de cada indivíduo a receber um valor anual, que pode ser pago em parcelas mensais, suficiente para arcar com suas despesas mínimas com alimentação, educação e saúde.⁷⁴ Tal direito também está em linha com o objetivo constitucional da ordem econômica, nos termos do

⁷¹ Cf. OXFAM BRASIL, *Uma economia para os 99%*, Oxfam Brasil, disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/davos2017>>, acesso em: 26 jun. 2017.

⁷² Art. 1.º. 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; III – a dignidade da pessoa humana; (...)”

⁷³ Art. 3.º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁷⁴ Art. 1.º. É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. (...) § 2.º O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias. § 3.º O pagamento deste benefício poderá ser feito em parcelas iguais e mensais.



artigo 170 da CR/88,⁷⁵ de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Todavia, a referida Lei atribui ao Poder Executivo o dever de regulamentar a implementação gradual da renda básica universal, a partir do exercício de 2005, de acordo com o grau de desenvolvimento do país e as possibilidades orçamentárias, priorizando as camadas mais necessitadas da população.⁷⁶

Frente ao disposto no texto legal, combinado com sua fundamentação constitucional, resta enfrentar uma primeira questão, a saber, quais os efeitos da inovação trazida pela Lei n.º 10.835/2004 no ordenamento jurídico brasileiro. Em outros termos, faz-se necessário responder se referida lei expressa algo além de uma carta de intenções, uma expectativa de direitos, ou mesmo de um direito condicionado à existência de cofres públicos cheios.

Para enfrentar tal ponto, uma constatação inicial é relevante: a lei que criou o direito à renda básica de cidadania deixou ao Executivo a discricionariedade sobre a forma de implementação das prestações materiais referentes a tal direito, mas não a opção de regulamentar ou não a sua implementação, e muito menos a existência do direito em si.

A lei editada em 2004 conformou o conteúdo de um verdadeiro direito fundamental que expressamente visa proteger o núcleo essencial de outros direitos fundamentais consagrados pela CR/88, quais sejam, alimentação, educação e saúde.⁷⁷

⁷⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, (...).

⁷⁶ Art. 1º (...) § 1.º. *A abrangência mencionada no caput deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população. (...)*

Art. 2.º. Caberá ao Poder Executivo definir o valor do benefício, em estrita observância ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

Art. 3.º. O Poder Executivo consignará, no Orçamento-Geral da União para o exercício financeiro de 2005, dotação orçamentária suficiente para implementar a primeira etapa do projeto, observado o disposto no art. 2.º desta Lei.

Art. 4.º. A partir do exercício financeiro de 2005, os projetos de lei relativos aos planos plurianuais e às diretrizes orçamentárias deverão especificar os cancelamentos e as transferências de despesas, bem como outras medidas julgadas necessárias à execução do Programa.

⁷⁷ Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.





A abertura material prevista no § 2.º do artigo 5.º da CR/88⁷⁸ permite afirmar seguramente que, a partir da edição da Lei n.º 10.835/2004, está vigente no ordenamento jurídico brasileiro um fundamental ao rendimento básico incondicional. Tal direito decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, na medida em que visa assegurar o atendimento a necessidades básicas, sem as quais fica comprometido o exercício de outros direitos fundamentais e da própria democracia.

Assim, ainda que possa haver objeções, sobretudo fundadas no princípio da separação dos poderes, à sustentação de um direito público subjetivo ao adimplemento de prestações materiais devidas diretamente a partir do texto legal, pode-se seguramente afirmar que há o direito de todo e qualquer beneficiário previsto no artigo 1.º da Lei n.º 10.835/2004 à prestação normativa do Poder Executivo no sentido de regulamentar a implementação da RBC.

Mais do que isto, a implementação da RBC, por se destinar à manutenção de um patamar mínimo de vida digna a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil há pelo menos cinco anos, pode ser considerada dentre aquelas medidas que Melo Fonte classifica como política pública constitucional essencial.⁷⁹

Esta profunda relação da RBC com dois dos cinco fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, não deixa dúvidas de que sua implementação está protegida pelos argumentos de defesa do mínimo existencial, os quais serão abordados no seguinte tópico.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL E RENDA BÁSICA DE CIDADANIA

Em breves termos, pode-se afirmar que a concepção de mínimo existencial se refere às necessidades básicas essenciais à vida digna de cada indivíduo, as quais devem ser asseguradas pela sociedade, por meio do Estado, caso o indivíduo não o possa fazer pelos próprios meios.

⁷⁸ Art. 5.º (...) § 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷⁹ FONTE, Felipe de Melo, *Políticas públicas e direitos fundamentais*, 2.ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207 e ss.





Assim, o direito ao mínimo existencial visa garantir o respeito ao mínimo de cada direito fundamental necessário a uma vida social que permita ao indivíduo não apenas sobreviver acima do patamar de pobreza, mas também ter alternativas para desenvolver e realizar sua personalidade de acordo com a dignidade humana.⁸⁰

O direito ao mínimo existencial, embora não expressamente previsto na CR/88 ou em texto legislativo, é amplamente reconhecido pela jurisprudência nacional⁸¹ e pode ser considerado um direito fundamental autônomo que visa proteger a parte dos demais direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, relacionada ao núcleo da dignidade da pessoa humana. Isto, inclusive, leva Figueiredo e Sarlet a defenderem que os demais direitos sociais devem ser interpretados à luz do mínimo existencial.⁸²

A autonomia do mínimo existencial também é reconhecida por Bitencourt Neto, que o trata como um direito sobre direitos, tendo por função a realização de dimensões de eficácia de outros direitos fundamentais, na condição de reserva última da dignidade humana.⁸³ Reis Novais não apresenta objeção ao

⁸⁰ Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva Do Possível"*, 2.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 22.

⁸¹ A garantia do mínimo existencial é apontada em decisões do STF como fundamento para assegurar diversos direitos, como direito à saúde (art. 5º, caput, art. 6º, art. 196, art. 197), direito à educação infantil (art. 208, IV, da CR/88), direito do idoso (art. 230, § 2º), direito ao benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente (art. 203, V), direito dos trabalhadores (art. 6º e art. 7º), direito dos necessitados de acesso a orientação jurídica integral e assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV e art. 134), direito ao meio ambiente (art. 5º, caput) e direito dos custodiados do sistema prisional (art. 5º, XLIX). Cf. ROCHA, Thiago Santos, O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in*: PORTELA, Irene Maria; GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Orgs.), *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*, Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, pp. 313–323.

⁸² FIGUEIREDO; SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 25.

⁸³ BITENCOURT NETO, Eurico, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 173.



reconhecimento de tal direito ao mínimo como autônomo, ao lado dos demais direitos sociais, desde que não se retire destes o caráter jusfundamental.⁸⁴

Haja vista que muitos dos direitos fundamentais previstos ou decorrentes da CR/88 possuem conteúdo nem sempre facilmente delimitável a partir do texto constitucional, a relevância do mínimo existencial está justamente em delimitar o patamar abaixo do qual o que estaria em questão seria não apenas a amplitude do conteúdo do direito, mas sim a lesão do núcleo duro componente da dignidade da pessoa humana.

Por sua íntima ligação com a dignidade da pessoa humana, o conteúdo do mínimo existencial, assim como o daquela, é relativo, variando de acordo com aspectos históricos e mesmo pessoais. No caso concreto, a definição do direito ao mínimo existencial deve considerar um conteúdo universalizável, ou seja, envolver prestação passível de ser estendida a todos aqueles que se encontrem, objetiva e subjetivamente, na mesma situação jurídica.⁸⁵

Feitas estas considerações, é importante destacar que o direito ao mínimo existencial não se confunde com o direito à RBC. Isto porque a RBC é uma das muitas políticas públicas que visam dar efetividade a parte dos, e não a todos, direitos que compõem o mínimo existencial. Ou seja, a concepção de mínimo existencial é muito mais ampla que a da RBC, sendo inclusive importante argumento jurídico em defesa da regulamentação e implementação desta.

A importância do mínimo existencial, enquanto meio de proteção das políticas públicas constitucionais essenciais, reside em seu caráter contramajoritário, ou seja, no fato de não estar à disposição da discricionariedade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.⁸⁶

⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2.ª. ed. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 234.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel, *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*, Edição: 2.ª Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 216. No mesmo sentido, cf. FONTE, *Políticas públicas e direitos fundamentais*, p. 223.

⁸⁶ FONTE, *Políticas públicas e direitos fundamentais*, p. 207 e ss.





3. RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS POR OMISSÃO NORMATIVA

A omissão do Poder Executivo em regulamentar a Lei n.º 10.835/2004, em termos jurídicos, não é outra coisa senão uma restrição externa ao direito à RBC. Mas o fato de ser uma restrição, sozinho, não torna a conduta do Estado inconstitucional. Isto porque nem mesmo um direito fundamental é absoluto.

Sob a perspectiva da chamada teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, a restrição pode ser ato individual ou geral que incide sobre o bem de proteção do direito fundamental. Desta forma, há uma separação clara entre conteúdo e limites do direito fundamental. A restrição seria uma ação estatal que afeta o bem protegido pelo direito fundamental, cujos limite e extensão foram apurados por meio da interpretação jurídica da norma jus-fundamental.⁸⁷

Assim, uma eventual regulamentação da lei, que estabeleça os critérios da gradual implementação, por si só, será um limite ao bem de proteção do direito, de modo que, em tese, há tantos possíveis limites quanto o número de possíveis condutas do Poder Executivo quando da regulamentação.

Recapitulando alguns elementos deste trabalho, até aqui foram expostas, pelo menos, três considerações relevantes. A primeira é que há no ordenamento jurídico brasileiro vigente um direito à RBC. A segunda, que este direito possui seu conteúdo moldado pela Constituição e pela Lei n.º 10.835/2014. A terceira, que o bem protegido por este conteúdo pode sofrer limitações externas a partir da conduta do Poder Executivo.

Nesse ponto, faz-se necessário enfrentar uma questão crucial para compreender as considerações a que este trabalho se propõe: a abrangência da liberdade de conduta do Poder Executivo, ativa ou omissiva, no que diz respeito à regulamentação da RBC.

De início, cabe destacar que esta liberdade de conduta do Poder Executivo não é plena. Isto porque, conforme exposto, os limites são externos, e não internos ao direito fundamental. Ao Poder Executivo não caberá definir o conteúdo do direito, mas apenas colocar os limites que o conteúdo já definido pela Constituição e pela Lei aceitem.

⁸⁷ NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 296–298.





Assim, os limites, a partir das justificativas apresentadas para eles, devem ter sua legitimidade controlada, inclusive pelo Poder Judiciário, se demandado, a partir dos parâmetros legais e constitucionais que delimitam o conteúdo o direito.

Agora, uma vez que os limites não são ilimitados, resta saber quais seriam os limites aos limites. A resposta, em termos jurídicos, é dada por uma teoria que leva, exatamente, o nome de teoria dos limites dos limites, que se expressa pela vedação ao excesso e pela proibição da insuficiência, quer se trate de restrição à dimensão negativa ou positiva do direito fundamental em questão, respectivamente.

De acordo com a teoria proposta por Claus-Wilhelm Canaris, no que se refere aos direitos fundamentais há uma ampla gama de conformação ao legislador entre o excesso e a insuficiência. Canaris enfatiza que as exigências da vedação de insuficiência não são as mesmas analisadas para a proibição do excesso, de maneira que não é admissível o mesmo tratamento, notadamente porque não se está diante da análise de uma ação específica em relação a outras possíveis, mas sim de uma omissão, total ou parcial, perante uma multiplicidade de ações que poderiam ter sido realizadas e não foram. Portanto, em se tratando de uma ação ou de uma omissão, o ônus de fundamentação imposto ao Estado é diferente.⁸⁸

No caso de uma omissão, tal qual a do Poder Executivo em regulamentar a Lei n. 10.835/2014, a teoria dos limites dos limites se expressa por meio da proibição da prestação insuficiente. Em termos gerais, dentre as condutas permitidas ao Estado como limite ao direito fundamental à RBC, não se encontram aquelas que impliquem em prestações insuficientes, sejam estas prestações normativas ou materiais.

Reis Novais, no mesmo sentido de Canaris,⁸⁹ afirma ser frágil e inoperante o controle de constitucionalidade da omissão estatal a partir de um princípio constitucional de proibição do déficit obtido com a mera análise reversa dos subprincípios da proibição do excesso. Enquanto a análise da proibição do excesso em restrições da dimensão negativa do direito incide

⁸⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais E Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 65–68.

⁸⁹ *Ibid.*





sobre o ato praticado, em se tratando da dimensão positiva do direito, a análise de constitucionalidade da omissão do Estado deve recair sobre a norma, e não sobre o não-ato.⁹⁰

Dessa forma Reis Novais propõe a subdivisão do alcance jurídico do princípio da proibição do déficit em dois subprincípios: o da realização do mínimo e o da razoabilidade. O primeiro estaria vinculado ao conteúdo mínimo dos direitos ou dos deveres estatais correlatos, enquanto o segundo estaria relacionado à identificação da não razoabilidade da situação objetiva e subjetiva à que os potenciais destinatários da conduta omitida pelo Estado estariam submetidos.⁹¹ Em outras palavras, o que separa a prestação suficiente da prestação insuficiente é o atendimento, ou não, ao conteúdo mínimo do direito e a razoabilidade.

É sob esta perspectiva que o mínimo existencial, enquanto mínimo necessário ao respeito da dignidade da pessoa humana, um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, é considerado um limite à omissão do Estado restritiva de direitos fundamentais.

Então, para o fim específico que este trabalho se propõe a analisar, tem-se que a dignidade da pessoa humana, protegida pelo mínimo existencial, e a cidadania são limites ao limite imposto ao fundamental à RBC, tal como estabelecido na Lei n.º 10.835/2004.

A omissão do Poder Executivo em cumprir o seu dever de prestação, em princípio normativa e posteriormente material, no que tange à regulamentação da Lei n.º 10.835/2004 e implantação da RBC, configura conduta inconstitucional do Estado, desde 2005 até a data de conclusão deste estudo.

Tal conduta não se trata apenas de restrição jurídica, mas violação inconstitucional ao conteúdo do direito ao RBC, ao qual faz jus todo cidadão brasileiro e estrangeiro residente no Brasil há pelo menos cinco anos, ao direito ao mínimo existencial e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, estes dois fundamentos do Estado Democrático de Direito.

⁹⁰ NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, pp. 385–388.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 392–393.





CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à RBC não se confunde com o direito ao mínimo existencial, mas é inegavelmente um de seus componentes, na medida em que configura política pública constitucional essencial.

É também importante ressaltar que a ideia do mínimo existencial não impõe uma estrutura minimalista de direitos fundamentais. Isto porque o mínimo existencial é um piso, e não um teto, a ser realizado pelo Estado.

Neste sentido, a mesma argumentação utilizada para a defesa de diversos direitos fundamentais pautada na proteção ao mínimo existencial, considerando inconstitucional toda conduta estatal, omissa ou comissiva, que viole os direitos componentes do núcleo da dignidade da pessoa humana, vale igualmente para a defesa jurídica do argumento de que a não regulamentação da lei da RBC é uma omissão claramente inconstitucional.

Mesmo a omissão estatal com fundamento na chamada “reserva do possível” só pode ser aceita como um argumento para limite ao direito ao RBC se tratar-se de uma escassez de recursos natural, que é aquela derivada da inexistência fática de recursos, e não artificial, que é aquela decorrente das escolhas alocativas de recursos feita pelos poderes políticos, nem sempre de acordo com as prioridades constitucionais.⁹²

Mesmo que a RBC seja direito de todos, e não apenas dos mais pobres, a exigibilidade da prestação normativa imposta pela Lei n.º 10.835/2004 ao Poder Executivo encontra guarida no mínimo existencial na medida em que a estrutura a ser implantada por ela está largamente alinhada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se, em tempo, a diferença entre titularidade de direito e capacidade postulatória, que necessariamente deve ser considerada na análise das medidas judiciais cabíveis para a superação da omissão governamental, tema este que foge ao escopo específico deste trabalho e merece detida análise em estudos posteriores.

⁹² Para análise específica sobre as formas de escassez, cf. AMARAL, Gustavo, *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 133–134.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais E Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Orçamento E "reserva do Possível"*. 2.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 13–50.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2017. Disponível em: <http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=36650>.

OXFAM BRASIL. *Uma economia para os 99%*. Oxfam Brasil. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/davos2017>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

RAVENTOS, Daniel. *Las Condiciones Materiales de la Libertad*. Madrid: El Viejo Topo, 2013.

ROCHA, Thiago Santos. “O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: PORTELA, Irene Maria; GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Orgs.). *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, pp. 313–323.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Edição: 2.^a Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STANDING, Guy. *Basic Income*. London: Pelican, 2017.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*. 7.^a ed. São Paulo: Cortez, 2013.

THE WORLD BANK. *Country Poverty Brief – Brazil*. Poverty & Equity Data Portal. Disponível em: <http://databank.worldbank.org/data/Views/Reports/ReportWidgetCustom.aspx?Report_Name=pov_cou_1_2017&Id=c028ff64&wd=430&ht=390&tb=y&ddd=n&cpr=n&export=y&xlbl=y&ylbl=y&legend=y&isportal=y&inf=n&exptypes=Excel&country=BRA&series=SI.POV.UMIC,SI.POV.UMIC.NO>. Acesso em: 9 nov. 2017.





VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*. London: Harvard University Press, 2017.







O SISTEMA DE APRENDIZAGEM: AVALIAÇÃO DO POTENCIAL FORMATIVO DA ALTERNÂNCIA “CENTRO DE FORMAÇÃO-EMPRESA” NA PERSPETIVA DOS EX-FORMANDOS

Idalina Machado

Professora Auxiliar (Instituto Superior de Serviço Social do Porto)

Sidalina Almeida

Professora Auxiliar (Instituto Superior de Serviço Social do Porto)

Resumo: Em Portugal, os cursos do Sistema de Aprendizagem elegem como componentes a formação sociocultural, científica, tecnológica e prática, propondo um modelo pedagógico que valoriza as várias dimensões do saber com especial destaque para o potencial formativo da situação de trabalho em contexto real de trabalho enquanto espaço de formação gerador de aprendizagens. Este tipo de formação é uma forma de parceria entre o centro de formação e a empresa que valoriza uma estratégia pedagógica mobilizadora de diferentes saberes, conferindo-lhe um carácter híbrido que a aproxima da “formação dual”.

Partindo da análise secundária de dados estatísticos disponibilizados pelo Instituto do Emprego e da Formação Profissional resultantes da realização de questionários aos ex-formandos do Sistema de Aprendizagem, pretende-se discutir a importância das diversas componentes dessa medida de formação profissional inicial, dando particular destaque à experiência de estágio enquanto potencial motor do desenvolvimento de competências, de aquisição de conhecimentos e de aumento das possibilidades de empregabilidade.

Palavras-chave: Formação em alternância; Modelo pedagógico; Componentes de Formação; Avaliação e percepção dos formandos





INTRODUÇÃO

A desafeição dos jovens de meios sociais mais desfavorecidos em relação à escola, no quadro do ensino regular, coloca desafios no domínio da sua inserção socioeconómica. A formação profissional surge, deste modo, como uma oportunidade para esses jovens se reconciliarem com a aprendizagem e desenvolverem, graças a experiências de sucesso, a motivação para prosseguir estudos e desenvolver qualificações profissionais que constituam uma mais valia para a inserção no mercado de trabalho. De entre as modalidades de qualificação inicial direccionados para estes jovens, seleccionamos os cursos do Sistema de Aprendizagem realizados em centros de formação profissional de gestão directa e de gestão participada do Instituto de Emprego e Formação Profissional e em entidades externas. A opção pela análise dos percursos dos jovens formados em centros de formação profissional deve-se ao facto de estas estruturas estarem tradicionalmente mais ligadas às empresas do que as escolas secundárias e se destinarem a jovens em situação de abandono ou de saída precoce do sistema de ensino, procurando contrariar as baixas qualificações escolares e profissionais e promover uma integração mais qualificada no mercado de trabalho.

Pretende-se discutir, neste artigo, o potencial do modelo da alternância “centro de formação-empresa” que, com a sua estratégia pedagógica, funciona como um indutor de reconciliação dos jovens com a escola e com o saber. Trata-se de um modelo pedagógico que aposta na diversificação das componentes de formação, evidenciando a formação em contexto real de trabalho. Esta discussão assentará na análise da avaliação e das percepções dos jovens em relação às diferentes componentes de formação e ao seu potencial para o desenvolvimento de competências diversas.

1. O SISTEMA DE APRENDIZAGEM

1.1. Enquadramento histórico-jurídico

Entre 1980 e 1984 foi desenvolvida em Portugal, como acção-piloto, uma nova modalidade de formação profissional assente no modelo de formação em alternância. O quadro legal que a cria e regulamenta regista três grandes etapas de evolução. A primeira etapa inicia-se com a publicação do decreto-lei 102/84, de 29 de março, da responsabilidade conjunta de dois Ministérios





(Educação; Trabalho e da Segurança Social) que cria o Programa de Aprendizagem. Este decreto-lei estabelece o regime jurídico da formação profissional inicial de jovens em regime de aprendizagem, definindo a natureza, as finalidades, aspectos relativos à organização e os principais elementos definidores desta medida de qualificação inicial, reconhecendo as empresas como espaço privilegiado de formação e o potencial formativo dos profissionais qualificados que aí exercem a sua actividade profissional. Contudo, apenas em 1985 foram criadas as normas regulamentares da aprendizagem para os cursos em diferentes áreas de actividade económica⁹³. Com a Portaria 317/86, de 24 de junho, que aprova os conteúdos programáticos da área de formação geral, reuniram-se as condições para a conveniente execução dos cursos.

O sistema de aprendizagem foi criado no quadro de uma política ativa de emprego, tendo sido a primeira medida, em Portugal, dirigida aos jovens que deixam o sistema de ensino com ou sem a escolaridade obrigatória concluída. Esta medida distingue-se do ensino técnico-profissional então existente, por reconhecer a empresa como espaço de formação: “a formação profissional em regime de aprendizagem constitui resposta à progressiva importância atribuída ao perfil profissional, por oposição ao perfil escolar de formação.” (DL 102/84, 29 março)

Este quadro normativo manteve-se inalterado por cerca de 12 anos (ARAÚJO & TORRES 2012; NEVES, PEDROSO & MATIAS, 1993). Em 1996 surge uma nova etapa de implementação da medida consubstanciada pelo Decreto-Lei n.º 205/96 que, sem negar a finalidade e a natureza desta medida que atribuem importância à formação em situação de trabalho enquanto processo de aquisição de competências, pretendeu integrar as reflexões e os resultados decorrentes da avaliação das práticas dos atores nela implicados, propondo ajustamentos em termos organizativos e pedagógicos (Alves, 2000). Destaque-se, nesta revisão, a atenção dada à formação em contexto de trabalho enquanto processo de aquisição de competências, o que implica

⁹³ Portaria 228/85, de 23 de abril: aprova as Normas Regulamentares da Aprendizagem nas Profissões do Sector da Metalomecânica; Portaria 546/85, de 6 de agosto: aprova as Normas Regulamentares da Aprendizagem nas Profissões do Sector da Electrónica; Portaria 560/85, de 9 de agosto: aprova e publica em anexo as Normas Regulamentares da Aprendizagem nas Profissões do Sector Agro-Alimentar; Portaria 608/85, de 16 de agosto: aprova as Normas Regulamentares da Aprendizagem nas Profissões do Sector da Informática; Portaria 626/85, de 21 de agosto: aprova as Normas Regulamentares da Aprendizagem nas Profissões do Sector dos Serviços.





um envolvimento das empresas e a intensificação das articulações e da coordenação entre a formação em contexto de trabalho e as outras componentes de formação, bem como o reforço da função de supervisão pedagógica. Com esta articulação pretende-se, igualmente, que a qualificação profissional esteja associada à aquisição de competências que impliquem uma progressão escolar.

Após mais doze anos de implementação, em 2007 e 2008, novos enquadramentos legais introduziram modificações profundas na medida de formação profissional, transformando a sua identidade. Através do Decreto-Lei n.º 396/2007, de 31 de dezembro⁹⁴, os Cursos de Aprendizagem assumem-se como uma modalidade de formação de dupla certificação e passam a estar vinculados ao Sistema Nacional de Qualificações. Deste modo, os cursos de aprendizagem sofreram uma alteração legislativa profunda, tendo sido obrigados a obedecer aos referenciais de competências e de formação do Catálogo Nacional de Qualificações que impulsionam a modularização. A Portaria n.º 1497/08 regula as condições de acesso, a organização, a gestão e o funcionamento destes cursos, assim como a avaliação e a certificação das aprendizagens. Como refere Alhandra (2009), do conjunto de alterações introduzidas pela nova legislação, salienta-se aquela que o modificou profundamente: a substituição dos domínios formativos pelas novas unidades formativas de curta duração e as novas regras de avaliação. Segundo o Regulamento Específico elaborado pelo IIEFP de 2009, “o princípio determinante no sistema de avaliação é o de que o processo de avaliação deve reflectir, com rigor, o processo de formação, garantindo, desta forma, uma conformidade entre, por um lado, processos, técnicas e instrumentos de avaliação e, por outro, conteúdos formativos e actividades de aprendizagem” (p. 24). A avaliação, partindo de um conjunto de parâmetros concertados na equipa pedagógica, passa a incidir sobre cada unidade de formação tendo em conta os objetivos da formação e das competências a adquirir.

De acordo com Araújo (2012), ao adotar-se a estrutura modular eliminou-se o princípio da aprendizagem profissional que há muito era uma das características mais apreciadas e definidoras do Sistema de Aprendizagem. Para além desta alteração, salienta-se ainda que o tempo de duração da formação

⁹⁴ Este Decreto-Lei estabelece o regime jurídico do Sistema Nacional de Qualificações (SNQ).





foi drasticamente reduzido⁹⁵ e a prática simulada deixou de ser um domínio autónomo de formação. Outra alteração de vulto foi a criação de novas componentes de formação, traduzidas nas componentes sociocultural, científica, tecnológica e prática. A componente científico-tecnológica dividiu-se em duas componentes autónomas – a científica e a tecnológica – requerendo habilitações distintas para os formadores: para a componente científica exige-se habilitação própria para a docência, enquanto para a componente tecnológica basta a existência de experiência profissional.

1.2. Evolução dos cursos de aprendizagem: um sistema em declínio?

As metas traçadas na União Europeia para a educação e formação colocaram como prioridade a universalização do ensino secundário em Portugal. Pretende-se, com estas metas, contrariar a saída precoce dos jovens do sistema de ensino de modo a garantir a qualificação da população portuguesa que apresenta ainda, no quadro europeu, evidentes fragilidades. O alargamento da escolaridade obrigatória para 12 anos constitui uma das medidas para o reforço da qualificação dos mais jovens. Paralelamente foram-se diversificando as vias de ensino profissionalizante. Acresce ainda a expansão dos cursos profissionais no ensino secundário regular na sequência da reforma do ensino de 2004, bem como a iniciativa Novas Oportunidades⁹⁶.

A figura 1 retrata a evolução dos alunos matriculados no ensino secundário por oferta de educação e formação. Os cursos científico-humanísticos/gerais são os que, de um modo geral e ao longo de todo o período em análise, concentram o maior número de alunos, representando, até 2007/2008, mais de 50% do total de alunos matriculados. Até 2008/2009 os cursos que se

⁹⁵ De acordo com a Lei de 1984, a duração dos cursos podia variar entre 5000-5300 horas; a lei de 1996 reduziu essa duração para aproximadamente 4500-4800 horas; a legislação de 2008 prevê um mínimo de apenas 2800 horas até um máximo de 3700 horas.

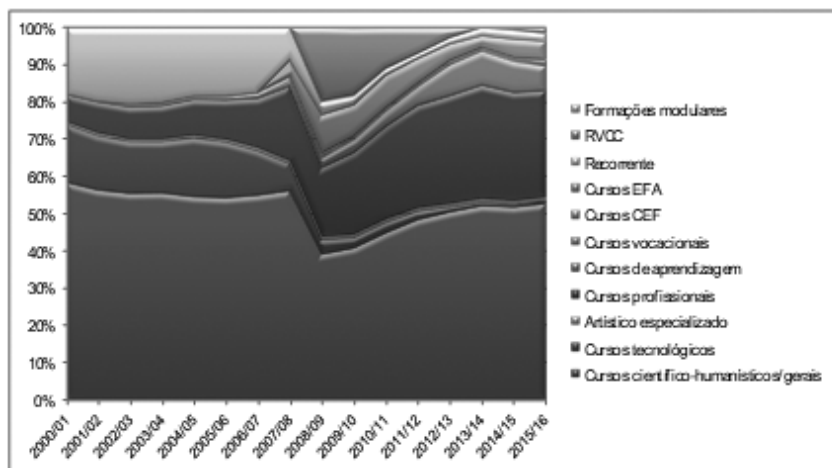
⁹⁶ A Iniciativa Novas Oportunidades visa “promover a generalização do nível secundário como qualificação mínima da população”, elevar a “formação de base da população activa”, gerar as “competências necessárias ao desenvolvimento pessoal e à modernização das empresas e da economia, bem como possibilitar a progressão escolar e profissional dos cidadãos”, o que, no caso dos adultos, passa “pela disponibilização de ofertas de qualificação flexíveis, em particular estruturadas a partir das competências adquiridas”, valorizando e reconhecendo “as competências já adquiridas pelos adultos — por via da educação, da formação, da experiência profissional ou outras”. (Decreto-lei n.º 396/2007, de 31 de dezembro).





enquadram nas vias mais profissionalizantes de ensino tinham uma menor expressão em termos de procura. Esta tendência inverte-se a partir desta data, salientando-se o papel dos cursos profissionais que abrangem mais de 20% dos alunos inscritos no ensino secundário. Para perceber a distribuição dos alunos pelas diferentes vias do ensino muito contribuem “os valores culturais dominantes (supremacia da cultura académica sobre os saberes técnicos e profissionais)” bem como “o estatuto social dos cursos e profissões facultados pelas diferentes vias” (DIAS *et. all.*, 2006, p. 22).

Figura 1. Alunos matriculados no ensino secundário por oferta de educação e formação, de 2000 a 2016



Fonte: Construído a partir da informação da Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (DGEEC), 2017.

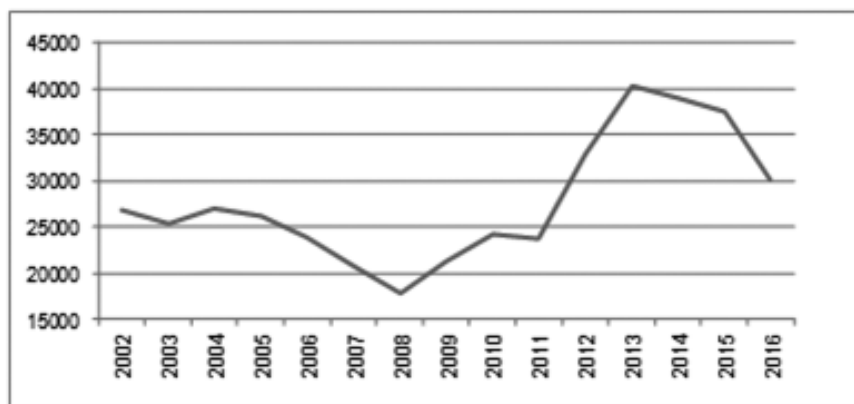
Não esquecendo os efeitos do envelhecimento demográfico na redução da população escolar, o prolongamento da escolaridade obrigatória para 12 anos explica a relativa estabilidade do número de alunos matriculados no ensino secundário: no ano lectivo 2000/2001 registavam-se 413748 alunos e em 2015/2016 o valor era de 391538. Se até ao final do século XX, os cursos de aprendizagem tinham uma expressão considerável na via profissionalizante do ensino, após a reforma do ensino secundário de 2004, que expande os





cursos profissionais nas escolas secundárias regulares, e até 2008, regista-se um declínio do número de alunos abrangidos nesta modalidade de formação profissional (ver figura 2).

Figura 2. Formandos abrangidos pelos Cursos de Aprendizagem, de 2002 a 2016



Fonte: IEFP

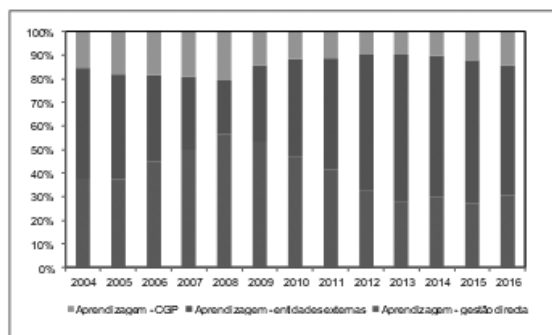
A partir desta data, a tendência inverte-se, havendo um aumento regular do número de abrangidos até 2013, ano em que se volta a registar uma diminuição para a qual não terá sido indiferente o agravamento da crise económica portuguesa e a intervenção da Troika.

As principais entidades responsáveis pelos cursos de aprendizagem são os centros de gestão directa do IEFP e as entidades externas, uma vez que são estas que concentram as percentagens mais elevadas de formandos abrangidos (ver figura 3). Os centros de gestão participada têm uma expressão reduzida com valores nunca superiores a 20%.





Figura 3. Formandos inscritos em Cursos de Aprendizagem por tipo de entidade frequentada, de 2004 a 2016



Fonte: IEFP

2. O MODELO FORMATIVO DA ALTERNÂNCIA – DISCUSSÃO TEÓRICA

A criação do Sistema de Aprendizagem em Portugal inspirou-se no modelo dual de formação “presente na Alemanha, Áustria, Luxemburgo e em parte da Suíça”. (AZEVEDO, 2014, 2). É, por isso, um sistema baseado na formação em alternância que consiste numa “forma de parceria entre a escola e a empresa” (TILMAN & DELVAUX, 2000, p.19) implicando um processo de aprendizagem que se desenvolve alternadamente em dois contextos distintos: a escola e a empresa (cf. GROLLMAN & RAUNER, 2007; WALDEN & TROLTSCH, 2011). Esta ideia está também presente em Cabrito (1994) quando refere que “a formação em alternância nos remete para um modelo de formação onde o elemento dominante do processo formativo é a empresa e as aprendizagens que nela decorrem, bem como a existência de um contrato de aprendizagem entre a empresa e o aprendiz” (p. 26). O sistema de aprendizagem-formação em alternância ao propor o envolvimento directo das empresas nos processos de formação e ao dar importância à formação em situação de trabalho, enquanto processo de aquisição de competências, acabou por introduzir algumas inovações no sistema de formação profissional português.

Numa fase inicial da sua implementação, além da componente de prática simulada no centro de formação profissional que pretendia que os formandos articulassem “a teoria e a prática,” a aprendizagem era também desenvolvida na





empresa onde os jovens realizavam estágios e, de certa forma, onde o trabalho se confunde com a aprendizagem. Este sistema elegia como verdadeiro pilar do seu modelo pedagógico o “aprender a fazer fazendo” em que as aprendizagens de conteúdos, conhecimentos e competências teóricos e práticos eram, em grande parte, desenvolvidos no contexto real de trabalho durante os estágios que são considerados espaços privilegiados das aprendizagens e que acompanhavam de forma sistemática, longa e intensa os jovens nos três anos de formação. Torres e Araújo (2010) referem que se oferece a oportunidade de aprender e aperfeiçoar competências e conhecimentos através da experiência de estágio onde são desenvolvidas actividades estimulantes revestidas de sentido e de interesse aos participantes (STRUMPH e MAINS, 1994). Acrescentam ainda que, ao contrário da pedagogia tradicional, o sistema de aprendizagem não postula que os conhecimentos e as competências devam ser apreendidos independentemente do contexto em que os mesmos serão utilizados (BERRYMAN E BAILEY, 1992). Segundo Torres e Araújo (2010) o regime de aprendizagem constitui o único genuíno “*work-based learning system*” existente em Portugal. Nenhuma outra modalidade atribui tanto peso e importância ao contexto como factor de aprendizagem, nem consegue o mesmo nível de integração entre a aprendizagem em sala e a que decorre em contexto real de trabalho (NEVES, PEDROSO & MATIAS, 1993; PEDROSO, 1996; TORRES & ARAÚJO, 2010: p.1226/1227).

Pedroso e Neves (1994) referem que, segundo a forma de colaboração entre a escola e a empresa, a alternância pode assumir dois modelos⁹⁷: a justaposição e a articulação. No modelo de justaposição as aprendizagens em cada um dos contextos – escola/centro e empresa – ocorrem de forma desconectada, traduzindo-se o partenariado apenas em documentos formais. Este modelo “designa essencialmente a existência de diferentes contextos num processo de formação que se sucedem, alternadamente, no tempo.” (*idem*, p. 31), ou seja, existe uma sucessão entre períodos em que se aprende e períodos em que se trabalha. Neste modelo há uma clivagem entre os dois contextos de formação,

⁹⁷ Para além destes modelos, Tilman & Delvaux (2000) sugerem ainda outros modelos de alternância: alternância – fusão; alternância – complementariedade. No primeiro modelo cabe a uma só organização/empresa assegurar a formação nas suas diferentes componentes, estando as aprendizagens inteiramente dependentes da vida produtiva da organização/empresa. Já o segundo modelo assenta na repartição das tarefas de aprendizagem entre o lugar de produção e o lugar de formação.





perdendo-se assim uma visão/formação articulada entre teoria e prática. Já o segundo modelo, o de associação ou articulação, “implica que não apenas se sucedam alternadamente contextos diversos de formação, mas também que se estimule a criação de laços entre os modos de organizar a formação em cada um desses contextos” (*idem, ibidem*). Neste sentido, exige uma articulação entre teoria e prática, o que permite ultrapassar a ideia do estágio vivido como simples aplicação prática de conhecimentos.

O modelo de alternância em Portugal assentou sempre mais na justaposição, até porque a organização da aprendizagem em contexto real de trabalho foi sempre mais da responsabilidade da empresa e com pouca, ou até mesmo nenhuma, supervisão do centro de formação profissional. Pedroso e Neves (1994) sugerem que a formação em alternância devia seguir um modelo pedagógico de associação ou articulação e não o de justaposição que é o que tem dominado. Neste sentido, no campo pedagógico a alternância deve conjugar dois lugares, dois tempos, dois conteúdos de formação, teoria e prática, saberes formalizados e saberes agir que, eles próprios, se situam em campos institucionais a juntar: o centro de formação é o lugar de transmissão da teoria (embora nele se desenvolva também uma componente de formação de prática simulada) e a empresa é o lugar de produção e de prestação de serviços ligada ao exercício da prática (lugar do fazer).

3. ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS: A PERCEÇÃO DOS FORMANDOS

3.1. Apontamentos metodológicos

A reflexão que se apresenta partiu da análise de dados dos questionários aplicados pelo IEFP, no quadro do Sistema Global de Avaliação das Medidas de Emprego e Formação, a ex-formandos de várias medidas de qualificação⁹⁸ em 2011, tendo sido selecionados, para efeito deste trabalho, apenas os que

⁹⁸ Foram inquiridos formandos das seguintes medidas: Sistema de Aprendizagem (SA), Formação Qualificante com vista integração no mercado de emprego, Cursos de Educação e Formação para jovens de Baixa Escolaridade (EFJ), Cursos de Educação e Formação (EFA), Cursos de Especialização Tecnológica (CET), Formação de formadores (FF), Formação modular, Formação para a Inclusão, Português para todos (PPT).





concluíram Cursos de Aprendizagem. Ainda que com algumas limitações, os dados permitiram-nos proceder a uma leitura das perceções dos jovens sobre a experiência de formação nas suas diversas componentes, e em particular sobre a experiência de estágio. De um universo de 4785 formandos que concluíram curso de aprendizagem até 31 de dezembro de 2011, apenas 272 responderam ao inquérito lançado pelo IEFP.

Quadro 1. O universo e a amostra de inquiridos dos cursos de Aprendizagem em 2011

Cursos de Aprendizagem – 2011	
Universo	Amostra
4785	272

Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IEFP.⁹⁹

Na amostra predominam os jovens do sexo masculino e com idade inferior a 25 anos. Estes dados são consonantes com a informação disponibilizada pelo IEFP que revela uma tendência para que este tipo de cursos tenham uma maior procura por parte dos rapazes. Para além disso, sendo cursos destinados a jovens com idades inferiores a 25 anos, são sobretudo frequentados pelos que têm o 3º ciclo do ensino básico ou que frequentaram o ensino secundário sem o terem concluído (ver quadro 2).

⁹⁹ TAVEIRA, C. (coord.) (2013). *Relatório anual sobre os processos de integração no mercado de trabalho dos utentes que participaram na Formação no ano de 2011*. Lisboa: IEFP;





Quadro 2. Distribuição dos inquiridos dos cursos de Aprendizagem por sexo, nível de escolaridade e grupo etário no momento da entrada, em 2011.

		Cursos de Aprendizagem	
		<25 anos	25 a 34 anos
Feminino	2.º ciclo	–	–
	3.º ciclo	39	5
	Secundário	54	9
	Superior	–	–
Total Feminino		93	14
Masculino	2.º ciclo	1	–
	3.º ciclo	95	5
	Secundário	56	8
	Superior	–	–
Total Masculino		152	13
Total Geral		245	27
		(272)	

Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IEF¹⁰⁰.

3.2. Razões para a frequência do curso de aprendizagem

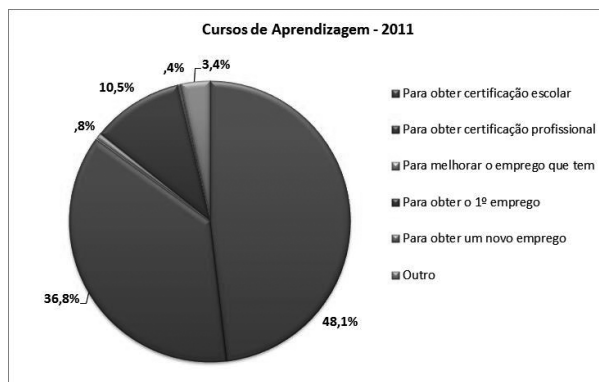
No que diz respeito às razões que levaram os jovens a frequentar o curso de aprendizagem, os dados revelam que é a obtenção da certificação escolar o principal motivo com 48,1% das respostas. (ver figura 4).

¹⁰⁰ Taveira, C. (coord.) (2013). *Relatório anual sobre os processos de integração no mercado de trabalho dos utentes que participaram na Formação no ano de 2011*. Lisboa: IEF.





Figura 4. Razões da frequência dos cursos de aprendizagem



Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IEFP.

A obtenção de certificação profissional não deixa, contudo, de constituir um motivo igualmente importante, já que é apontado por 36,8% dos inquiridos. Apenas 10,5% refere a obtenção de emprego como principal razão.

3.2. A perceção/avaliação dos formandos sobre as componentes da formação nos cursos de aprendizagem

Constituindo os cursos de aprendizagem uma das modalidades da formação em alternância entre o centro de formação e a empresa, as componentes de formação que os compõem, tal como estão definidas pela Portaria n.º 1497/08, procuram salvaguardar a importância da formação prática em contexto de trabalho para a qual são reservadas cerca de 40% das horas totais do curso. As componentes de formação sociocultural e científica ocupam cerca de 32% e os restantes 28% são destinados à componente de formação tecnológica (ver quadro 3).





Quadro 3. Componentes de formação dos Cursos de Aprendizagem

Formação Sociocultural (de 700 a 800h)	Componente de formação com carácter transdisciplinar e transversal, que visa a aquisição ou reforço de competências académicas, pessoais, sociais e profissionais Visa, ainda, potenciar o desenvolvimento dos cidadãos proporcionando as condições para o aprofundamento das capacidades de autonomia, iniciativa, autoaprendizagem, trabalho em equipa, recolha e tratamento da informação e resolução de problemas.
Formação Científica (de 200 a 400h)	Componente que visa a aquisição de competências nos domínios de natureza científica que fundamentam as tecnologias, numa lógica transdisciplinar e transversal, no que se refere às aprendizagens necessárias ao exercício de uma determinada profissão.
Formação Tecnológica (de 800 a 1000h)	Componente que visa, de forma integrada com as restantes componentes de formação, dotar os formandos de competências tecnológicas que lhes permitam o desenvolvimento de atividades práticas e de resolução de problemas inerentes ao exercício de uma determinada profissão.
Formação Prática em Contexto de Trabalho (de 1100 a 1500h)	Componente que visa desenvolver novas competências e consolidar as adquiridas em contexto de formação, através da realização de atividades inerentes ao exercício profissional, bem como facilitar a futura inserção profissional.

Fonte: IIEFP, *Cursos de Aprendizagem. Regulamento específico*, 2009.

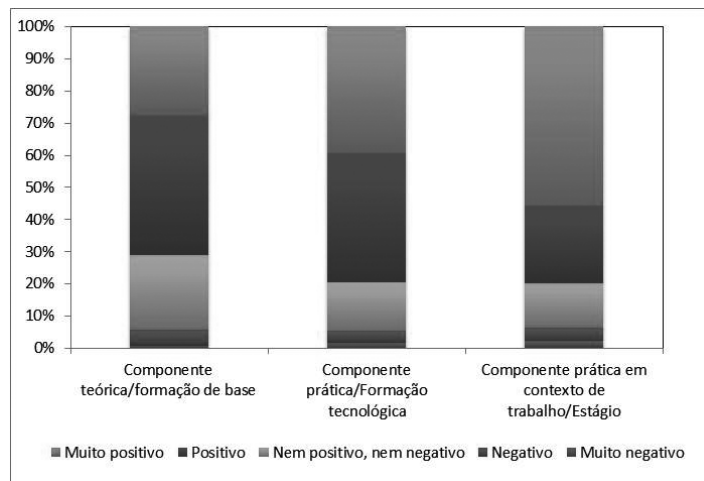
Como referimos anteriormente, não obstante as mudanças introduzidas pela portaria anteriormente referida, no sentido do reforço do número de horas da componente prática, continuou a persistir o modelo de funcionamento onde a organização das atividades a desenvolver na componente da formação em contexto de trabalho fica a cargo da empresa com pouca, ou até nenhuma, supervisão da entidade formadora (ARAÚJO & TORRES, 2012). Como é evidenciado na figura 5, é a componente prática em contexto de trabalho/estágio, aquela que é mais positivamente avaliada pelos inquiridos: cerca de 60% considera esta formação muito positiva. Embora a componente de formação tecnológica seja, de um modo geral, igualmente apreciada pelos inquiridos, só 40% a considera muito positiva. Quanto à componente teórica/formação de base, apenas 30% dos ex-formandos a avalia de forma muito





positiva. Os objectivos de formação das componentes que são concretizadas no centro de formação e os objectivos da componente prática realizada na empresa revelam uma diferença quer em termos dos conteúdos suscetíveis de serem aprendidos em cada um destes dois contextos, quer em termos das pedagogias implementadas. Assim, enquanto no contexto do centro de formação, o ensino é mais voltado para a aquisição de saberes teóricos, no contexto de trabalho não interessa apenas que os formandos desenvolvam apenas saberes teóricos, mas sim que esses saberes sejam mobilizados para a eficácia da acção, ou seja, a teoria deve ser operatória.

Figura 5. Avaliação das principais componentes de formação pelos formandos dos cursos de aprendizagem, em 2011.



Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IIEFP.

Como referem Tilman e Delvaux (2000), “os saberes da acção são organizados num “arquipélago de ilhas de racionalidade:” eles constituem os instrumentos na medida em que serão mobilizados em função das necessidades.” (p.60). Ora, atendendo a que os cursos de aprendizagem integram sobretudo jovens com percursos escolares anteriores frequentemente marcados pela desafeição pelo saber escolar tradicionalmente mais orientado para a teoria,





compreende-se o sentido de uma avaliação mais positiva de um tipo de aprendizagem que desenvolve os saberes-fazer da prática profissional.

Sem querer aprofundar a discussão quanto “ao lugar da teoria e da prática” neste modelo de formação em alternância, quando nos interrogamos sobre a articulação da formação realizada nos dois contextos de formação partilhamos da análise de Malglaive (1995) que defende não ser possível falar de uma oposição entre saberes teóricos¹⁰¹ e saberes práticos. Este autor refere ainda a existência de saberes processuais¹⁰² que são intermediários entre os saberes teóricos e os saberes práticos. Os saberes-fazer que os jovens desenvolvem em situação de trabalho na empresa não são independentes dos saberes teóricos que desenvolvem no centro de formação. Também segundo Charlot (1997), é possível pensar as relações entre os dois momentos da alternância não como relações entre o abstrato e o concreto, o discurso e o ato, mas como relações entre processos epistémicos diferentes, entre estatutos diferentes do saber e diferentes relações com o saber e com as figuras do aprender. Esta perspectiva enquadra-se no entendimento da alternância enquanto modelo de articulação e não de justaposição nos moldes anteriormente enunciados.

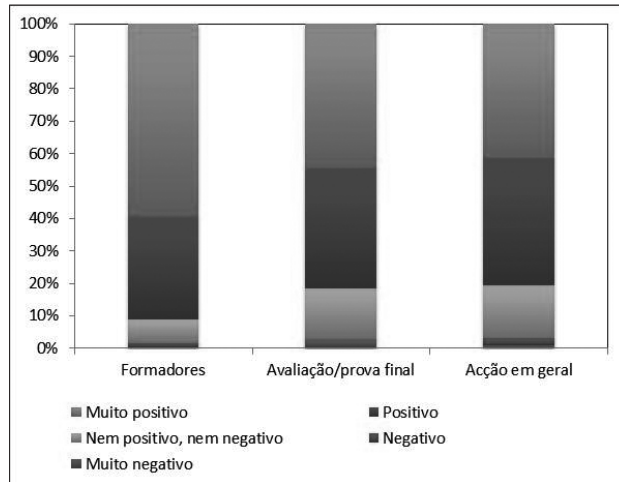
¹⁰¹ O saber teórico é segundo Malglaive apresentado como um saber condensado, exterior ao mundo. Estes saberes teóricos não são apenas definidos como conceitos, mas também como elementos de conhecimento, como modos de funcionamento do real, instrumentos de compreensão do mundo. Os saberes teóricos não se constroem por relação a um objectivo pesquisado que é o da acção, de uma tarefa a desenvolver ou a realizar. O saber teórico parece assim opor-se ao saber prático que se situa sobretudo na acção, no fazer. Como precisa G. Malglaive: “apesar do papel considerável que eles jogam no desenvolvimento dos processos de produção, os saberes teóricos não estabelecem senão relações operatórias directas com os práticos. O único efeito de um saber teórico é de fazer conhecer e não de fazer-fazer, de dizer o que é e não o que deve ser.” Os saberes teóricos serão nesta perspectiva constituídos a partir de um receptáculo de imagens mentais. Eles darão a conhecer as leis da existência, da constituição e do funcionamento do real (Malglaive, 1995).

¹⁰² Malglaive fala-nos também dos saberes processuais que serão intermediários entre os saberes teóricos e os saberes práticos, eles serão os guias dos saberes teóricos aos saberes práticos. Os saberes teóricos vão permitir estabelecer, construir os procedimentos que vão guiar e regulamentar a acção, “o fazer.”





Figura 6. Avaliação dos formadores, da prova final e da ação em geral, pelos formandos dos cursos de aprendizagem, em 2011.



Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IIEFP.

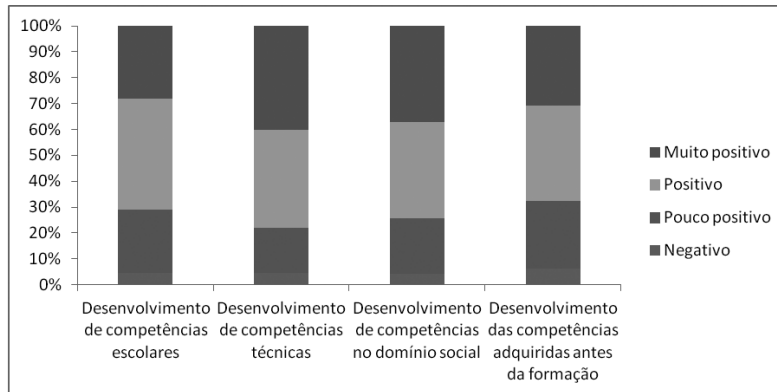
Quando se analisa a percepção dos formandos relativamente aos formadores constata-se que mais de 90% os avalia do forma positiva ou muito positiva. Relativamente às outras duas dimensões seguem também a tendência de avaliação muito favorável, embora com menor expressão (ver figura 6). Talvez o modelo pedagógico da alternância, por favorecer uma maior proximidade na relação aluno/formador e um ensino mais personalizado, explique os resultados obtidos.

Finalmente quanto à avaliação da formação (ver figura 7) por relação às expectativas iniciais dos formandos ao nível do desenvolvimento/aperfeiçoamento de diversos tipos de competências, a avaliação é igualmente positiva, com destaque para os contributos da formação ao nível do desenvolvimento de competências técnicas, o que vai de encontro à valorização da formação em contexto de trabalho e da componente tecnológica.





Figura 7. Avaliação da formação por relação às expectativas iniciais dos formandos ao nível do desenvolvimento/aperfeiçoamento de diversos tipos de competências, pelos formandos dos cursos de aprendizagem, em 2011.



Fonte: Bases de dados relativas aos inquéritos fornecidas pelo IEFP.

CONCLUSÃO

Com base nas perceções globalmente positivas dos jovens acerca das diversas componentes da formação, podemos avançar com a ideia de que o modelo pedagógico da alternância “centro de formação – empresa”, pode efetivamente contribuir para a reconciliação dos jovens com a escola e com o saber no sentido em que promove oportunidades concretas de aplicação das aprendizagens teóricas e de desenvolvimento de competências profissionais. Neste tipo de formação é dada aos jovens a oportunidade de aplicar o saber teórico em contextos de prática profissional, reduzindo-se a dificuldade em reconhecer a utilidade dos primeiros devido ao seu grau de abstração.

Para uma efetiva democratização do ensino é necessário implementar modelos pedagógicos que mobilizem os diferentes tipos de saber e que assentem numa relação pedagógica centrada nas necessidades, dificuldades e potencialidades de cada aluno.





BIBLIOGRAFIA

ALHANDRA, V. (2009). *Abandono e Insucesso no Sistema de Aprendizagem em Alternância num Centro de Formação Profissional*. Lisboa: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Lisboa. (tese de mestrado).

ALVES, N. (2000). “Modos de aprendizagem e evolução da formação profissional em Portugal”. In H. Lopes (Coord.). *As Modalidades da Empresa que Aprende e Empresa Qualificante* (63-84). Lisboa: OEFP.

ARAÚJO, M. M. & TORRES, L. L. (2012). “Partnership between the worlds of education and work – a threatening scenario or a beacon of hope?”. *Actas do VII Congresso Português de Sociologia*. Disponível em http://historico.aps.pt/vii_congresso/papers/finais/PAP1351_ed.pdf

AZEVEDO, J. (2014). “Ensino profissional em Portugal, 1989-2014: os primeiros vinte e cinco anos de uma viagem que trouxe o ensino profissional da periferia para o centro das políticas educativas”. Disponível em http://www.joaquimazevedo.com/Imagens/BibTex/Escolas_profissionais_Livro_VFinal.pdf

BERRYMAN, S. E. & BAILEY, T. R. (1992). *The double helix of education and the economy*. New York: Institute on Education and the Economy.

CABRITO, B. G. (1994). *Formação em Alternância: conceitos e práticas*. Lisboa: Educa.

CHARLOT, B. (1997). *Da Relação com o Saber: elementos para uma teoria*. Porto Alegre: Artmed Editora.

DIAS, M. & et. all. (2006). *Concepção estratégica das intervenções operacionais no domínio da educação. Relatório final*. Lisboa: Centro Interdisciplinar de Estudos Educativos (CIED)/Escola Superior de Educação de Lisboa.

Direção-Geral de Estatísticas da Educação e Ciência (DGEEC) (2017). *Educação em Números – Portugal 2017*. Lisboa: DGEEC.

GROLLMANN, P. & RAUNER, F. (2007). *Exploring innovative apprenticeship: quality and costs. Education and Training*, 49(6), 431-446.

IEFP (2009). *Cursos de Aprendizagem. Regulamento específico*. Disponível em www.iefp.pt.

MALGLAIVE, G. (1995). *Ensinar Adultos*. Porto: Porto Editora.

NEVES, A. O. & PEDROSO, P. (1994). “A formação em alternância e a participação empresarial: algumas reflexões centradas no sistema de aprendizagem”. *Formar*, 10 (Fev./Mar./Abr.), 31-39.

NEVES, A. O.; PEDROSO, P. & MATIAS, N. (coords.) (1993). *O Sistema de Aprendizagem em Portugal Experiência de Avaliação Crítica*. Lisboa: Instituto do Emprego e Formação Profissional.

PEDROSO, P. (1993). *A formação profissional inicial: da diversificação de iniciativas à produção de um novo enquadramento*. Lisboa: Instituto da Juventude.

PEDROSO, P. (1996). *Alternância, modelos de formação e culturas pedagógicas. Inovação*, IX(3), 263-282.





TILMAN, F. & DELVAUX, E. (2000). *Manuel de la Formation en Alternance*. Bruxelas: Chronique Sociale.

TORRES, L. & ARAÚJO, M. M. (2010). “O sistema de aprendizagem em alternância – alternativa ou mais do mesmo?”. *Actas do X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, vol.3*, 1215-1231.

WALDEN, G. & Troltsch, K. (2011). “Apprenticeship training in Germany – still a future-oriented model for recruiting skilled workers?”. *Journal of Vocational Education & Training, 63(3)*, 305-322.

STRUMPF, Lori; Mains, Kristine, “Work-Based Learning: Learning To Work; Working To Learn; Learning to Learn, Department of Labor, Washington, D.C.; National Youth Employment Coalition, Washington, DC”. Disponível em <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED386585.pdf>

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

Decreto-lei n.º 102/84, de 29 de março.

Portaria n.º 317/86, de 24 de junho.

Decreto-Lei n.º 205/96, de 25 de outubro.

Decreto-Lei n.º 396/2007, de 31 de dezembro.

Portaria n.º 1497/08, de 19 de dezembro.



BREVE REFLEXÃO EM TORNO DE UM EXERCÍCIO MAIS PLURALISTA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Daniel Fernandes Gomes

Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa; Investigador no Instituto Jurídico Portucalense e no CEDIS – Centro de Investigação Sobre Direito e Sociedade; Selecionado para beneficiar de uma Bolsa de Doutoramento da Fundação para a Ciência e Tecnologia

Resumo: Neste trabalho é desenvolvida uma breve reflexão sobre o exercício do Direito à Educação no sistema educativo português. Numa fase inicial, aborda-se em traços breves a sua consagração constitucional e analisa-se parte do regime e tutela previstos na Lei de Bases do Sistema Educativo.

Tendo em conta alguns dos propósitos assumidos neste diploma, conclui-se que, ao nível do reconhecimento do direito à diferença e do inter-relacionamento entre a cultura escolar e a cultura do quotidiano, é ainda necessária a adoção de práticas e medidas que contribuam para um exercício do direito à educação mais pluralista. Essa conclusão resulta do facto de a flexibilização tendo em conta a diferença cultural e a interculturalidade não caracterizarem o sistema de ensino regular de forma estrutural, estando mais associadas a modalidades de ensino alternativo.

No âmbito desta análise crítica, considera-se uma das ações mais recentes em torno da diferenciação pedagógica que, apesar dos seus méritos e resultados futuros, não é garante da satisfação das preocupações assumidas neste trabalho. Por essa razão, a título de considerações finais, insiste-se na necessidade de se adotarem outras medidas e abordagens mais significativas em prol de um ensino mais pluralista.

Palavras-chave: Direito à Educação; Diferença Cultural; Reconhecimento da Diferença.





1. INTRODUÇÃO

Na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual todos acedem aos mesmos direitos, às mesmas oportunidades de vida e a uma mesma dignidade social, o Direito à Educação assume um papel de extrema relevância. É, em poucas palavras, um direito essencial para promover a cidadania plena e o exercício de outros direitos fundamentais. Por tudo isto, considerámo-lo como um direito social basilar e entendemos estudá-lo de forma atenta, por forma a participar em debates que contribuam para potenciar o acesso e o sucesso escolar dos alunos que frequentam os estabelecimentos de ensino portugueses.

Pelo reconhecimento das implicações futuras que o acesso e o exercício do direito à educação têm na vida de todas as crianças e jovens, associámo-lo, mais do que em relação a outros direitos fundamentais, a uma ideia de igualdade social. Uma ideia de igualdade que não requer apenas que se garanta a universalidade do acesso formal, segundo a qual todos podem e devem “ir à escola”, mas que exige, da mesma forma, que todos acedam e se reconheçam na escola de forma igual, entre outros, pelo esbatimento das diferenças socio-culturais em relação ao quotidiano dos alunos.

Assim, e tendo em conta este enquadramento, no presente trabalho começaremos por analisar, em traços breves, a tutela conferida em relação ao direito à educação ao nível constitucional e ao nível legislativo, em particular pela análise do desenvolvimento desse direito na Lei de Bases do Sistema Educativo. Não nos sendo possível analisar todo o regime previsto ao nível legal, focar-nos-emos nalguns objetivos e propósitos estabelecidos para o sistema educativo, nomeadamente, o objetivo de compreender e valorizar as diferenças culturais existentes nas escolas e nas salas de aula e o objetivo de inter-relacionar, entre outros, o saber escolar e o saber quotidiano.

No âmbito da nossa reflexão, suscitaremos algumas considerações sobre esta matéria e abordaremos de forma particular o estado atual da questão e os esforços mais recentes, sendo certo que, dada a dimensão deste trabalho, a reflexão trazida pecará por defeito, o que, ao nível académico, é também desejável, no sentido em que convida a reflexões futuras e mais aprofundadas.





2. A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

2.1. Regime Constitucional

Para a “realização da democracia económica, social e cultural” e o “aprofundamento da democracia participativa”, previstos no art.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), o direito à educação assume uma importância particular, revelando-se como um direito social basilar, que deve ser garantido a toda e qualquer criança. Do mesmo modo, e pressupondo a igualdade real entre todos, o direito à educação, realizado através da escola e de outros meios formativos, deve contribuir para a transformação da sociedade e das suas estruturas económicas e sociais (art.º 9 d) da CRP). Neste sentido, é um direito essencial para promover a cidadania e os direitos humanos e, sempre que tal se revele necessário, um direito digno de intervenção social. Também com base nestes pressupostos, a CRP, no art.º 73, determina que “todos têm direito à educação e à cultura” (n.º1), cabendo ao Estado promover “a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva (n.º 2)”.

Na redação dos preceitos constitucionais referidos, em particular do n.º 2 do art.º 73, é explícita a relação de proximidade que se estabelece entre o direito à educação e o direito à igualdade no seu sentido material e social, que pressupõe a garantia, a todos os cidadãos, dos direitos económicos, sociais e culturais e de uma posição de igual dignidade social¹⁰³. Entendido desta forma, o direito à educação é um direito fundamental em si, mas é também um “dos lugares naturais de aplicação, consolidação e expansão dos direitos humanos”¹⁰⁴. Do mesmo modo, é um importante instrumento de mobilidade social, que pode e deve combater

¹⁰³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*, 7.ª ed, (Coimbra: Almedina, 2004), 430.

¹⁰⁴ ESTÊVÃO, Carlos, “Direito À Educação: Para Uma Educação Amiga e Promotora de Direitos,” 1999, 5, http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carlos_estevao/estevao_direito_educacao_amiga_promotora.pdf. [consultado a 20-11-2017]





as desigualdades existentes¹⁰⁵ e criar condições para uma maior participação e integração social. Por outras palavras, é um “direito de empoderamento”¹⁰⁶, ao nível social e político, sobretudo para as crianças e jovens que pertençam a grupos minoritários ou outros grupos que estejam à margem social.

Pelo facto de se tratar de uma componente fundamental do direito à educação, está previsto, em artigo próprio da Constituição, o direito ao ensino (art.º 74), atribuído a todas as crianças “com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar” (n.º 1). De novo, é estabelecida uma relação de interdependência com o princípio da igualdade, não só na sua dimensão de igualdade formal, pela garantia de acessibilidade a todos, mas também na sua dimensão material, pela prossecução da “igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar”. Assim, tratando-se de um direito de empoderamento social, o seu exercício deve contribuir não só para a igualdade de oportunidades e realização dos alunos na escola, mas também para o seu prolongamento para além dela, através de uma maior participação e integração social¹⁰⁷.

Enquanto “direito de empoderamento”, promotor de mobilidade social e de uma maior igualdade de oportunidades, o direito à educação é fundamentalmente associado à sua realização escolar, parte essencial da educação e formação de qualquer jovem ou criança. Porém, esta dimensão não esgota o seu conteúdo, mais completo e abrangente, e que inclui outras formas educativas, como a educação familiar a ser realizada sobretudo com os pais ou outros encarregados de educação¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes and MOREIRA, Vital, *Constituição Da República Portuguesa Anotada – Vol. I*, 4.ª edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2007), 889.

¹⁰⁶ Comité dos direitos económicos, sociais e culturais, “CESCR General Comment No 13: The Right to an Education (Art. 13) – (Contained in Document E/C.12/1999/10),” 1999, parágrafo 1, <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c22.pdf>. [consultado a 20-11-2017]

¹⁰⁷ Cf. no mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I: Introdução Geral; Preambulo; Artigos 1.º a 79.º*, 2.ª edição (Coimbra: Coimbra Editora, 2010), 1414.

¹⁰⁸ Um processo de socialização e aculturação traduzido no art.º 36 n.º5 da CRP, segundo o qual os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos, um direito-dever que confere não só o poder de decidir sobre a educação a dar aos filhos, como impõe uma obrigação de cuidado parental, no superior interesse dos menores. *Vide* Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Da República Portuguesa Anotada* 565.





2.2. Desenvolvimento na Lei de Bases do Sistema Educativo

A Lei de Bases do Sistema Educativo, Lei n.º 46/86, de 14 de outubro¹⁰⁹, em sintonia com os preceitos constitucionais referidos *supra*, estabelece o quadro geral do sistema educativo. Em linha com a Constituição, prevê como princípios gerais a universalidade do direito à educação e à cultura e sublinha como tarefa fundamental do Estado a necessidade de garantir o direito a uma justa e efetiva igualdade de oportunidades no acesso e sucesso escolares (art.º 2 n.º 1 e 2). Do mesmo modo, a Lei de Bases do Sistema Educativo reforça que no exercício do direito educação devem ser fomentados, entre outros, o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e jovens, a formação da sua cidadania e, também nesse sentido, o seu “empoderamento social” [cf. art.º 2 n.º 4; art.º 3 b); art.º 7 e), h) e i)].

Para que o (já tão) mencionado “empoderamento” se verifique através do exercício do direito à educação escolar – entendendo-o neste estudo como a potenciação das possibilidades de participação e integração na sociedade –, a Lei de Bases do Sistema Educativo prescreveu algumas condições fundamentais. Entre estas, encontra-se estipulado, desde a redação inicial do diploma, que um dos princípios organizativos do sistema educativo é “assegurar o direito à diferença, mercê do respeito pelas personalidades e pelos projetos individuais da existência, bem como da consideração e valorização dos diferentes saberes e culturas” [art.º 3.º d)]. De forma complementar, salienta-se ainda que um dos objetivos do ensino básico é “assegurar que nesta formação sejam equilibradamente inter-relacionados o saber e o saber fazer, a teoria e a prática, a cultura escolar e a cultura do quotidiano” [art.º 7 d)].

Neste enquadramento, a adaptação da escola à mundividência das crianças, para além de corresponder a exigências da Lei de Bases do Sistema Educativo, é também um imperativo de igualdade e justiça, que se manifesta pelo reconhecimento da diferença como meio para alcançar a igualdade de oportunidades e garantir um acesso escolar mais igual. De facto, a promoção mais efetiva do acesso e sucesso escolares depende, entre outros fatores, de um reconhecimento mais pleno da escola como um espaço que é de Todos e que, neste sentido, requer uma aproximação séria às crianças e jovens e à realidade quotidiana que as envolve.

¹⁰⁹ Diploma que já fora alvo de alterações, as mais recentes constando da Lei n.º 85/2009.





No entanto, a realidade corrente mostra-nos que a aproximação, o reconhecimento do direito à diferença e os inter-relacionamentos referidos e legalmente previstos não têm sido devidamente realizados, sobretudo no que respeita às crianças e jovens que culturalmente se diferenciam da norma e regularidade escolar, como por exemplo, as crianças e jovens ciganos.

3. O RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA E A INTERCULTURALIDADE NO SISTEMA EDUCATIVO PORTUGUÊS: ANÁLISE CRÍTICA

Apesar da previsão legislativa referida, não existe, ainda hoje, no sistema de ensino regular, uma política efetiva e estrutural de adequação das escolas à cultura e ao quotidiano dos alunos, pelo contrário, salvo algumas medidas periféricas, pontuais, e isoladas, oferece-se uma estrutura rígida e um conjunto de saberes unívocos para todos, o que não contribui para promover uma maior igualdade social e de oportunidades¹¹⁰. De facto, nas escolas portuguesas e na formação dos seus professores, apesar da implementação de algumas medidas

¹¹⁰ Em Stephen Ronald Stoer e Luiza Cortesão, *Levantando a Pedra: Da Pedagogia Inter-Multicultural Às Políticas Educativas Numa Época de Transnacionalização* (Porto: Afrontamento, 1999) faz-se referência à falta adaptação dos currículos, conteúdos e estruturas da escola, apesar da massificação do ensino nos finais do séc. XX, a que acresceu a diversidade social e cultural que a escola recebeu nessa massificação.



e programas¹¹¹, a educação intercultural¹¹² e o reconhecimento da diferença existente têm assumido um carácter disperso, pontual e, na maioria dos casos, problemático e não prospetivo, constituindo uma realidade apenas em algumas das (diversas) escolas com populações étnica, social e culturalmente discrepantes do grupo maioritário e que apresentam elevadas taxas de insucesso escolar¹¹³. De facto, no sistema educativo português “nunca existiu um currículo ou uma atitude generalizada de raiz intercultural, apenas condescendências pontuais e espalhadas sem visibilidade”, que não permitem “a construção da educação intercultural [, a qual só] será possível quando todas as culturas forem consideradas oficialmente escolares”¹¹⁴.

¹¹¹ Entre os quais *vide* Despacho Normativo do Ministério da Educação (ME), n.º 63/91; Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/93; Despacho n.º 170/93 do ME; Despacho Normativo n.º 5/2001 do ME; e, mais recentemente, o incentivo proporcionado pelo distintivo ‘Selo Escola Intercultural’ (<http://www.dge.mec.pt/selo-escola-intercultural>) e o Programa REEI – Rede de Escolas para a Educação Intercultural (<http://www.dge.mec.pt/rede-de-escolas-para-educacao-intercultural>).

¹¹² Entendemos ressaltar nesta nota que a Educação Intercultural não se caracteriza apenas como um projeto educativo que pressupõe a aproximação aos seus alunos e a valorização dos elementos das diferentes culturas em presença na sala de aula e na sociedade [Jean-Pierre Liégeois; trad. Fernanda Barão e Isabel Fernandes, *Minoria E Escolarização: O Rumo Cigano*. (Lisboa: Centre de Recherches Tsiganes; Secretariado Entreculturas, 2001), 251.]. Pelo contrário, caracteriza-se, para além disso, como um método pedagógico de encontro, troca e aperfeiçoamento de relações com base em diferentes culturas e saberes. Mais do que tudo, um paradigma de formação, do sistema educativo, não uma educação de minorias, mas de todos, no qual se desenvolvem capacidades de compreensão e comunicação entre culturas diferentes” [Luísa Neto, “Constituição E Educação,” *Revista Da Faculdade de Direito Da Universidade Do Porto IV* (2007): 282]. Um método em que os professores não se devem especializar nas culturas ou fechar os alunos no seu próprio mundo, mas adotar uma pedagogia de atitudes e comportamentos que combata estereótipos e formas de discriminação enraizadas. Por tudo quando se disse, cf. Antonio Perotti, *Apologia Do Intercultural* (Lisboa: Secretariado Coordenador dos Programas de Educação Multicultural – Ministério da Educação, 1997), 51–57.

¹¹³ Cf. CARDOSO, Carlos, “A Formação de Professores Para a Diversidade,” in *Que Sorte, Ciganos Na Nossa Escola!* (Lisboa: Centre de recherches tsiganes – Secretariado Entreculturas, 2001), 85–86.

¹¹⁴ CASA-NOVA, Maria José, “(I) Migrantes, Diversidades E Desigualdades No Sistema Educativo Português: Balanço E Perspectivas,” *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas Em Educação* 13:47 (2005): 203.





No fundo, a adaptação escolar à cultura dos alunos e ao seu quotidiano é uma realidade bem mais significativa em modalidades fora do ensino regular, como na preparação de planos curriculares alternativos, criados ao abrigo do Despacho normativo n.º 1/2006 do Ministério da Educação. No âmbito destes Percursos, assim como noutros programas similares¹¹⁵, reconhece-se que a escola é “um espaço plural, do ponto de vista social e cultural, em que as motivações, os interesses e as capacidades de aprendizagem dos alunos são muito diferenciados”. Por conseguinte, entende-se que há uma necessidade de responder ao insucesso escolar e aos problemas de integração na comunidade educativa através da flexibilização de dispositivos de organização e gestão do currículo e pelo inter-relacionamento entre “o saber e o saber fazer, a teoria e a prática, a cultura escolar e a cultura do quotidiano”, tal como se prevê na Lei de Bases do Sistema Educativo.

Porém, apesar dos propósitos enunciados, tal como refere Casa-Nova¹¹⁶, os percursos alternativos ao sistema regular caracterizam-se pela “reduzida exigência académica face ao currículo-padrão”, constituindo-se como “ofertas educativas de segunda oportunidade”¹¹⁷, que respondem ao falhanço do aluno, e não do sistema, face ao currículo-padrão. Constituem-se também como “oportunidades de segunda”, na medida em que, por comparação com o currículo-padrão, apresentam conteúdos e métodos de avaliação menos exigentes e socialmente hierarquizantes. Um currículo que não garante “o acesso dos alunos ao saber bem remunerado, ao conhecimento que proporciona prestígio e poder na sociedade”¹¹⁸.

¹¹⁵ Constituídos ao abrigo de diferentes normativos, o Programa Integrado de Educação e Formação (regulado pelo Despacho conjunto 948/2003) e o Programa dos Territórios Educativos de Intervenção Prioritária (regulado pelo Despacho Normativo n.º 20/2012) pressupõe objetivos semelhantes ao modelo dos PCA, ainda que a finalidade e realidade subjacente a estes seja distinta.

¹¹⁶ CASA-NOVA, Maria José, “Educação Para O Quê?... A Integração Escolar de Crianças Ciganas,” *Público*, October 5, 2014, <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/educacao-para-o-que-a-integracao-escolar-de-criancas-ciganas-1671847> [consultado a 20-11-2017].

¹¹⁷ CASA-NOVA, Maria José, “Tempos E Lugares Dos Ciganos Na Educação Escolar Pública,” in *Minorias*, ed. Maria José Casa-Nova e Paula Palmeira (Lisboa: Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social; Programa para Prevenção e Eliminação da Exploração do Trabalho Infantil (PETI), 2008), 48.

¹¹⁸ *Ibid.*





Como tal, o reconhecimento da necessidade de adaptação, diferenciação e inter-relacionamento de saberes e culturas não poderá, de modo algum, traduzir-se apenas (ou essencialmente) na criação de turmas com currículos alternativos e de exigência mais reduzida. Neste sentido, não deverá ser previsto apenas como forma de resolução de problemas de insucesso escolar, dificuldades de integração, risco de marginalização, exclusão social ou abandono escolar, os quais são também, entre múltiplos fatores, resultado da falta de adaptação escolar de forma estrutural e no ensino regular.

Pelo contrário, a resposta à diversidade de origens, interesses e capacidades dos alunos deverá ser geral e global, mais efetiva no ensino regular e terá de deixar de ser essencialmente remediativa – pois muitas vezes não remedeia –, para assumir um caráter de prevenção e de prospeção, a fim de garantir uma efetiva igualdade social.

No sentido destes propósitos e procurando, de algum modo, quebrar com alguns contornos do sistema vigente, entendemos destacar o recentemente aprovado Despacho n.º 5908/2017, de 5 de julho, diploma que autoriza, em regime de experiência pedagógica, a implementação do projeto de autonomia e flexibilidade curricular dos ensinos básico e secundário para o ano escolar de 2017-2018.

No texto do referido Despacho, a educação é entendida como um meio privilegiado de promoção da justiça social e da igualdade de oportunidades. Nesse sentido, sublinha-se que “a diferenciação pedagógica é um dos principais instrumentos para garantir melhores aprendizagens”, devendo ser garantidas às escolas as condições que lhes permitam promover melhores aprendizagens em contextos específicos e perante as necessidades de diferentes alunos. Também por essa razão, prevê-se que a conceção, operacionalização e avaliação das aprendizagens curriculares deva orientar-se, entre outros princípios, pela “garantia de uma escola inclusiva, cuja diversidade, flexibilidade, inovação e personalização respondem à heterogeneidade dos alunos, eliminando obstáculos de acesso ao currículo e às aprendizagens, e adequando estas ao perfil dos alunos” [art.º 3 c)]. Para que tal se realize, e pressupondo a maximização do sucesso escolar e da igualdade de oportunidades, reconhece-se ainda a necessidade de promover “práticas que permitam antecipar e prevenir o insucesso e o abandono escolar, através de uma aposta na diferenciação pedagógica e na intervenção precoce, em detrimento de um enfoque em estratégias remediativas” [art.º 19 n.º 1 a)].



No entanto, apesar de todos estes reconhecimentos, não existe uma única referência explícita, em todo o diploma, sobre a pluralidade cultural existente nas escolas portuguesas, nem sobre a necessidade de reconhecer o seu direito à diferença. Desse modo, não é claro, neste Despacho, se a flexibilização curricular proposta terá em conta as diferenças culturais ou apenas aspetos mais técnico-formativos. Da mesma forma, pela leitura e análise do Despacho e dos meios nele previstos não se pode depreender que efetivamente se assegure o direito à diferença, considere e valorize os diferentes saberes e culturas [art.º 3.º d)] ou equilibradamente se inter-relacione “o saber e o saber fazer, a teoria e a prática, a cultura escolar e a cultura do quotidiano” [art.º 7 d)]. Como tal, a apreciação deste novo diploma deverá ser feita com as devidas reservas, não sendo certo que através deste, ou das medidas e possibilidades previstas, se venha a verificar um maior reconhecimento da diferença cultural no sentido da flexibilização e adaptação escolares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto ideia-chave desta nossa breve reflexão, entendemos que é fundamental, para que a escola seja um espaço efetivo de promoção da igualdade de oportunidades, que esta se assuma como pluralista, inclusiva e adaptável, revelando-se capaz de se relacionar com a diferença e eliminar as formas de desfasamento que existam com o quotidiano dos alunos. Deste modo, será verdadeiramente universal e não apenas numa dimensão formal(ista). No fundo, uma escola mais “libertadora” e não “reprodutora” de desigualdades sociais, porque mais pluralista e diversificada no seu conjunto¹¹⁹. Uma escola mais inclusiva para todos e que, para poder diferenciar, não precisa de excluir do sistema regular e trabalhar conteúdos menos exigentes. Assim, será mais capaz de transformar a sociedade, promovendo a efetiva igualdade de oportunidades e, por decorrência, consagrando possibilidades de integração, emancipação e “empoderamento” mais sustentadas.

Em suma, entendemos que o recurso a práticas educativas de reconhecimento da diferença, aproximação e interculturalidade deve acentuar-se, procurando-se uma atenção que previna o (eventual) insucesso escolar e que seja uma realidade quando ainda não se tenha de recorrer a formas de ensino alternativo. Porque se reconhece o elevado grau de heterogeneidade sociocultural

¹¹⁹ LIÉGEOIS, Jean-Pierre, *Minoria e Escolarização: O Rumo Cigano...*, 255.





presente nas escolas e na própria sociedade, esta deveria ser a perspectiva global, não dependente de elevado insucesso ou risco de abandono escolar. Uma ação assente na vontade de promover o sucesso escolar através do inter-relacionamento entre a cultura escolar e a cultura do quotidiano e pelo reconhecimento do direito à diferença.

Por último, e sublinhando o entendimento de que esta abordagem é necessária para reforçar o sucesso escolar e a igualdade real na sociedade, temos por certo que não depende apenas da Escola e dos professores a promoção de um maior interesse e sucesso escolar, exigindo-se, em todo o caso, um esforço igual e o cumprimento dos deveres respetivos às crianças e jovens e suas famílias.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional E Teoria Da Constituição*. 7.^a edição. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. *Constituição Da República Portuguesa Anotada – Vol. I*. 4.^a edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Carlos. “A Formação de Professores Para a Diversidade.” In *Que Sorte, Ciganos Na Nossa Escola!*, 65–87. Lisboa: Centre de recherches tsiganes – Secretariado Entreculturas, 2001.

CASA-NOVA, Maria José. “(I)Migrantes, Diversidades E Desigualdades No Sistema Educativo Português: Balanço e Perspectivas.” Ensaio: *Avaliação e Políticas Públicas Em Educação* 13:47 (2005).

———. “Educação Para O Quê?... A Integração Escolar de Crianças Ciganas.” Público, October 5, 2014. <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/educacao-para-o-que-a-integracao-escolar-de-criancas-ciganas-1671847>. [consultado a 20/11/2017].

———. “Tempos E Lugares Dos Ciganos Na Educação Escolar Pública.” In *Minorias*, ed. Maria José Casa-Nova and Paula Palmeira, 7–55. Lisboa: Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social; Programa para Prevenção e Eliminação da Exploração do Trabalho Infantil (PETI), 2008.

Comité dos direitos económicos, sociais e culturais. “CESCR General Comment N.º 13: The Right to an Education (Art. 13) – (Contained in Document E/C.12/1999/10),” 1999. <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c22.pdf>. [consultado a 20/11/2017].

ESTÊVÃO, Carlos. “Direito à Educação: Para Uma Educação Amiga E Promotora de Direitos,” 1999. http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carlos_estevao/estevao_direito_educacao_amiga_promotora.pdf. [consultado a 20/11/2017].

LIÉGEOIS, Jean-Pierre; trad. Fernanda Barão e Isabel Fernandes. *Minoria e Escolarização: o Rumo Cigano*. Lisboa: Centre de Recherches Tsiganes; Secretariado Entreculturas, 2001.





MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I: Introdução Geral*; Preambulo; Artigos 1.º a 79.º, 2.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NETO, Luísa. “Constituição e Educação.” *Revista Da Faculdade de Direito Da Universidade do Porto IV* (2007): 279–85.

PEROTTI, Antonio. *Apologia do Intercultural*. Lisboa: Secretariado Coordenador dos Programas de Educação Multicultural – Ministério da Educação, 1997.

TEXTOS LEGISLATIVOS E GOVERNATIVOS

Governo de Portugal, Ministério da Educação. Despacho Normativo n.º 63/91. Diário da República n.º 60 – I Série-B. (1274-1275). 1991

Governo de Portugal, Ministério da Educação. Despacho 170/ME/93. Diário da República n.º 183 – II Série. (8313). 1993

Governo de Portugal, Ministério da Educação. Despacho Normativo n.º 1/2006. Diário da República n.º 5 – I Série-B. (156-160). 2006

Governo de Portugal, Ministério da Educação e Ciência. Despacho normativo n.º 20/2012. Diário da República n.º 192 - II Série. (33344-33346). 2012

Governo de Portugal, Ministérios da Educação e da Segurança Social e do Trabalho. Despacho conjunto n.º 948/2003. Diário da República n.º 223 – II Série. (14618-14619). 2003

Governo de Portugal, Presidência do Conselho de Ministros. Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/93. Diário da República n.º 113 - I Série-B. (2568-2569). 1993

Governo de Portugal, Presidência do Conselho de Ministros e Ministério da Educação. Despacho Normativo N.º 5/2001. Diário da República n.º 27 – I Série-B. (569-570). 2001

Portugal. Assembleia da República. Lei n.º 46/86 de 14 de agosto, Lei de Bases do Sistema Educativo. Diário da República n.º 127 – I Série. (3067-3081). 1986

Portugal. Assembleia da República. Lei n.º 85/2009 de 27 de agosto. Diário da República n.º 127 – I Série. (5635). 2009

Portugal. Constituição da República Portuguesa; Lei do Tribunal Constitucional (2011). (8.ª Ed.). Coimbra: Coimbra Editora.



DESCOINCIDÊNCIA ENTRE A CULTURA ESCOLAR E AS CULTURAS POPULARES: UM EXEMPLO ELUCIDATIVO

Paula Vieira

Doutora em Serviço Social pelo ISCTE-IUL, Professora no ISSSP

Elsa Montenegro

Doutora em Sociologia pela FLUP, Professora no ISSSP

Resumo: Propomo-nos reflectir neste artigo acerca de alguns dos processos que estão na origem do insucesso escolar dos jovens das classes populares e, em particular, dos que, de entre estes, provêm das suas fracções socialmente mais relegadas. Fazêmo-lo enunciando os principais factores que concorrem para determinar a mútua invalidação cultural que tende a ocorrer entre a cultura que a escola veicula e as culturas populares, passando depois para a exemplificação prática de como e onde se jogam alguns desses factores, a partir da análise de uma ferramenta pedagógica concreta – um ficha de trabalho ministrada no ano lectivo passado a uma turma do 8.º vocacional da Escola Secundária António Sérgio, na disciplina de Português.

Palavras-Chave: insucesso escolar, invalidação cultural, classes populares.

INTRODUÇÃO

O empenho em relativizar as explicações correntes acerca do sucesso e insucesso escolares das crianças/adolescentes, retirando-lhes o seu pendor naturalista, individualista e/ou culturalista, tem ocupado a produção científica no quadro das ciências sociais, especialmente da sociologia da educação. Socorrendo-se da análise de dados estatísticos, de inquéritos detalhados e de estudos monográficos muito variados, esta disciplina demonstrou o carácter social dos





referidos fenómenos, pondo deste modo em causa qualquer tentativa de os justificar na base dos atributos pessoais dos sujeitos que os experimentam.

Pondo a nu a constelação de factores e processos sociais que concorrem para colocar o público escolar ora em vantagem, ora em franca desvantagem, a sociologia da educação não se demitiu de procurar tanto na escola e nos seus padrões de funcionamento, como na cultura de origem das crianças, as razões para essa desigual oportunidade. A prioridade conferida à perspectiva relacional que é necessário ter se pretendemos determinar as leis que regulam os fenómenos sociais, aliás a única compatível com o desvendar da sua natureza complexa, interdependente e total, permitiu estabelecer conexões entre sucesso/insucesso escolares e, respectivamente, aproximação entre cultura herdada pela criança e cultura escolar e afastamento entre essas culturas.

Procurando deslindar o sentido e o grau de importância dessas conexões, vários foram os factores identificados como tendo responsabilidade na produção de trajectórias escolares marcadas pelo êxito ou, ao contrário, pelo fracasso. Entre outros, podemos destacar as representações dos professores acerca da cultura dos alunos e da própria cultura escolar, bem como as representações dos alunos e dos seus pais acerca desta cultura e do seu valor para a vida; os conteúdos curriculares e as opções que pressupõem; as práticas pedagógicas e as interações entre professores e alunos na sala de aula e entre a escola e os diversos agentes educativos; o papel da escola na socialização para os valores e aprendizagem da vida colectiva; o tratamento das questões disciplinares.

Foi a determinação deste conjunto complexo de factores sociais que veio a demonstrar que qualquer explicação para os referidos fenómenos que recaia, unilateralmente, sobre a escola ou sobre a cultura das crianças/adolescentes e suas famílias se afigura redutora e francamente enganosa. Foi, também, a determinação dos nexos causais que se estabelecem entre aqueles factores que veio levantar sérias dúvidas acerca das reais possibilidades da escola cumprir o princípio democrático da *educação para todos* a que manifestamente se propõe. Tomando como exemplo uma das relações causais que questiona a imunidade da escola relativamente aos fenómenos supracitados, podemos tentar explicitar a indubitável influência das representações dos professores acerca dos alunos sobre a sua atitude pedagógica.

Esta atitude pedagógica é, em grande medida, ditada pela selecção que o professor sistematicamente realiza dos sinais e símbolos comportamentais e linguísticos que os alunos emitem, à luz de uma concepção/representação do tipo ideal de aluno. É na base desta concepção que o professor privilegia mais





uns alunos do que outros quando fala, interpela mais uns do que outros, se aproxima só de alguns para verificar se a resolução dos exercícios está a correr bem, enfim, se dirige aos bons alunos para obter a confirmação de que está a ser compreendido. É pois esta concepção que em grande medida determina a aproximação que se estabelece entre o professor e os alunos que demonstram expressões de atenção, levantam o braço para responder/participar, têm o material escolar e o apresentam de forma limpa e organizada, dispõem de posturas correctas, revelam cuidados pessoais consigo, sentam-se nas primeiras carteiras da sala de aula, etc. É igualmente esta concepção que autoriza os professores a adoptarem classificações do tipo «desinteressado», «desatento», «perturbador» e, até, de «atrasado em termos de desenvolvimento» sobre os alunos cujos comportamentos dela se afastam. É, ainda, essa concepção de aluno ideal que vai formatando atitudes pedagógicas de progressivo abandono destes últimos alunos por parte do professor.

No processo de comunicação entre professores e alunos, através da linguagem e da metalinguagem, há pois que prestar muita atenção não só aos códigos expressos, mas principalmente aos códigos não expressos que orientam e estruturam, nem sempre de forma consciente, os primeiros. Isto é, há que prestar atenção ao *habitus*¹²⁰ que uns e outros jogam na interacção social. É a coincidência relativa do *habitus* do professor e de alguns alunos, os alunos das classes médias e altas, que torna possível a partilha intersubjectiva e, com ela, a aprendizagem. Assim como é a descoincidência entre o *habitus* do professor e o de muitos outros alunos, especialmente os que provêm das classes populares, que compromete seriamente essa partilha e o desenvolvimento do seu desejo de aprender.

No entanto, neste jogo interactivo não pode haver responsabilidades iguais entre professores e alunos, dado que a autoridade de que está investido o professor no quadro da função social da escola confere-lhe um poder, não subestimável, no processo de selecção social que esta instituição (re) produz. Como tão bem evidenciaram Pierre Bourdieu e Jean C. Passeron (1970: 78), “... concedendo ao professor o direito e o poder de reverter em proveito próprio a autoridade da instituição, o sistema escolar obtém, deste

¹²⁰ Conceito central na teoria de Pierre Bourdieu (1979: 59), o *habitus* designa “... a forma incorporada da condição de classe nas disposições culturais”, “um ter transformado em ser” que incessantemente se produz através da socialização e que inclui gostos e maneiras de sentir e de agir da classe social a que pertencemos.





modo, a garantia de que este funcionário coloca todos os seus recursos e todo o seu zelo ao serviço da instituição e da sua função social”.

Em suma, para que a escola fosse um efectivo meio de democratização cultural, garantindo a educação para todos, teria obrigatoriamente de estar capaz de compreender e integrar as desigualdades iniciais que as crianças apresentam perante a cultura «legítima» que a própria escola veicula (Bourdieu e Passeron, 1970). Ou seja, seria necessário que a escola não ignorasse a herança cultural que as crianças transportam, em função da posição de classe dos seus pais na hierarquia social, partindo, antes, dessa matriz para alicerçar as novas aprendizagens.

Contudo, isto não acontece. A regularidade neste plano traduz-se, muito mais, na dificuldade de certos agentes educativos, especialmente os professores, se descentrarem de um acervo de saberes, de saberes-fazer e, sobretudo, de saberes-dizer que a escola elege como sendo *a cultura*, acervo esse que constitui a maior parte das vezes o seu próprio património cultural, ou o património das classes cultivadas a que desejam pertencer. É esta dificuldade, senão mesmo incapacidade, que acaba por ditar o que aos olhos dos próprios professores e aos de outros agentes mais desprevenidos surge, erroneamente, como diferenças de mérito entre as crianças.

O que, no entanto, os estudos sociológicos mostram é que a predisposição, aparentemente natural, que muitas destas crianças revelam para adquirir os saberes escolares esconde, afinal, o facto de esses saberes e os modos privilegiados de os transmitir não serem mais do que um prolongamento dos já experimentados no seu contexto familiar. Porque ninguém escolhe quando e onde nascer, falamos das crianças que têm a sorte de pertencer aos grupos sociais económica e culturalmente mais desenvolvidos. A convivência com os livros, com a música e outras formas de expressão artística e com um círculo diversificado de pessoas e de lugares a que foram habituados desde a infância traduz, com efeito, múltiplas oportunidades de representar abstractamente a realidade e de lhe atribuir sentido. Oportunidades que a cultura dominante livremente reconhece e continua a cultivar.

Em oposição, a não apetência para a aprendizagem dos saberes escolares que as crianças dos meios populares maioritariamente acusam decorre da inexistência de qualquer afinidade entre o que sabem e os modos como o expressam e o que a escola quer que eles aprendam e o modo como o transmite. Caracterizar este choque cultural em termos do grau de afinidade entre saberes redundante, contudo, em eufemismo, dado que para muitas destas crianças do





que se trata, mesmo, é de hipotecar toda a estrutura de saberes adquirida na primeira socialização. É de um verdadeiro processo de rejeição da cultura familiar que temos de falar se pensarmos no que significa terem de despir-se, por exemplo, da gíria popular que aprenderam para designar a realidade. Despirem-se de si próprios é talvez o efeito mais brutal deste processo se tivermos em linha de conta quanto o desenvolvimento da linguagem reflecte o desenvolvimento cognitivo e a formação da identidade dos indivíduos.

Com experiências de vida bastante mais restritas, quer no plano real, quer em todos aqueles que potenciam o desenvolvimento do imaginário e do pensamento, estas crianças reflectem na pobreza dos seus recursos lexicais e gramaticais as privações existenciais e relacionais a que foram sujeitas na primeira infância.

A «continuidade cultural» que a escola representa para o primeiro grupo de crianças contrasta, assim, com a necessária renúncia da cultura de origem a que o segundo grupo deve sujeitar-se para nela permanecer com algum sucesso.

A invalidação simbólica das culturas populares que veladamente se produz no quotidiano da escola não deixa de ser reforçada, também, por um processo semelhante, embora inverso, por parte das famílias que perfilham esta cultura. Pois, na medida em que as crianças das mais baixas classes sociais não encontram no seu meio familiar as condições e os incentivos para vencer os obstáculos que a escola lhes impõe, acabam, elas próprias, por se auto-excluir. O processo de exclusão da escola é então o resultado de soma negativa que se opera entre experiência subjectiva retirada do seu meio e probabilidades objectivas geradas no sistema escolar. É a este resultado perverso que se referem Pierre Bourdieu e Jean C. Passeron (1970) para explicar o quanto as próprias classes populares contribuem para o seu afastamento da escola, redobrando a autoridade desta instituição na reprodução das desigualdades sociais.

Depois desta breve explanação sobre o modo como se produzem e se interligam alguns dos factores que mais concorrem para determinar a mútua invalidação cultural que se verifica entre a cultura que a escola veicula e as culturas populares, bem como a responsabilidade deste processo social na produção do fracasso e abandono escolares de largas franjas da população estudantil com esta origem de classe, pretendemos levar um pouco mais longe este quadro explicativo.

Alguma experiência no acompanhamento de jovens com dificuldades escolares, seja como interventoras sociais, seja como docentes no acompanhamento de estágios em escolas de 2.º e 3.º ciclos de ensino, leva-nos a problematizar





a tendência para se continuar a falar, com um certo sentido pejorativo, da propensão da escola para hegemonizar uma dada cultura, a cultura «legítima» ou a cultura dominante, no pressuposto de que ignora e, até, censura o valor das culturas populares. Sem preconceitos e sem qualquer espécie de «romantismo ideológico» acerca dos mais desfavorecidos, não podemos deixar de nos interrogar sobre o *valor* de algumas dessas culturas, atendendo ao grau de deterioração cultural e ao carácter insocial que muitos dos jovens das classes populares revelam nas suas atitudes e condutas, especialmente aqueles que provêm dos seus estratos mais desmunidos.

Será que é possível designar como cultura o total desprezo pelas regras sociais mais elementares como, por exemplo, o reconhecer a existência do outro e da sua razão, o reconhecer que somos cidadãos de direitos mas também de deveres, o reconhecer, enfim, que somos responsáveis pelos nossos actos e pelo que eles infligem aos outros? E será que a disciplina, o sentido de esforço e o sentimento de dever que a aprendizagem escolar pressupõe e que muitos destes jovens não interiorizaram é, de algum modo, contornável na edificação de seres com personalidade moral e social, capazes de viver em sociedade?

Durkheim (1984) salientou com muita veemência o papel da educação na transformação de um ser «natural», regido por pulsões egoístas e até auto-destruidoras, num ser social, apto a comungar de valores, de ideias e de sentimentos com outros cidadãos, transformação sem a qual qualquer sociedade se torna inviável. Ora, o que parece estar seriamente comprometido para muitas das crianças/jovens das classes populares mais profundamente desestruturadas e desprovidas é, justamente, o processo de aquisição dos valores, sentimentos e ideias que permitem tecer o laço com a sociedade, tornando-os seres sociais. Neste sentido, o efeito destruidor que a sujeição a processos agudos de marginalização social opera não parece deixar lugar para o surgimento de qualquer tipo de expressão cultural, a não ser para formas aniquiladoras da integridade pessoal e social.

Se a cultura pode ser definida, antes de mais, como o direito que cada um de nós tem de partilhar e de engrandecer o património colectivo de valores, de regras e de realizações que dão sentido à vida social, um dos efeitos mais devastadores das desigualdades sociais é a restrição do seu acesso a largos estratos da população.

Para muitos dos jovens das fracções socialmente mais relegadas das classes populares será, talvez, mais realista e preciso afirmar que a passagem pela





escola é marcada pelo fracasso, não tanto porque a escola não credita a cultura popular de que são portadores, mas, principalmente, porque esbarram com a inversão dos valores, normas e padrões de conduta que lhes foram transmitidos por um contexto de vida profundamente precário, tanto material como culturalmente. Sendo pois as próprias condições materiais e humanas da sua educação que devem ser radicalmente alteradas para que a adesão à cultura seja possível, a dúvida que persiste é a que respeita às condições e recursos que a escola possui para suplantar este tipo de défices.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA ATRAVÉS DA LINGUAGEM, O EXEMPLO DE UMA FICHA DE TRABALHO DADA A ALUNOS DO 8.º ANO DE ESCOLARIDADE DO ENSINO VOCACIONAL

Para concretizar um pouco mais como e porque é que determinadas características assumidas pela cultura escolar podem agudizar as desvantagens dos filhos das classes populares, analisamos, a título de exemplo, uma ficha de trabalho proposta a uma turma do 8.º ano de escolaridade da Escola Secundária António Sérgio, na disciplina de Português do curso vocacional. Segundo as palavras da Professora da disciplina, este foi um dos exercícios que mais dificuldades e resistências suscitou nos alunos, sendo essa uma das razões por que o seleccionamos para análise.

Como se pode constatar no enunciado da prova que anexamos, o exercício solicita aos alunos que reescrevam/recriem por palavras suas o poema lírico de Luís Vaz de Camões *Amor é Fogo que Arde sem de Ver*, respeitando a sua estrutura formal. Nada mais difícil atendendo ao largo espectro de significados que o poema camoniano encerra e ao elevado grau de codificação da linguagem que os expressa. O que significa que para recriá-lo o aluno tem de ser capaz de descodificar cada uma das estrofes, atribuindo-lhes o devido sentido. Processo exigente que depende não só da posse de um conjunto de representações conceptuais e de um imaginário acerca do tema – representações e imaginário tanto ou mais significativas e presentes quanto a experiência de vida amorosa que as podem sustentar – mas também de um conjunto de recursos linguísticos que permitam objectivá-los, tornando-os inteligíveis para o próprio e para os outros.

Tratando-se de um exercício para alunos do 8.º ano de um curso vocacional, portanto alunos com idades entre os 13 e os 18 anos, na pior das hipóteses, podemos questionar a sua adequação em termos linguísticos e conceptuais a adolescentes que estarão ainda a estruturar e/ou a consolidar o



método lógico e abstracto de pensar, de acordo com a classificação de Piaget (1974) dos estádios de desenvolvimento cognitivo. Mas este tipo de exercícios de avaliação afigura-se ainda mais desajustado por estarmos perante alunos do ensino vocacional, uma via de ensino actualmente extinta mas cujo propósito era oferecer uma formação alternativa a jovens cujo trajecto escolar foi/é marcado pelo insucesso: “... jovens que apresentem pelo menos uma retenção no seu percurso escolar ou que se encontrem já identificados como estando em risco imediato de abandono escolar e que pretendam reorientar o seu percurso escolar para uma oferta formativa de carácter mais prático”¹²¹.

Efectivamente, estamos face a indivíduos que enveredaram por esta via de ensino em virtude de terem sofrido retenções várias e que, por não terem cumprido a escolaridade obrigatória e/ou por não terem ainda completado os 18 anos, idade a partir da qual podem abandonar a escola, vêem-se obrigados a nela permanecer, embora contra-vontade. Para um tal grupo de jovens, a quem a cultura escolar pouco diz e a literária ainda menos, será certamente difícil decifrar os significados contidos no soneto de Luís Vaz de Camões, de tão hermeticamente fechados que eles estão numa linguagem metafórica muito distante dos objectos, acontecimentos ou situações reais que preenchem o seu quotidiano.

Que adolescente estará capaz de descodificar as associações que o autor faz entre amor e dor, entre amor e prisão? Que adolescente estará capaz de compreender o sentido das antíteses a que o autor recorre para explicar um conceito tão complexo e de facto tão ambivalente como o amor?

E a que necessidade de conhecimento ou de aperfeiçoamento operativo poderá responder este desafio de recriar o poema camoniano?

É certo que a Professora procurou traduzir para os alunos o sentido de cada estrofe do soneto em análise, mas não o fez a partir dos princípios da aprendizagem significativa (Garandierie, 1989; Morissette e Gingras, 1990; Perrenoud, 2000), de modo a desencadear neles a necessária motivação para aprenderem a reflectir sobre um tal sentimento e os estados de espírito contraditórios que ele desencadeia. Se o tivesse feito, isto é, se se tivesse preocupado em partir das experiências e dos saberes dos alunos sobre o tema, conduzindo-os a descobrir (consencializar), por induções e deduções lógicas, o significado deste sentimento e, depois, das palavras de Camões, com certeza que não teria enfrentado tantas resistências e dificuldades na realização do exercício.

¹²¹ Artigo 5.º da Portaria n.º 341/2015 de 9 de Outubro que cria esta modalidade de ensino.





Mesmo assim, considerando o grau de dificuldade do exercício proposto, podemos admitir, com alguma ironia, que a Professora em causa elaborou o teste cogitando que a resolvê-lo estariam réplicas suas. Se o que esteve na origem de tão exigente exercício não foi a sua dificuldade de se distanciar de um saber e também de uma experiência de vida que possivelmente são os que a caracterizam a si e aos seus pares, então teremos de admitir, com maior radicalismo, que a razão para tal feito foi mesmo o seu total descrédito acerca das capacidades de aprendizagem dos jovens que frequentam as suas aulas.

As ferramentas intelectuais são um recurso fundamental para a vida, pois facultam-nos a possibilidade de entender, antecipar, avaliar e enfrentar a realidade. Todavia, para que não surjam como uma espécie de pastilha amarga que se tem inexplicavelmente de degustar, de que jamais lembraremos o sabor, é necessário que elas sejam dotadas de sentido, e isto só acontece quando se estabelecem pontes significantes entre os quadros conceptuais já apropriados e os novos que a escola propõe. Ora, uma dessas pontes é precisamente a linguagem que tem a propriedade de objectivar nos conceitos em que se traduz os significados e a intencionalidade subjectiva dos sujeitos (Berger e Luckmann, 1994). Portanto, para que seja inteligível, a linguagem tem de ter significado subjectivo para todos os estudantes. O que não acontece, de facto, com a linguagem sublime mas difícil usada por Camões no seu soneto. Para o grupo de alunos de que falamos não é porque não dominam o pensamento formal que as dificuldades de descodificação surgem. É antes porque esse pensamento estará muito provavelmente organizado e treinado para estabelecer relações, definir probabilidades, construir hipóteses a partir e em função de realidades concretas e de situações práticas que não as abordadas no poema de Luís Vaz de Camões.

Mas, o conteúdo da ficha de trabalho em análise é ainda elucidativo das dificuldades que esta Professora de Português revela em compreender as restrições culturais que caracterizam os universos de existência dos alunos desta turma, jovens oriundos das fracções mais desmunidas das classes populares. Se para todos nós é muito pouco verosímil falarmos do que não (re)conhecemos, para jovens com esta origem, que praticamente nunca saíram do bairro onde vivem, que convivem com outros culturalmente tão ou mais empobrecidos e que preenchem o seu quotidiano a ouvir e a reproduzir escárnio e mal-dizer sobre pessoas próximas e concretas, sê-lo-á muito menos. Conjecturar explicações que fujam das vicissitudes que a vida contém pressupõe, igualmente, que haja uma interioridade, um imaginário desenvolvido na base de representações que se comunicam e que se aprendem comunicando através da linguagem. Ora,





a questão central é que para este tipo de jovens são muito escassas e restritas as experiências que possam alimentar essas representações acerca da realidade, quer sejam retiradas da leitura, do ouvir e contar histórias ou da possibilidade de as invocar na base dos lugares e das pessoas com que interagem.

O trabalho de Basil Bernstein (1975), no sentido de demonstrar quanto o desenvolvimento da linguagem depende do sistema de relações sociais que os indivíduos experimentam, fornece um bom suporte analítico para que possamos compreender porque é que para os jovens que pertencem às classes populares a linguagem não é um instrumento de comunicação valorizado e depurado como o é para os grupos sociais que se posicionam nos pontos médios e de topo da hierarquia social.

Tendo por base estudos empíricos com crianças das fracções das classes médias e trabalhadoras, este autor pôs em evidência a relação existente entre origem social e características do contexto de socialização e aprendizagem de um determinado tipo de código linguístico. Definiu, então, dois tipos de códigos sócio-linguísticos, «código elaborado» e «código restrito», e demonstrou como a tendência para as crianças da classe média dominarem ambos os códigos, bem como as situações diferenciadas da sua utilização, contradizia a inclinação das dos meios populares para adquirirem unicamente o código restrito.

As condições sociais e os padrões que estruturam as relações familiares, expressos, entre outros, no tipo de comunicação utilizado no seio da família, na assunção dos papéis familiares e no tipo de autoridade, foram sublinhados por Bernstein para explicar como se processa a apropriação de ambos os códigos. Assim, enquanto que nas famílias das classes médias a verbalização dos comportamentos, dos desejos/aspirações e dos sentimentos é amplamente estimulada, as ordens e as regras tendem a ser discutidas, negociadas e adaptadas à pessoa (filhos), nas famílias das classes populares o «aparelho de conversa»¹²² que funda todo o processo de socialização tende a ser bastante mais restrito e menos importante na definição dos papéis sociais, das regras e do controlo social. Digamos que há menos conversa e mais acção.

¹²² Peter Berger e Thomas Luckmann (1994) utilizam esta designação para mostrar a importância da conversação para a criança em processo de socialização, ou seja, em processo de apreensão do mundo: «Pode-se considerar a vida quotidiana do indivíduo em termos de funcionamento de um aparelho de conversa que continuamente mantém, modifica e reconstrói a sua realidade subjectiva». É através da conversa que os «outros significativos» lhe apresentam o seu mundo e o conservam, isto é, lhe apresentam um mundo dotado dos sentidos inerente à posição social que os pais, ou os seus substitutos, ocupam na hierarquia social.





O sistema de comunicação tende pois a ser mais restrito e fechado, mais determinado pelo estatuto dos elementos que constituem a família e, portanto, menos orientado para a pessoa. São os controlos imperativos, inerentes ao papel desempenhado pelas entidades parentais, que justificam a necessidade de cumprir as regras e não os argumentos dados no sentido de apelar ao seu cumprimento, na base do seu valor moral para os indivíduos ou para o colectivo.

Traduzindo a posição da família na divisão do trabalho, o seu sistema de valores e os seus recursos culturais, estas diferenças estruturais nos modelos de socialização configuram, também, diferenças substantivas nos recursos linguísticos.

Assim, enquanto que a linguagem é desde cedo perspectivada pelas crianças das classes médias como o modo privilegiado da actividade perceptiva, na relação com os outros e com o mundo na sua generalidade, para as crianças das classes populares a expressão linguística é mais uma extensão, e não a tradução por excelência da sua relação e acção sobre o mundo. O código restrito de que se apropriam, muito mais circunstanciado em função das situações concretas vivenciadas e partilhadas, está, por isso, estreitamente correlacionado e dependente do real. É mais pobre em vocabulário e na estruturação sintáctica e menos capaz de ser extrapolado para traduzir situações possíveis, independentes do contexto, do que o código elaborado que é a herança cultural mais distintiva das classes médias e altas.

Como podem jovens com um código linguístico marcado por uma construção frásica limitada, quando não inexistente, escassamente restrita à descrição da realidade do aqui e agora, lançar-se na descodificação de uma linguagem metafórica que apela ao domínio polissémico, não já de palavras mas de estrofes e do soneto na sua globalidade?

Se os educadores compreendessem que o modo como falam e como escrevem os seus alunos não é independente de um conjunto objectivo de condições sociais, estariam com certeza em melhores condições para perceber, em primeiro lugar, que o facto de nem todos se expressarem da mesma maneira não resulta de nenhuma marca pessoal indelével, mas sim de um sistema de oportunidades culturalmente induzida. Em segundo, estariam também em melhores condições para assumir a sua quota-parte de responsabilidade na superação das barreiras de significação que se podem opor à comunicação, em virtude da existência de «falas» diferentes.





BIBLIOGRAFIA

- BERGER, P., LUCKMANN, T., *A construção social da realidade*, Petrópolis, Vozes, 1994.
- BERNSTEIN, B., *Langage et classes sociales*, Paris, Minuit, 1975.
- BOURDIEU, P., PASSERON, J. C., *La reproduction*, Paris, Minuit, 1970.
- BOURDIEU, P., *La distinction. Critique sociale du jugement*, Paris, Minuit, 1979.
- DURKHEIM, E. *Sociologia, educação e moral*, Porto, Rés-Editora, 1984.
- GARANDERIE, Antoine, *Pedagogia dos processos de aprendizagem*, Lisboa, Ed. Asa, 1989.
- MORISSETTE, Dominique, GINGRAS Maurice, *Como ensinar atitudes. Planificar, intervir, avaliar*, Lisboa, Ed. Asa, 1990.
- PERRENOUD, Philippe, *10 novas competências para ensinar*, Porto Alegre, Art-med Editora, 2000.
- PIAGET, J., *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris, PUF, 1932.
- PIAGET, J., *Réussir et comprendre*, Paris, PUF, 1974.



Ficha de trabalho
VOC
Ano letivo 2016/2017
Módulo 7
Texto poético

Nome Nº

Após a leitura atenta do soneto, Amor é fogo que arde sem se ver, da autoria de Luís Vaz de Camões, reescreva/recrie o mesmo poema, mantendo a estrutura formal (duas quartetas e dois tercetos; rima).

Amor é um Fogo que Arde sem se Ver

Amor é um fogo que arde sem se ver;
É ferida que dói, e não se sente;
É um contentamento descontente;
É dor que desatina sem doer.

Amor é

É um não querer mais que bem querer;
É um andar solitário entre a gente;
É nunca contentar-se e contente;
É um cuidar que ganha em se perder;

.....

É querer estar preso por vontade;
É servir a quem vence, o vencedor;
É ter com quem nos mata, lealdade.

.....

Mas como causar pode seu favor
Nos corações humana amizade,
Se tão contrário a si é o mesmo Amor?

.....

Luís Vaz de Camões, in "Sonetos"







EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL: REALIDADE OU FICÇÃO?

Manuel Carlos Nogueira¹²³

Resumo: É comumente aceite, que as empresas sociais prestam uma contribuição positiva do ponto de vista económico, social e político, pelo menos a nível das comunidades onde se inserem. Esta contribuição reverte tanto para a sociedade como para os seus beneficiários. Este duplo benefício contribui para o alicerçar de relações de solidariedade, para o aumento da coesão social e do capital social, bem como contribuem positivamente para a economia local. Assim, ao gerarem receita mediante a comercialização de bens e serviços, reinvestem o lucro na empresa, o que potencia os seus fins sociais.

Palavras-chave: Empresas sociais; Economia social; Empreendedorismo social.

Classificação: JEL: A13; D64: I32; O35

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o Terceiro Setor (ou na terminologia europeia Economia Social e Solidária), tem estado em constante mudança, nomeadamente na Europa. Uma dessas mudanças ocorreu com a criação das empresas sociais. Estas usufruem de uma cultura e uma visão económica e social muito próprias e distintas da realidade das outras empresas.

Em termos europeus, muitas organizações sem fins lucrativos, transformaram-se em empresas sociais, ao começarem a transacionar bens e serviços de uma

¹²³ Instituto Superior de Serviço Social do Porto, CISSS, Universidade de Coimbra – Faculdade de Economia





forma permanente, para procurarem obter sustentabilidade e se emanciparem dos subsídios estatais. Essas empresas passaram a ter dois fins: o económico e o social, que se complementam, mas sempre com a preocupação de não esquecer este último, que esteve na sua génese.

Nos anos oitenta e noventa do século passado, em muitos países europeus, os estados delegaram no Terceiro Setor, muitos dos serviços que tradicionalmente lhes competiam assegurar. Para esse efeito, os estados passaram a efetuar transferências monetárias oriundas dos seus orçamentos, para o setor. Com o avolumar dos acordos de comparticipação celebrados e com a passagem de cada vez mais serviços efetuados pelos estados para o Terceiro Setor, este, por via disso ganhou uma importância acrescida, que foi aumentando com o decorrer dos anos.

Assim, mediante esta realidade, as instituições viram aumentar a sua atividade. Em termos europeus, a gestão que era muitas vezes exercida de uma forma voluntária, numa fase posterior, teve que passar a ser profissional, bem como a incidência do trabalho remunerado. Também a nível de modelos de gestão e de controlo interno, aproximaram-se dos modelos das empresas puramente mercantis.

O maior desafio que se coloca às empresas sociais, é conseguir um equilíbrio entre ambas as realidades, ou seja, um equilíbrio entre a componente social e a económica, sem comprometer nenhuma delas.

1. CONCEITO DE EMPRESA SOCIAL

De acordo com Defourny & Nyssens (2010), o conceito de empresa social surgiu em França a partir de 1970 e em Itália a partir de 1980, como resposta à satisfação de diversas necessidades a nível de integração pelo trabalho. Surgem, portanto, num contexto de crise social, económica e política. Esta criação inspirou outros países europeus, que foram introduzindo nos seus normativos, novas formas legais que abarcaram este conceito. As empresas sociais alargariam o mercado de trabalho e criariam novas oportunidades para pessoas com menores qualificações e mais desfavorecidas.

Para Ramos & Martín (2001), estas organizações passaram a ter outras exigências, nomeadamente o cumprimento dos acordos e de prazos, realização das atividades contratadas, bem como cumprir com os serviços adjudicados. Para este efeito, contrataram funcionários remunerados para a prestação das atividades sociais, mas em muitos casos mantiveram trabalho voluntário.





A coexistência de trabalho voluntário com trabalho remunerado nem sempre foi pacífica, gerando inúmeros conflitos internos, o que em muitos casos levou a decisões de terminar com o trabalho voluntário e a contratação de novos funcionários, fazendo aumentar os custos salariais.

Ainda para os mesmos autores, as direções continuaram a exercer o seu trabalho de uma forma voluntária, mas necessitaram de contratar funcionários especializados em diversas áreas funcionais, iniciando desta forma uma gestão mais profissional nas organizações sem fins lucrativos. Entre o início de práticas empresariais e a criação de empresas sociais foi um pequeno passo.

A forte dependência das transferências dos estados e dos seus organismos, levou a que muitas destas organizações optassem por diversificar as suas fontes de receitas promovendo ao mesmo tempo a mitigação de riscos, já que muitas vezes tinham os estados como único cliente. Esta diversificação, provocou de uma forma indireta o surgimento das chamadas empresas sociais. Com este surgimento a gestão passou a ser profissional e estas empresas passaram o ter uma maior autonomia financeira em relação aos estados.

Este processo provocou uma seleção natural. As organizações sem fins lucrativos que apesar de terem uma grande experiência de trabalho social com as comunidades e de articulação com a sociedade civil, mas que dispunham de insuficiências a nível de gestão, não conseguiram efetuar o processo de transição para empresas sociais, acabando por encerrar. Outras, continuam a sobreviver, mas com forte dependência dos subsídios estatais.

Para Ramos & Martín (2001), muitas das organizações sem fins lucrativos que contrataram gestores assalariados com total dedicação à empresa, foi fulcral em muitas transições bem-sucedidas.

Em termos de literatura científica, não existe uma definição consensual sobre o termo. De acordo com a Comissão Europeia (2013), as empresas sociais são consideradas uma forma diferente de fazer negócios, dado que desde a sua criação estão vocacionadas para a persecução de um determinado objetivo social.

Defourny & Nyssens (2008), reforçam a ideia da falta de consenso na Europa sobre o conceito de empresa social, contudo reconhecem existir em termos gerais um acrescido foco no desenvolvimento deste tipo de empresa. Consideram ainda que estas empresas atuam no âmbito do Terceiro Setor ou da Economia Social e Solidária, sendo exemplos disso, as organizações sem fins lucrativos, as cooperativas e as empresas privadas sem fins lucrativos.

Anteriormente Dart (2004), considerou que apesar da génese de muitas empresas sociais ter estado em organizações sem fins lucrativos, estas sofreram





transformações e hoje, situam-se numa estrutura híbrida, em que convivem lucros com a sua natureza de não terem fins lucrativos. Desta forma estas empresas passam a ter dois fins: sociais e económicos. As ferramentas económicas passaram a estar ao serviço do social.

De acordo com Tanttini & Troutot (2009), o equilíbrio entre o económico e o social nem sempre foi fácil de se alcançar. Se o económico prevalecer em relação ao social, pode-se cair no risco de instrumentalização e exploração dos seus beneficiários em detrimento dos fins sociais. Se pelo contrário, o social prevalecer em relação ao económico, pode acontecer perda de mercados e de potencialidades de exploração, que iria fazer diminuir os seus resultados, colocando em risco os seus fins sociais por falta de financiamento.

Em face desta ambiguidade de definições, a Comissão Europeia (2011), define que uma empresa social é “um agente empresarial da Economia Social, cujo objetivo principal é ter uma incidência social, mas que pode gerar lucros”. Esses lucros (excedentes), devem ser principalmente utilizados para fins sociais. A sua missão deve estar baseada em princípios democráticos e participativos, ou visando a justiça social.

Perante esta diversidade de conceitos, como podemos identificar uma empresa social? Uma empresa social, segue uma das três classificações seguintes:

- Empresas com fins lucrativos e com uma missão social;
- Organizações sem fins lucrativos, mas com uma vertente empresarial;
- Empresas híbridas.

As empresas com fins lucrativos servem em primeira instância propósitos sociais, mas legalmente podem distribuir dividendos pelos seus proprietários. As organizações sem fins lucrativos, mas com uma vertente empresarial, diferem das anteriores unicamente pelo facto de estarem legalmente impedidas de efetuar distribuição de dividendos pelos seus proprietários.

No tocante às empresas híbridas estas são de surgimento recente. Nalguns normativos jurídicos europeus é necessária a criação de duas entidades jurídicas distintas. Uma entidade deverá ter fins lucrativos e outra deverá ser criada com fins não lucrativos.

De acordo com Ko (2012), os lucros das atividades comerciais desenvolvidas são considerados meios estratégicos para apoiar os fins sociais. Normalmente essas atividades comerciais são consideradas como não rentáveis pelo setor privado e negligenciadas pelos estados.





Para Bull (2008), o surgimento de empresas sociais, está também ligado ao modelo de redistribuição de recursos seguidos pelos estados, aumentando a concorrência dentro do Terceiro Setor, e devido ao aumento do fosso entre ricos e pobres, bem como ao aumento do empreendedorismo de uma forma geral.

Em 1997, a *Emergence of Social Enterprise in Europe* (EMES) desenvolveu esforços na definição de critérios a que uma organização deve seguir para ser considerada empresa social. Para Defourny (2001), citando o trabalho do EMES, a empresa social deve seguir no todo ou em partes, quatro características económicas e cinco sociais:

1. A sua existência deve estar baseada num ciclo produtivo contínuo de bens e serviços;
2. Quem toma decisões é o empreendedor social, embora possa receber subsídios dos estados. Existe assim uma autonomia em relação às decisões de gestão;
3. Nível significativo de risco. A viabilidade financeira da empresa social depende dos esforços dos seus membros e estes assumem total ou parcialmente o risco da iniciativa;
4. Existência simultânea de trabalho remunerado com voluntariado;
5. No seu objetivo social devem estar explícitos os benefícios para a comunidade;
6. Devem resultar de iniciativas criadas por um grupo de pessoas que tenham determinadas necessidades;
7. Uma pessoa é igual a um voto;
8. Gestão democrática. A tomada de decisões envolve diferentes *stakeholders*;
9. Distribuição limitada de lucros. As empresas sociais não podem distribuir lucros ou apenas de uma forma limitada, existindo assim um equilíbrio entre encorajar o investimento nas empresas sociais e a sua utilização, essencialmente em benefício da comunidade (por exemplo no Reino Unido, só 35% dos lucros podem ser distribuídos, sendo que neste país em 2013 já existiam mais de 68.000 empresas sociais).

Vários países europeus têm procurado desenvolver a criação de empresas sociais e nesse sentido adotaram figuras jurídicas adaptadas às necessidades específicas do setor, sem esquecer que o negócio social parte de uma causa e assenta numa visão social em que o objetivo máximo é o impacto social e não propriamente a rentabilidade financeira.





2. O CONTRIBUTO DE MUHAMMAD YUNUS

Quando o tema é empresas sociais, não podemos deixar de referir o importante contributo efetuado pelo Bengali Muhammad Yunus, Prémio Nobel da Paz de 2006 e fundador do Grameen Bank, bem como autor do conceito de microcrédito. Através desta forma de crédito milhões de pessoas em todo o mundo conseguiram sair de uma situação de extrema pobreza. A corrente de pensamento que teve a sua origem em Muhammad Yunus, tem como principal preocupação o combate à pobreza e a situações que provocam exclusão social, sendo considerados assim como negócios inclusivos.

Para Yunus (2008), uma empresa social é dirigida como uma empresa convencional do setor lucrativo. A diferença é que o princípio da maximização do lucro é substituído pelo princípio do benefício social. As empresas sociais podem ajudar a minimizar a pobreza no mundo, pois ao não distribuírem dividendos, estes ficam retidos para novos investimentos, abarcando assim cada vez mais pessoas. Estas empresas criam produtos e serviços que beneficiam a população, combatendo problemas sociais como a pobreza e a poluição, ou melhorando o sistema de saúde e a educação. Seria uma nova forma de capitalismo muito mais humana e claramente direcionado para causas sociais.

Segundo Yunus (2008), para ser considerada uma empresa social, esta deve seguir alguns requisitos:

1. A missão do negócio é maximizar causas sociais e não o lucro;
2. A empresa por si só deverá obter a sua sustentabilidade tanto económica como financeira, assim, não deverá sofrer prejuízos indefinidamente.
3. Os investidores só poderão reaver a quantia investida, não tendo direito nem a dividendos nem a juros;
4. Depois do investimento ser reembolsado, o lucro fica na empresa para promover a expansão de negócios sociais;
5. As receitas podem ter origem tanto em fundos públicos com privados, contudo também devem provir dos bens e serviços produzidos que devem ter uma atividade contínua.

Ainda para Yunus (2008), o microcrédito, que deverá ser acessível às camadas mais desfavorecidas da população, ajuda a criar empresas sociais. Estas empresas provocam externalidades positivas em toda a sociedade, por via do retorno social que provocam, pela via da maximização dos benefícios sociais.





3. EMPRESAS SOCIAIS EM PORTUGAL

Em Portugal, e apesar de muitas organizações internacionais (Comissão Europeia, OCDE, etc.) reconhecerem méritos nas empresas sociais, ainda não é possível a sua constituição.

A própria Lei de Bases da Economia Social (Lei n.º 30/2013 de 8 de maio), não contempla a ideia de empresa social na sua verdadeira aceção, nem existe qualquer incentivo para a sua criação. Estas apenas se constituem através de estatutos legais e jurídicos tradicionais das organizações do Terceiro Setor, como sendo as cooperativas, as mutualidades e as associações.

Apesar do Projeto de Lei de Bases da Economia Social (2011), ter previsto no seu Artigo 13.º, a criação de empresas sociais (remetendo para a criação do respetivo regime jurídico), estas acabaram por ficar excluídas da versão final.

De acordo com o estudo “A map of Social enterprises and their eco-systems in Europe”, as organizações que mais se aproximam do conceito de empresas sociais, são as que usufruem de estatuto de Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS).

Por sua vez, de acordo com o Relatório EMES (1997), as CERCI (Cooperativa Para a Educação e Reabilitação de Cidadãos Inadaptados), são considerados os casos mais próximos do ideal tipo de empresas sociais.

4. CONCLUSÕES

Apesar de que em Portugal as empresas sociais ainda não adquiriam um estatuto jurídico próprio, mas na prática, tanto as IPSS como as cooperativas estão preparadas e têm desenvolvido negócios sociais, para se emanciparem do financiamento exclusivo do Estado. Em muitos países europeus existe legislação própria para as empresas sociais, mas em Portugal a lei ainda não acompanhou essa mudança.

É necessário criar no normativo jurídico português, novas figuras jurídicas especialmente adequadas a acomodar o desenvolvimento de negócios sociais e a atrair investidores sociais, dado que as existentes, não dão respostas adequadas ao desenvolvimento de negócios sociais. Essas figuras jurídicas devem ser claras, seguras e estáveis. Também será necessário considerar a atribuição de benefícios fiscais, que promovam a atratividade do investimento social.





Dado que a sustentabilidade de muitas entidades da Economia Social passa pela capacidade de gerar receitas alternativas, reduzindo assim a dependência de fundos públicos, parece-nos adequado que a rentabilidade obtida com os negócios sociais, poderá promover essa sustentabilidade. O desenvolvimento de negócios sociais, através da sua estrutura societária existente ou modificada, contribuirá para ampliar os seus propósitos sociais.

Opinião unânime é que as empresas sociais devem construir modelos de negócios sustentáveis, visando afetar positivamente as comunidades em que se inserem. Estas externalidades devem estar bem refletidas nos Relatórios de Impacto Social, bem como utilizar métricas fidedignas para medir esses impactos. Assim, conseguirão sensibilizar os poderes políticos e os potenciais investidores sociais, para a necessidade de intensificar a atenção prestada ao setor, e quem sabe, uma forma de pressão junto do poder político, no sentido de regulamentar as empresas sociais.

BIBLIOGRAFIA E WEBGRAFIA

ANTONIN-TATTINI, V. & BRUTTIN, M-D (2009). *Entreprises sociales d'insertion en Suisse: le revers de la dépendance aux dispositifs publics d'insertion*. In: Viviane Guerdan et. all. (éds). Berne:Peter Lang, pp. 119-129.

BULL, M. (2008), "Challenging tensions: critical, theoretical and empirical perspectives on socialenterprise", *International Journal of Entrepreneurial Behaviour and Research*, Vol. 14, n.º 5, pp. 268-75.

DART, R. (2004). The legitimacy of social enterprise. *Nonprofit Management & Leadership*, Vol. 14, Issue 4, Summer 2004, 411-424.

DEFOURNY, J. "Introduction: from third sector to social enterprise". In: BORZAGA, C.; Defourny, J. (Eds.). *The emergence of social enterprise*. London: Routledge, 2001, pp. 1-28.

DEFOURNY, J., & NYSSSENS, M. (2008). "Social enterprise in Europe: recent trends and developments". *Social Enterprise Journal*, Vol. 4 (Issue 3), 202-228.

DEFOURNY J. & NYSSSENS, M. (2010). "Social Enterprise". In K, Hart, J-L. Laville & D. Cattani, eds., *The Human Economy: A Citizen's Guide*, Polity Press, Cambridge, pp. 284-292.

European Commission (2015b). "A map of social enterprises and their eco-systems in Europe – Country Report: Portugal". *Employment, Social Affairs and Inclusion Office*. Consultado a 11 de novembro de 2017, em <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?pager.offset=20&langId=en&mode=advancedSubmit&year=0&country=0&type=0&advSearchKey=socentcntryrepts&orderBy=docOrder>

KO, S. (2012). "Viability of Social Enterprise: the spillover effect". *Social Enterprise Journal*, Vol. 8, n.º 3, 251-263.





RAMOS, F., & Martín, M. (2001). “Tendencias en la Evolución de las Organizaciones no Lucrativas hacia la Empresa Social”. *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 37, 79-111.

“Social business initiative”. Consultado a 10 de novembro de 2017 em <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.en.int-opinions.20965>

YUNUS, M. (2008). *Creating a world without poverty – Social business and the future of capitalism*. Bangladesh: PublicAffairs.







TEMA III

Práticas de Intervenção emancipatórias







LA SOLIDARIDAD EN EL PROYECTO HISTÓRICO DE EMANCIPACIÓN HUMANA EN BRASIL: EL IMPACTO DE LAS CONSULTAS A LOS INTERESADOS, LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS Y OTRAS ACTIVIDADES PARTICIPATIVAS ON-LINE EN LA AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (PhD en UGF)

Universidad Veiga de Almeida (UVA)

Pedro D. Peralta (PhD en UCM)

Universidad Complutense de Madrid (UCM)

Carina Gouvêa (PhD en UNESA)

Universidad Federal Rural de Pernambuco (UFRPE)

Resumen: La investigación examina el estado de la cuestión sobre democracia participativa, fortalecimiento institucional y principios de buena gobernanza, desarrolladas en Brasil a partir de la Constitución de 1988. Entre otros, analiza la paulatina incorporación en las políticas públicas de los principios de democracia participativa y su alineamiento con los principios internacionalmente aceptados de participación de la sociedad y consulta a las partes interesadas en el marco RIA, centrándose en particular en los instrumentos de participación social aplicados por ANVISA – Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria. La investigación analiza brevemente los principales elementos de legislación sanitaria brasileña, y su encaje dentro de las prioridades sociales a partir del estudio de las competencias, estructura y del papel regulador asignado a ANVISA, organismo público con funciones ejecutivas encargado de la autorización para la puesta en el mercado, y seguimiento de productos sanitarios.

Palabras claves: Participación democrática; Regulación sectorial; Gobernanza.





1. INTRODUCCIÓN

La creación de ANVISA – Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, organismo ejecutivo y regulador adscrito al Ministerio de Salud. El objetivo institucional de la Agencia es promover la protección de la salud de la población a través del control sanitario de la producción y comercialización de productos y servicios sujetos a condiciones sanitarias, incluidos procesos, insumos y tecnologías. Las competencias asignadas a ANVISA, dentro del sistema regulador, son: (i) la acción reglamentaria y de inspección sobre los servicios prestados, productos e insumos sanitarios y terapéuticos de interés para la salud; (ii) la evaluación permanente de riesgos y su prevención; y (iii) la posibilidad de interacción constante con la sociedad, en términos de promoción de la salud, ética y derechos de la ciudadanía.

Por otro lado, la Constitución Brasileña de 1988 señala las vías para la efectiva aplicación de un nuevo modelo de democracia imbricada en la participación pública – entendida de forma amplia –, yendo más allá de los tradicionales mecanismos de participación popular (referéndum e iniciativa popular).

En ese contexto, introdujo una clara innovación en políticas públicas sancionadas en sede constitucional, estableciendo sistemas de consulta, audiencias públicas y participación on–line (webinar) como mecanismos de participación pública. Su presencia en el escenario jurídico y político ha sido refrendada en la práctica a lo largo de estos años a través de las actividades del Poder Legislativo y de las competencias reguladoras y normativas otorgadas a las Agencias Reguladoras, como es el caso de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria – ANVISA –, objeto de la investigación. El enfoque metodológico se centra en la revisión de literatura integrada y la investigación de datos de impacto de políticas públicas presentados en el Portal de ANVISA (considerados en el análisis como datos oficiales) para entender el funcionamiento y la efectividad de la participación de la sociedad.

El presente análisis incorpora también ejemplos de audiencia pública, participación de los interesados y difusión on-line como mecanismos de participación social y expone sus elementos orientadores y los procesos de gobernanza aplicados por la Agencia. El resultado esperado es valorar si la participación pública es eficaz para alcanzar los fines propuestos o cabe una participación más estrecha en las actividades de ANVISA Relativas a la salud que afectan a toda la sociedad en su conjunto.





2. ANÁLISIS DE IMPACTO REGULATORIO (RIA - REGULATORY IMPACT ASSESSMENT) Y LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD

Tomando en cuenta los elementos relevantes que inspiran la legislación brasileña de salud pública se hace necesario comprender, con carácter previo, el impacto de los principios de buena gobernanza que inspiran las políticas públicas a partir del análisis de las competencias, estructura y funciones reguladoras asignadas a ANVISA. El alineamiento de ANVISA con estos principios, su papel en la formulación de políticas internas y las tendencias globales del mercado de productos de la salud, debe prestar especial atención al papel coordinador de las organizaciones internacionales para la armonización y estandarización. En este contexto, la asunción de los principios del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA), tal como han sido formulados a nivel internacional (OCDE, Unión Europea) es un elemento esencial para garantizar las prácticas de buena gobernanza en este marco.

Alguna agencia descentralizada brasileña ya se encuentra activamente involucradas en el proceso de implementación de procedimientos, principios y procedimientos de RIA (MOREIRA DE CASTRO, 2014), llevando en este aspecto la delantera a las autoridades centrales y locales (autoridades federales, estatales y municipales). Entre ellas se incluye ANVISA cuya misión principal es garantizar la calidad, eficacia y seguridad de los productos y servicios de salud comercializados en el país, que lleva a cabo estas tareas asignadas en un contexto de mercado fuertemente globalizado, donde la consulta a los interesados es un requisito fundamental.

Sin embargo, este proceso de convergencia con los estándares internacionales a través de la aplicación de RIA, viene mostrando fuertes limitaciones en países en desarrollo y en particular en Brasil debido a las fuerzas políticas alternantes que operan en contextos domésticos, que influyen en la aplicación efectiva de los principios RIA en Brasil (PECI, 2011).

2.1. Aplicación de RIA en ANVISA

Tomando el ejemplo de ANVISA para establecer objetivos, productos y herramientas, debemos enfocarnos en sus objetivos principales de esta agencia. En el mercado fuertemente globalizado, la misión principal de la Agencia es garantizar la seguridad de la eficacia de los productos sanitarios teniendo en





cuenta que, entre las industrias avanzadas tecnológicamente, el sector biofarmacéutico tiene el mayor gasto en I + D por trabajador de todos los sectores, y supera ampliamente el promedio de gastos en otras áreas en más del 57 por ciento – Brookling Institution (PECI, 2009).

La adopción por ANVISA de los principios de buenas prácticas, su papel en la formulación de políticas internas y las tendencias globales de este mercado, prestando especial atención al papel coordinador de las organizaciones internacionales para la armonización y la normalización., se han insertado en su Orientación de Servicio (OS) n.º 2, promulgada el 27 de julio de 2009, que aplica RIA en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, RIA también opera como un conjunto multifactorial de opciones, lo que vuelve el foco también a las competencias de las administraciones públicas para redirigir sus elecciones a las opciones más apropiadas en ausencia de una decisión individual óptima, buscando un equilibrio en términos del óptimo de Pareto (el beneficio de una de las partes no puede aumentarse sin penalizar las expectativas de los demás). En este proceso, es difícil equilibrar todos los intereses involucrados. Por ejemplo, el retraso en la aprobación de un fármaco oncológico podría conducir a una mayor tasa de fallecimientos en comparación con otros sistemas similares en otros países (BARRIOS, DEBIASI, LOPES, BARROS, 2016)

En consecuencia, el organismo concentra también poder reglamentario, definido como el poder normativo de elaboración o revisión de normas infra regulatorias, debilitando más ese papel de los ministerios (PECI, 2011).

3. LA CONSOLIDACIÓN DE LA ANVISA COMO AGENCIA REGULADORA DE LA SOCIEDAD

Para ayudar en la efectividad de la participación de la sociedad fui construido un instrumento de gestión que confiere mayor transparencia, previsibilidad y eficiencia para el proceso regulatorio de la Agencia, ya que divulga, para un determinado período, las prioridades que demandan actuación de la autoridad reguladora sobre sus objetos de intervención sanitaria – una Agenda Regulatoria de la ANVISA, creada en 2009. El proceso de construcción de la Agenda Regulatoria de ANVISA prevé la participación de la sociedad para





identificar los problemas encontrados por diferentes actores sociales, afectados diariamente por las acciones de ANVISA¹²⁴.

El objetivo de la Agenda Regulatoria para el Ciclo Cuadrienal 2017-2020 es perfeccionar el marco regulatorio sanitario en la esfera federal, estando, por lo tanto, alineado a la Planificación Estratégica de la ANVISA (2016/2019). Se espera que la Agenda Regulatoria sea uno de los instrumentos para la gestión del stock regulatorio (BRANDÃO, 2013).

Entre las funciones de la Agenda Regulatoria, se destaca la definición de temas prioritarios a partir de la identificación de problemas. En este sentido, los participantes serán invitados a describir el problema que enfrentan, quién son los sujetos afectados, cuáles son las consecuencias de este problema, para luego correlacionarlo a una biblioteca de temas¹²⁵. Además, el mecanismo de consulta permite a los participantes encaminar evidencias del problema señalado, contribuyendo a la racional priorización de temas relevantes y urgentes.

4. “DEMOCRACIA PARTICIPATIVA”: LAS CONSULTAS, AUDIENCIAS PÚBLICAS Y WEBINAR COMO MODELO DE INTERVENCIÓN SOCIAL

4.1. Principios fundamentales de la Democracia Participativa en la Constitución Brasileña de 1988

“Democracia Participativa”, es una terminología amplia. No sólo se emplea en procesos legislativos informativos, sino también en los propiamente participativos, a través de los cuales la Administración Pública consulta a la población sobre cuestiones puntuales. En este sentido, se pueden citar los mecanismos de audiencia, consultas y audiencias públicas, consejos, reuniones en asociaciones de los vecinos u otras asociaciones, representantes del gobierno y otros afines (TELLES, 1998).

¹²⁴ También se prevé la participación del Sistema Nacional de Vigilancia Sanitaria como un todo, contando con representantes de vigilantes sanitarios estatales, distritos y municipales, y de laboratorios de la Red Nacional de Laboratorios de Vigilancia Sanitaria (RNLVISA). (Brandão, 2013).

¹²⁵ La biblioteca de temas de actuación regulatoria fue construida a partir de la clasificación del stock regulatorio de ANVISA en procesos/exigencias y productos servicios regulados por la Agencia. (Brandão, 2013).





Esa “participación directa y activa” de la sociedad en que se permite una percepción de la realidad y de los problemas en acciones conjuntas con el Poder Público en la solución de las demandas sociales, coincide con la promoción de una agenda de debates de ideas. Los presupuestos participativos directos y activos son las conferencias y las audiencias públicas como herramientas de este modelo de participación (ROCA, 1992). Su fundamento se encuentra en la Constitución Brasileña de 1988:

Art. 1.º La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

II – la ciudadanía. (...)

*Parágrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución*¹²⁶. (traducción libre)

Durante las etapas de participación interna y social (Diálogos Internos y Diálogos Sectoriales, respectivamente) se espera que se enumeran problemas relacionados con innovaciones, nuevas enfermedades y otras situaciones de emergencia en salud pública, además de problemas relacionados con el marco legal de ANVISA (COSTA, 2009).

La primera etapa es la publicación de *Ediciones de llamada*, con el objetivo de subsidiar el proceso de regulación sanitaria y ampliar la discusión sobre temas. ANVISA también puede hacer uso de edictos de Llamamiento Público y de edictos de Requerimiento, que permiten el envío de manifestaciones, contribuciones, datos e informaciones de los agentes económicos y de los demás actores de la sociedad (RAMALHO, 2009).

Seguidamente, la ejecución de las consultas, audiencias y foro de discusión en la herramienta virtual que funciona como un fórum o *chat* – webinar. Se destaca que las manifestaciones recibidas de la sociedad no tienen carácter decisorio sobre los asuntos abiertos a la discusión y, por lo tanto, no se computan como voto, sino que poseen el objetivo de obtener información básica de la sociedad para el proceso de toma de decisiones por el directorio de la Agencia.

¹²⁶ Art. 1.º 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. (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accedido en 23 de Agosto de 2017.



5. ANÁLISIS DE LOS PROCESOS DE CONSULTA DE LOS INTERESADOS, AUDIENCIAS PÚBLICAS Y WEBINARS EN EL SISTEMA DE REGLAMENTACIÓN DE LA ANVISA

5.1. Datos de consultas públicas abiertas en octubre de 2017

Actualmente, lo modelo aplicable para el envío de las opiniones y posturas de actores de la sociedad es el sistema electrónico FormSUS¹²⁷. Después del cierre el plazo de la consulta pública, el área responsable consolida los datos obtenidos, es decir, analiza todas las contribuciones recibidas y define cuál será el texto final del acto normativo. Los actos normativos de ANVISA pueden ser consultados por medio del *Salude Legis*, o en El Portal de la Agencia, página de Consulta Pública.

Después de la publicación del acto normativo en el DOU, el área técnica es responsable de proporcionar el Informe de Análisis de las Contribuciones (RAC), que presenta los resultados consolidados de la Consulta Pública y los comentarios del área sobre cambios realizados en el dispositivo. Abajo se listan las consultas públicas abiertas por ANVISA en octubre de 2017 que, todavía no se han cerrado como muestra:

DATA	TEMA	OBS
Consulta Pública n.º 414 de 19/10/2017	Propuesta de Resolución del Directorio Colegiado que dispone sobre los criterios y procedimientos para la importación, en carácter excepcional, de productos sujetos a la vigilancia sanitaria sin registro en la ANVISA, en los términos del § 5, del art. De la Ley n.º 9.782 de 1999, y del artículo 5, del art. 7º del Decreto n.º 8.077 de 2013, destinados exclusivamente para uso en programas de salud pública, por el Ministerio de Salud y sus entidades vinculadas.	http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#visualizar/359630

¹²⁷ Disponible en: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/0/TutorialFormSUS_NovoFormulario_ConsultaPublica.pdf/14f23a37-1d3d-4bc8-8c2e-fe0767c201a8>. Accedido en 17 de Septiembre de 2017.





DATA	TEMA	OBS
Consulta Pública n.º 413 de 18/10/2017	La propuesta de resolución que incluye la cultura de begonia, gerbera, kalanchoe, calandria, lirio, orquídeas y violeta en la modalidad de empleo (aplicación) foliar, con LMR e IS no determinado por tratarse de uso no alimentario; en la monografía del ingrediente activo M45 – Mandipropamida	http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#visualizar/359635
Consulta Pública n.º 412 de 18/10/2017	La propuesta de resolución que incluye la cultura de la alstroemeria, clavel, crisantemo, gerbera, gladiolo, lirio, lisianthus, orquídea y rosa en la modalidad de empleo (aplicación) foliar, con LMR e IS no determinado por tratarse de uso no alimentario; en la monografía del ingrediente activo C47 – Ciprodinil.	http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#visualizar/359634
Consulta Pública n.º 411 de 18/10/2017	La propuesta de resolución que dispone sobre la inclusión de la cultura del chuchu en la modalidad de empleo (aplicación) foliar, con LMR de 0,1 mg / kg e IS de 07 días, en la monografía del ingrediente activo D39 – DIME-TOMORFE, contenido en la Relación de Monografías de los Ingredientes Activos de Agrotóxicos, Domisanitarios y Preservantes de Madera.	http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#visualizar/359633
Consulta Pública n.º 410 de 18/10/2017	La propuesta de Resolución que dispone sobre la inclusión de la cultura de antúrio, crisantemo, lisianthus en la modalidad de empleo (aplicación) foliar, con LMR e IS no determinado por tratarse de uso no alimentario; en la monografía del ingrediente activo D36 – DIFENOCO-NAZOL, contenido en la Relación de Monografías de los Ingredientes Activos de Agrotóxicos, Domisanitarios y Preservantes de Madera.	http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#visualizar/359632

Font: Consultas públicas ANVISA. Disponible em: <<http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas/#/>>. Accedido en 02 de septiembre de 2017.





5.2. Datos de audiencias públicas de 2014 a 2017

La Audiencia Pública propicia el debate público y presencial con representantes de la sociedad civil y con los actores afectados por la actuación regulatoria. En la práctica, se trata de una modalidad de consulta pública, pero con la particularidad de materializarse por medio de debates orales en sesión previamente designada para ese fin.

Parte de la Instrucción Complementaria de una propuesta regulatoria, en la Audiencia Pública se realiza una reunión presencial abierta a todos los interesados en la propuesta. El Aviso de Audiencia Pública – incluyendo fecha, lugar, período, horarios de recepción de contribuciones, la programación, así como el objetivo, la forma de inscripción y participación – debe ser publicado en el Diario Oficial de la Unión y puesto a disposición en el portal de ANVISA con antelación mínimo de 15 días para su realización. Abajo, la lista de Portal ANVISA sobre las Audiencias Públicas de 2014 a 2016 como muestra:

DATA ¹²⁸	TEMA	OBS
Audiencia Pública n.º 2 de 02/03/2016	Mejor forma de actuación regulatoria sobre uso de grasa trans industrial en alimentos	http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#/visualizar/310400
Audiencia Pública n.º 3 de 11/10/2016	Información sobre la etiqueta y el prospecto de agrotóxicos y su clasificación toxicológica – obtener subsidios e informaciones adicionales a las propuestas de Resoluciones que disponen sobre la evaluación toxicológica en el ámbito de la Consulta Pública n.º 261, de 10 de octubre de 2016 y sobre la clasificación toxicológica, Consulta Pública n.º 262 de 10 de octubre de 2016.	http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#/visualizar/329017

¹²⁸ las audiencias públicas referentes a 2017 no fueron lanzadas en el Portal de la ANVISA, lo que dificulta la precisión de la investigación y el levantamiento de los datos para un análisis de los hechos. Algunas de 2016, 2015 y 2014 también no están con resultados em el Portal ANVISA a disposición de la sociedad.





DATA	TEMA	OBS
Audiencia Pública n.º 4 de 02/12/2016	Implantación del Sistema Nacional de Control de Medicamentos	http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#visualizar/337432
Audiencia Pública n.º 1 de 17/04/2015	Etiquetado de alérgicos	http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#visualizar/26245
Audiencia Pública n.º 1 de 31/01/2014	Informe gerencial de Comercialización para el primer semestre de 2014	http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#visualizar/26251

Font: Audiencias Públicas ANVISA. Disponible em: < <http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas/#>>. Accesible em 02 de septiembre de 2017.

5.3. Datos de las actividades on-line (Webinar) de ANVISA – 2017

Webinar ANVISA es un nuevo formato utilizado por la Agencia para discutir cuestiones técnicas con los usuarios. Es una conferencia virtual, transmitida por Internet, en la que los participantes pueden interactuar a través de





un servicio de mensajería, configurado como chat, y enviar preguntas al orador. Los vídeos también están disponibles para ver después, en cualquier momento. Abajo se enumera la lista de las transmisiones realizadas por ANVISA en segundo semestre de 2017 como muestra¹²⁹:

DATA Y HORA	AREA	TEMA	OBS
20 de octubre de 2017, a las 15h	Tecnovigilancia	Acciones de campo en tecnovigilancia	Archivo en desarrollo
05 de octubre de 2017, a las 15h	Agrotóxicos	Catastro de Estudios de Residuos	Quinta edición en archivo
25 de septiembre de 2017, a las 15h	Productos para la salud	Estrategias para minimizar las exigencias en los registros de equipos médicos en la actualidad	Preguntas y respuestas de la cuarta edición en Portal ANVISA
04 de septiembre de 2017, a las 15h	Productos para la salud	Estrategias para minimizar exigencias en registros de materiales de uso en salud	Tercera edición en archivo
10 de agosto de 2017, a las 15h	Productos para la salud	Estrategias para minimizar las exigencias técnicas en los procesos de productos para diagnóstico in vitro	Preguntas y respuestas de la segunda edición en Portal ANVISA

Font: Webinar de ANVISA. Disponible em: <<http://portal.anvisa.gov.br/webinar>>.

Accesible em 02 de septiembre de 2017.

En ese contexto, se constata que estas herramientas posibilitan el trabajo del asistente social para intervenciones reglamentarias y pueden derivar en resultados concretos en las condiciones materiales, sociales y culturales que rigen la vida de los usuarios, en su acceso y usufructo de políticas sociales, programas, servicios, recursos y bienes, en sus comportamientos, valores,

¹²⁹ Ha transmisiones em 2017 en Portal ANVISA que están em aberto, sem resultado por estaren em andamiento.





su modo de vivir y pensar, sus formas de organización y su participación social¹³⁰.

6. CONCLUSIONES ARTICULADAS Y SUGERENCIAS

Para mejorar el mecanismo de participación público en ANVISA se sugieren las acciones siguientes:

1.º – La idea de ANVISA de fomentar la participación de la sociedad está en proceso de estudio después de 5 años de desarrollo de la herramienta participativa. Brasil se inserta en la economía mundial como un actor relevante dentro de la Globalización y por tener políticas inclusivas por su multiculturalismo y diversidad, de ahí, se sugiere que las discusiones tengan traducción simultánea en lengua inglesa cuando se trata de asuntos internacionales. La barrera del lenguaje es un obstáculo para dar efectividad a la política de participación pública en el proceso decisorio de la Agencia.

2.º – Los actores sociales que participan en las discusiones suelen ser siempre los mismos, lo que es fácil de demostrar por las grabaciones que se exhiben en Internet. Para extender la participación a otros actores sociales, se sugiere una mayor divulgación de este espacio democrático abierto a la sociedad. La efectividad de los instrumentos de participación pública no obtiene por tanto la divulgación necesaria, lo que es contrario a los principios de buenas prácticas y gobernanza de la Agencia.

3.º – Para calificar el proceso reglamentario, ANVISA necesita imperiosamente mejorar sus mecanismos de consulta a la sociedad, así como ampliar y perfeccionar los métodos de presentación de la información, generando así mayor participación del público interesado, con una mejora consecuente de las reglas de gobernanza establecidas por la Agencia. Las opiniones recibidas por ANVISA deben tener carácter vinculante sobre los asuntos abiertos a discusión y no sólo carácter informativo.

¹³⁰ Si de forma general el desarrollo de la profesionalización del Servicio Social en la sociedad está asociado a la progresiva intervención del Estado en los procesos reguladores de la vida social. En Brasil, las particularidades de ese proceso expresan que el Servicio Social, en cuanto profesión, se institucionaliza y legitima como uno de los recursos movilizados por el Estado, en la perspectiva de enfrentamiento de secuelas como la poca participación de la sociedad – denominada cuestión social (YAZBEC, 2009).





7. REFERENCIAS

ANVISA. *Agenda Regulatoria*. Disponible em: <<http://portal.anvisa.gov.br/sai-ba-mais2>>. Accedido en 02 de septiembre de 2017.

_____. Dados das CONSULTAS PÚBLICAS DOS INTERESSADOS. Disponible em: <[http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas#/>](http://portal.anvisa.gov.br/consultas-publicas#/)>. Accedido en 02 de septiembre de 2017.

_____. Dados das AUDIENCIAS PÚBLICAS. Disponible em: <[http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas#/>](http://portal.anvisa.gov.br/audiencias-publicas#/)>. Accedido en 02 de septiembre de 2017.

_____. Dados da WEBINAR. Disponible em: <<http://portal.anvisa.gov.br/webinar>>. Accedido en 02 de septiembre de 2017.

BARRIOS, P. M.; DEBIASI, M.; LOPES, G.; BARRIOS, C. H. P. “Impact of Regulatory Delays in Drug Approval: Mortality and Morbidity Due to With Lack of Access to Crizotinib”. In: *Brazil. Journal of Thoracic Oncology*, vol. 11, p. 215, 2016.

BRANDÃO, Dagoberto de Castro. *Dificuldades, progressos e desafios da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)*. Monografia (Especialização em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accedido en 23 de agosto de 2017.

COSTA, E. A., *Vigilância Sanitária: temas para debate* [online]. Salvador: EDUFBA, 2009. 237 p. ISBN 978-85-232-0652-9. Available from SciELO Books: <<https://static.scielo.org/scielobooks/6bmrk/pdf/costa-9788523208813.pdf>>. Accedido en 15 de septiembre de 2017.

LANDIM, Leilah (org.) *Ações em Sociedade: Militância, caridade, assistência etc.* Rio de Janeiro: Ed. NAU, 1998.

MOREIRA DE CASTRO, Camila. “Alguns aspectos da implementação da Análise de Impacto Regulatório no Brasil”. *Rev. Adm. Pública* vol. 48 n.º 2, Rio de Janeiro Mar./Apr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121359>.

PECI, Alketa. “Avaliação do Impacto Regulatório e sua Difusão no Contexto Brasileiro”. In: *RAE*. São Paulo. n v. 51 n.º 4 jul/ago. 2011. pp. 336-348.

_____. *Experiência do Brasil em AIR: estudo-piloto.ppt*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL 2009 — PRO-REG. Material didático. 2009. Disponible en: <www.regulacao.gov.br>. Accedido en 5 novembre de 2017.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. São Paulo: RT, 2009.

ROCA, Joaquin Garcia. *Público y privado en la Accion Social dei Estado de Bienestar al Estado Social*. Madrid, Editorial Popular, 1992.

TELLES, Vera da Silva. “No fio da Navalha: entre carências e direitos”. *Revista Polis* n.º 30, São Paulo, 1998.

YAZBEC, Maria Carmelita. “Voluntariado e profissionalidade na intervenção social”. In: SERRA, Rose (Org) “Democracia e Serviço Social”. In: *Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n.º 19, Rio de Janeiro, 2009.







CORPOREIDADES CRÍTICAS E A CRISE DEMOCRÁTICA NO BRASIL

Fernanda Martins

(doutoranda em Ciências Criminais pelo Programa de Ciências Criminais da PUCRS, bolsista CAPES e professora de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal na UNIVALI.

Augusto Jobim do Amaral

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (mestrado/doutorado) da PUCRS

Resumo: O presente trabalho pretende apontar ensaios iniciais sobre a crise democrática no Brasil, pensada através do feminismo e das políticas plurais de enfrentamento aos marcos pré-constituídos da democracia. Tendo em vista a multiplicidade de demandas e de características da violência estatal que hoje recaem sobre os corpos das mulheres brasileiras, este ensaio propõe repensar às potências críticas no agir feminista de ações coletivas e de uma prática fundada na teoria feminista como ponto de partida.

Palavras-Chave: Movimentos feministas; resistência política; democracia; Brasil.

*É preciso ir ao encontro da vida para buscar forças para resistir!*¹³¹

¹³¹ CARNEIRO, Sueli. *Racismo, Sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.





1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende apontar ensaios iniciais sobre a crise democrática no Brasil, pensada através do feminismo e das políticas plurais de enfrentamento aos pré-constituídos da democracia. Tendo em vista a multiplicidade de demandas e de características da violência estatal que hoje recaem sobre os corpos das mulheres brasileiras, este ensaio propõe repensar às potências críticas no agir feminista de ações coletivas e de uma prática fundada na teoria feminista como ponto de partida.

É através da possibilidade de trilhar novos caminhos políticos que o recorte aqui enfrentado propõe encarar a situação de crise democrática do Brasil como uma possibilidade de *acontecimento*, como um evento singular passível de *luta radical e de resistência pela vida* diante da vulnerabilidade que marca nossos corpos neste instante.

Talvez, assim, seja a vez de quem sabe questionar um saber estabelecido, descartar as verdades instauradas de um corpo *necropolítico*¹³² opaco – o qual buscamos representar como democrático – e desconectado da materialidade das vidas vividas. De fato privilegiar corpos que urgem em aparecer na multiplicidade temporal e espacial do que chamamos política. E se para estilizar as verdades racionalizadas de um projeto político de violência *falologocêntrica*¹³³ é necessário emitir notas especiais capazes de fazer vibrar até o espesso maciço naturalizado das violências civilizadas, que seja este o nosso grito de ação.

¹³² MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Espanha: Editorial Melusina, 2011.

¹³³ *Logocentrismo*: “metafísica da escritura fonética que em seu fundo não foi mais – por razões enigmáticas mas essenciais e inacessíveis a um simples relativismo histórico – do que o etnocentrismo mais original e mais poderoso, que hoje está em vias de se impor ao planeta, e que comanda, numa única e mesma ordem: o conceito de escritura; 2. *A história da metafísica*; 3. *Conceito de ciência*.” pp. 3-4. DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 2006. Feminismo como “toda crítica ao falocentrismo é desconstrutiva e feminista, e toda desconstrução comporta um elemento feminista.” DERRIDA, Jacques. “Entrevista con Cristina de Peretti”. In: *Política y sociedad*, Madrid, n.º 3, 1989. *Falocentrismo*: “A autoridade e a autonomia (mesmo se se submetem à lei, este assujeitamento é liberdade), são, por este esquema, mais próximos do homem que da mulher, e mais próximos da mulher do que do animal. E, bem entendido, mais próximos do adulto do que da criança. A força viril do macho adulto, pai, marido ou irmão pertence ao esquema que domina o conceito de sujeito” DERRIDA, Jacques. *Acts of literature*. Nova York and London: Routledge, 1992, p. 294. Sobre tudo, cf. DERRIDA, Jacques. *Esposas: os estilos de Nietzsche*. Rio de Janeiro: NAU, 2013.





O recalque dos fatos que nos assolam, na busca incansável por seus ecos, deve ser enfrentado através da *profanação do improfanável*¹³⁴, da memória restituída ao uso comum para além das mortes tomadas como sacrifícios legitimados pela lógica econômica da estabilidade política. Memória emergente como recuperação dos direitos aniquilados por esse processo de golpe de Estado, marcadamente constituído pela sucessão de práticas de extermínio produzidas pela negociação neoliberal desenvolvimentista.

2. MASCULINIDADES ESTATAIS

Nesse sentido, apontar as constituições de uma sociedade dada pelo *masculino universal*, vértice de estruturas caracterizadas por formas de pensar hegemônicas e baseadas na colonialidade etnocêntrica, no racismo e no sexismo, na separação corpo/mente e na primazia do pensamento abstrato universalista tornou-se tarefa urgente. Desde num modelo filosófico, político, social e jurídico calcado em categorias identitárias fixas, consolidado e reverberado contemporaneamente, parece necessário questionar se não serão estes mesmos recalques apenas reflexos do profundo processo de emudecimento das vozes dos *subalternos*¹³⁵ sempre presente nas ações genocidas, em especial sobre as populações negra¹³⁶ e indígena¹³⁷ do Estado brasileiro.

Propõe-se, portanto, neste espaço, uma leitura sobre o *político* como fissura desde as vozes silenciadas, para que se possa romper as angústias do recalque do lado obscuro de nós mesmos¹³⁸, possibilitando, quem sabe, “uma releitura

¹³⁴ AGABEM, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

¹³⁵ Cf. SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

¹³⁶ Cf. FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. CARNEIRO, Sueli. *Racismo, Sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011. NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do Negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

¹³⁷ Cf. CARELLI, Vincent; CARVALHO, Ernesto de; Tita. Documentário *Martírio*, produtoras Papo Amarelo e Vídeo nas Aldeias, 2017.

¹³⁸ Cf. ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.





transversal, que nos [faça] compreender nosso tempo com a ajuda de fatos e gestos das [nossas] sociedades passadas¹³⁹ como possibilidade de burlar a repetição autoritária e estabelecer a ética e a justiça como reais suportes do agir diante dos fatos políticos que nos atingem.

Ademais, deve-se insistir desde logo como premissa, diante da marca masculina forjada sob sólidos pilares identificantes e anuladores da alteridade¹⁴⁰, que a assunção da *temporalidade* passa por reconhecer que ato e repetição (iterabilidade) constituem a *performatividade* de gênero, pois a “linguagem atua sobre nós antes que atuemos e continua atuando no mesmo momento em que atuamos”¹⁴¹. Ou seja, se a *vulnerabilidade* é estar “exposto a linguagem antes de qualquer possibilidade de formar ou formular um ato discursivo”, aqui se entendendo o feminismo, ao menos em parte, como “um termo político, um questionamento do poder e da possibilidade de mudança, e não somente [como] uma questão de técnica.”¹⁴², convoca-se uma peculiar reflexão sobre a repetição compulsiva da morta como lógica permanente das práticas estatais que traduzem o *político brasileiro*. Encarar o avanço conservador atual passa, noutros termos, por exigir o afastamento dos mitos de pureza e, principalmente, atravessar os olhos pelos debates feministas da política, instante subversivo que coloca em xeque as promessas da permanência de um *estado de injúria*¹⁴³ representado pelo masculino heteronormativizador.

É neste contexto de debate sobre as candentes questões do feminino, que se compreende que falar *com* e *através* do debate feminista torna-se sempre um

¹³⁹ MAFESSOLI, Michel. *O Conhecimento Comum: introdução à Sociologia Compreensiva*. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 147.

¹⁴⁰ BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

¹⁴¹ BUTLER, Judith. “Repensar la vulnerabilidad y la resistència”. Conferencia impartida el 24 de junio en el marco del XV Simposio de la Asociación Internacional de Filósofas (IAPH), Alcalá de Henares, España.

¹⁴² SHIACH, Morag. “O 'simbólico' deles existe, detém poder — nós, as sementeiras da desordem, o conhecemos bem demais”. In: BRENNAN, Teresa. *Para além do falo: uma crítica a Lacan do ponto de vista da mulher*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1989, p. 205.

¹⁴³ BROWN, Wendy. *States of Injury: power and freedom in late modernity*. New Jersey: Princeton, 1995.





processo de “deslocamento” (sofridos pelos agentes ao longo da história)¹⁴⁴ ou de “resistência subversiva”¹⁴⁵ às concepções/papéis/atribuições de mulheres na construção da sociedade como possibilidade de *novos percursos*.

O desajuste dessa realidade política brasileira que não representa as singularidades da sua população possui como marca nevrálgica a eliminação da alteridade. Pensá-la através da figura *feminista ciborgue*¹⁴⁶ é tê-la como um agir de resistência pronto a enfrentar as concepções do natural determinado pelo *falologocentrismo* e pelo dualismo sempre presente nas definições de Homem e Política, liberto da construção de um pensamento racionalizado pelo homem branco, colonialista e burguês.

Dessa forma, pensar as narrativas a partir daquilo que nos é mais material, corpo (não dócil), tocado pelas histórias daquela/es que sequer podem dizer para aquela/es que sequer podem prever¹⁴⁷, é desconstruir e reconstruir a possibilidade de reconhecermos todas as vidas como vidas dignas de serem vividas, fraturando a *consciência da exclusão*¹⁴⁸ presente no pensamento binário e na violência do patriarcado.

Fusão ciborgue em que a escrita e a fala são *ferramentas subversivas*¹⁴⁹ que nos permitem *sobreviver*: o “*mundo ciborgue pode ter a ver com as realidades sociais e corporais realmente vividas, um mundo onde as pessoas não têm medo da sua afinidade e ligação com os animais e as máquinas, da sua identidade permanentemente parcial nem das posições contraditórias.*”¹⁵⁰

¹⁴⁴ KEHL, Maria Rita. *Deslocamentos do feminino: a mulher freudiana na passagem para a modernidade*. 2.^a ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 20

¹⁴⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009.

¹⁴⁶ HARAWAY, Donna. “O Manifesto Ciborgue: a ciência, a tecnologia e o feminismo socialista nos finais do século XX”. In: MACEDO, Ana Gabriela (Org.) *Gênero, identidade e desejo: Antologia Crítica do Feminismo Contemporâneo*. Lisboa: Cotovia, 2002.

¹⁴⁷ BUTLER, Judith, *Crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

¹⁴⁸ HARAWAY, Donna. “O Manifesto Ciborgue” [...] p. 232

¹⁴⁹ HARAWAY, Donna. “O Manifesto Ciborgue” [...]

¹⁵⁰ HARAWAY, Donna. “O Manifesto Ciborgue” [...] p. 231





3. SUJEITOS E CORPOREIDADES CRÍTICAS

Portanto, se nos personificarmos como sujeitos políticos de responsabilidade indisponível e intransponível através de nossos corpos como *corpos críticos*, marcados por tudo aquilo que nos toca, ocupando espaços tradicionalmente estabelecidos pelo dizer hierárquico através da dominação sempre presente de todos os laços político-sociais de um corpo insubmisso, podemos romper com as estruturas incalculáveis da violência que nos assola em tempos de “crise”.

Corpos críticos que em seu estado de ambivalência permitem uma crise ainda mais profunda, possibilitando novas trajetórias. *Corpos críticos* que assinalam uma crítica possível e urgente através da sua objeção em permanecer inerte, em permanecer inanimado, em constituir-se como potência crítica de uma ordem impositiva daquilo que rompe como *possibilidade do impossível*.

Corpos críticos que recusam a instrumentalização da luta democrática, dos direitos sociais, das leis e dos movimentos sociais em prol da máquina perversa do neoliberalismo; *corpos críticos* em sua materialidade constitutiva de temporalidades e espacialidades múltiplas que urgem em reconhecer e resistir aos corpos em estado crítico de extermínio. *Corpos críticos* através da crítica às vidas tomadas pelas instituições como indignas de luto ou como baixas “acidentais” – contingências de um percurso administrável –, vidas descorporificadas pelo esquecimento diário de grupos silenciados.

Para não se alijar da politização da vida que captura o ser humano¹⁵¹, colocando-o como estratégia de governo, a proposta de se pensar novos caminhos da democracia hoje no Brasil faz-se marcada sob alguma radicalidade que merece ser vivida, e que deve passar a ser a de “redescobrir as possibilidades que já existem, mas que existem dentro de domínios culturais apontados como culturalmente ininteligíveis e impossíveis,”¹⁵² ou seja, a possibilidade de [re]escrevermos novas histórias sob certa configuração do impossível num encontro capaz de alterar os domínios humanos sobre a finitude. Isto é, que essas novas possibilidades de leituras políticas de resistência por uma *democracia por vir* sejam encaradas para além do local comum que já não dá mais conta de romper com os limites autoritários vestidos de *democracia* que hoje enfrentamos.

¹⁵¹ DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994..

¹⁵² BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009. p. 156





Sob esta ótica pensar certo “Partido Imaginário” de *corpos críticos feministas* “não é nada especificamente; [mas] é tudo o que produz um obstáculo, que mina, que arruína, que desmente a equivalência”. Se “há muito tempo os ‘sujeitos revolucionários’ só existem pelo poder”, tornar-se “meramente” *corpo crítico em estado de aliança*¹⁵³ “é tornar-se imperceptível” através da “pura singularidade”.¹⁵⁴

Assim, se a tentativa de compreender para além de si mesma/o como *corporeidades críticas*¹⁵⁵ permite reconhecer a potência da diferença instituída no distinto como marca de novos tempos, o ato político singular está na potência da multiplicidade em “*prol da construção de um círculo virtuoso em que compartilhar igualmente a diversidade humana seja um princípio de enriquecimento para todos.*”¹⁵⁶ Quem sabe a *estratégia da multiplicidade* possa ser pensada como “*estratégia, que não é mais a da guerra, mas sim a da guerrilha difusa, [...] elemento próprio da Autonomia. [...] Não se trata mais, aqui, de se aglomerar num sujeito compacto para se opor ao Estado, e sim de se disseminar numa multiplicidade de lares, assim como as várias fendas da totalidade capitalista. A Autonomia é menos um agrupamento de rádios, de grupos, de armas, de festas, de manifestações e de squats, do que uma certa intensidade na circulação de corpos entre todos esses pontos.*”¹⁵⁷

4. RESISTÊNCIA POLÍTICA E CORPOS ALIADOS

Nesse sentido, o diálogo como ato político pode ser sentido como uma manifestação concreta dos sujeitos atravessada por todos os veículos conhecidos, trata-se de uma estratégia de *desidentificação* estabelecida nas complexidades sociais e faz-se, portanto, como encontro efetivo com aquilo que se pode chamar de *alteridade*.

¹⁵³ BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política: hacia una teoría performativa de la Asamblea*. Canadá: Ediciones Paidós: 2017.

¹⁵⁴ TIQQUN. *Isso não é um programa*. Tradução de Daniel Lühmann. Edições Aurora, 2014. p. 46

¹⁵⁵ TIQQUN. *Como fazer? Contribuições para uma Guerra em curso*. p. 1.

¹⁵⁶ CARNEIRO, Sueli. *Racismo, Sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

¹⁵⁷ TIQQUN. *Isso não é um programa*. [...] p. 94





Desta forma, opera-se tal (ins)urgência em indagar novas hipóteses para pensar os marcos democráticos libertos das amarras institucionalizadas do *racional estatal* ou desse Estado racionalizado e constituído através de violência desumanizadora, pronto a dotar de suportabilidade o inaceitável em nome da própria concepção de democracia – em crise. Ter a hipótese democrática brasileira revestida apenas pelo manto *constitucional* é respaldar o desmantelamento das regras de direitos sob o manto do discurso da liberdade, exterminando grupos vulneráveis pelo *igualitarismo repressivo*¹⁵⁸. Pensar a democracia como *agir permanente* que toma a sério a questão antissexista, antirracista, antifascista etc. é compreender que ela “*parece destinada a ser mais um momento do que uma forma*”, em que “*a liberdade é a própria coisa que impede que seja fundada*.”¹⁵⁹

As lutas, os corpos, os encontros revelam que o que sobrevive não está no plano da instituição ou da permanência de um além-vida, mas está na afirmação dela, sob a resistência às vulnerabilidades implicadas numa sociedade hierarquizada. É, portanto, *insurreição*¹⁶⁰ pelo direito à aparição e à existência. É dizer *sim* a viver com a espectralidade, “*é aprender a viver aprendendo não a conversar com o fantasma, mas a ocupar-se dele, dela, a deixar-lhe ou restituir-lhe a fala, seja em si, no outro, no outro em si*.”¹⁶¹

A potência deste instante, em que *acontecimentos* imprevisíveis tenham talvez a força para questionar as certezas limitadas de quem sabe instrumentalizar a violência institucionalizada através da democracia, está em cada *corpo crítico aliado* pelas vidas que urgem na desconstrução como *teste*¹⁶² aberto a novas experiências. Nesse endereçamento de novas possibilidades *políticas* destinado aos sujeitos indizíveis, pulverizando *conceitos revolucionários de um talvez democrático* e radicalizando as táticas de enfrentamento à autoridade, a resistência rebelde que se proponha a encarar a igualdade, a liberdade e a democracia, apenas fará algum sentido se tocada por um agir eticamente

¹⁵⁸ ADORNO, Theodor. “Teoria freudiana e o padrão da propaganda fascista” [...]

¹⁵⁹ BROWN, Wendy. *States of Injury*, p. 8 (livre tradução).

¹⁶⁰ Comité Invisible. *La Insurrección que viene*. La fabrique editions, 2007.

¹⁶¹ DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx* [...] p. 234.

¹⁶² RONELL, Avital. *The test drive*. Chicago: University of Illinois Press Urbana and Chicago, 2005.





engajado desde sempre, local político urgente de subversão à tensão afirmativa das categorias identitárias.

Trata-se de resistir em tempos inóspitos à diferença, fascismos instrumentalizados por diversos matizes, em que misoginia privilegiada apenas é uma de suas formas de suas manifestações. Que se insista na passividade radicalmente subversiva da *escuta* e no *dizer* que sempre invoca a urgência do encontro. Que se rompa a falsa paz dos silêncios cúmplices na disposição justa ao *diálogo*, compreendido como “*um mecanismo, um organismo, uma metodologia ético-política. (...) Nesse sentido, o diálogo é aventura no desconhecido. Ato político real entre diferenças que evoluem na busca do conhecimento e da ação que dele deriva.*”¹⁶³

Assim, se as “*diferenças vitais que [...] têm de ser dissipadas vivendo*”¹⁶⁴ são aquelas *indefinições fantasmáticas*¹⁶⁵ que precedem qualquer identidade em que o corpo não é mais tomado como um “*dado natural, mas como uma superfície politicamente regulada,*”¹⁶⁶ um olhar feminista desessencializante, desregulamentador, desconstruente será aliado fundamental neste *partido imaginário* implicado nas *táticas de guerrilha* de novas constituições políticas. *Insurgência* como energia potencial, cujo fluxo rompe temporalmente, em que o tempo torna-se meramente sendo diferencialmente; como impulso performático num percurso urgente de reconhecimento da força do *preariado* como *luta política de corpos críticos aliados* que insiste em manter-se viva.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. “Teoria freudiana e o padrão da propaganda fascista”. In: *Ensaio de psicologia social e psicanálise*. Trad. Verlaine Freitas. São Paulo: UNESP, 2015.

AGABEM, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

BHABHA, Homi K. *O Local da Cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

BROWN, Wendy. *States of Injury: power and freedom in late modernity*. New Jersey: Princeton, 1995.

BUTLER, Judith. *Repensar la vulnerabilidad y la resistencia*. Conferencia impartida el 24 de junio en el marco del XV Simposio de la Asociación Internacional de Filósofas (IAPH), Alcalá de Henares, España, 2014.

¹⁶³ TIBURI, Márcia. p. 90.

¹⁶⁴ FREUD, Sigmund. “Além do Princípio do Prazer” [...] p. 165.

¹⁶⁵ Cf. DERRIDA, Jacques. *O monolinguismo do outro ou a prótese de origem*. [...]

¹⁶⁶ RODRIGUES, Carla. “Perfomance, gênero, linguagem e alteridade” [...] p. 150.





BUTLER, Judith. *Cuerpos aliados y lucha política: hacia una teoría performativa de la Asamblea*. Canadá: Ediciones Paidós: 2017.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2009.

BUTLER, Judith. *Crítica da violência ética*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

CARELLI, Vincent; CARVALHO, Ernesto de; Tita. *Documentário Martírio*, produtoras Papo Amarelo e Vídeo nas Aldeias, 2017.

CARNEIRO, Sueli. *Racismo, Sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.

Comité Invisible. *La Insurrección que viene*. La fabrique editions, 2007.

DERRIDA, Jacques. "Entrevista con Cristina de Peretti". In: *Política y sociedad*, Madrid, n.º 3, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques. *Esporas: os estilos de Nietzsche*. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

DERRIDA, Jacques. *O monolinguismo do outro ou a prótese de origem*. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campo das Letras, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Acts of literature*. Nova York and London: Routledge, 1992.

FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. Volume 14. (1917 – 1920). Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2010.

HARAWAY, Donna. "O Manifesto Ciborgue: a ciência, a tecnologia e o feminismo socialista nos finais do século XX". In: MACEDO, Ana Gabriela (Org.) *Gênero, identidade e desejo: Antologia Crítica do Feminismo Contemporâneo*. Lisboa: Cotovia, 2002.

KEHL, Maria Rita. *Deslocamentos do feminino: a mulher freudiana na passagem para a modernidade*. 2.ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

MAFESSOLI, Michel. *O Conhecimento Comum: introdução à Sociologia Compreensiva*. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Espanha: Editorial Melusina, 2011.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do Negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

RODRIGUES, Carla. Carla. "Performance, gênero, linguagem e alteridade: J. Butler leitora de J. Derrida". In: *Sexualidad, Salud y Sociedad. Revista Latinoamericana*. ISSN 1984-6487, n.º 10, abr. 2012.

RONELL, Avital. *The test drive*. Chicago: University of Illinois Press Urbana and Chicago, 2005.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

SHIACH, Morag. "O 'simbólico' deles existe, detém poder — nós, as semeadoras da desordem, o conhecemos bem demais". In: BRENNAN, Teresa. *Para além do falo: uma crítica a Lacan do ponto de vista da mulher*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1989.





SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

TIBURI, Márcia. Rio de Janeiro: Record, 2015.

TIQQUN. *Como fazer? Contribuições para uma Guerra em curso.*

TIQQUN. *Isso não é um programa.* Tradução de Daniel Lühmann. Edições Aurora, 2014.





INSTRUMENTOS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Geisa Oliveira Daré
Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Minho

Afiliação: Universidade do Minho, campus de Gualtar, Braga, Portugal.

Resumo: A Lei n.º 11.343, de 07 de agosto de 2006, foi criada a partir da condenação que o Brasil sofreu por parte da Organização dos Estados Americanos (OEA) por negligência aos direitos de Maria da Penha Maia Fernandes. Tal Lei, mais conhecida como Lei Maria da Penha, é considerada um instrumento normativo paradigmático no combate à violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Após ela, novas normas jurídico-penais vem sendo criadas (Lei n.º 13.104, de 10 de março de 2015 e Lei 13.505, de 08 de novembro de 2017), sobretudo com a intenção de diminuir o índice de assassinatos de mulheres no Brasil, cuja motivação do crime é em razão da sua condição de pertencer ao sexo feminino. Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro foi demasiadamente transformado em questão de uma década, o trabalho visará relembrar o as grandes mudanças na órbita legislativa e social, procedendo uma análise comparativa, material e processual.

Palavras-chave: violência doméstica; violência de gênero no Brasil; Lei Maria da Penha; Lei do Feminicídio; direitos humanos.

Sumário:

1. MUDANÇAS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO PRODUZIDAS PELO CASO MARIA DA PENHA
2. TIPICIDADE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA





- 2.1. LEI MARIA DA PENHA
 - 2.1.1. Rede de proteção
 - 2.1.2. Conscientização através da educação
 - 2.1.3. Critérios de fixação de competência
 - 2.1.4. Quadro probatório
 - 2.1.5. ADI 4.424 e ADC 19
- 2.2. FEMINICÍDIO
- 3. CONCLUSÃO

1. MUDANÇAS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO PRODUZIDAS PELO CASO MARIA DA PENHA

O caso “Maria da Penha” ficou conhecido após a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes sofrer durante vários anos agressões e tentativas de assassinato por parte de seu até então marido e, mesmo após as denúncias por ela feitas às autoridades competentes, nada ser feito.

Passados quinze anos sem nenhuma decisão ao seu caso, Maria da Penha conseguiu a condenação do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Caso Maria da Penha n.º 12.051) por omissão, negligência e tolerância à violência doméstica contra as mulheres.¹⁶⁷

Tal conjuntura fez com que o governo federal aderisse à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, promulgado pelo Decreto n.º 4.377/2002, e à Convenção Interamericana para Prevenir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, promulgada pelo Decreto n.º 1973/96.¹⁶⁸

Em 2005, o Governo instituiu a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e a Central de Atendimento à Mulher, ou “Ligue 180”, este último encarregado de prestar gratuitamente orientação sobre direitos e serviços públicos para a população feminina em todo o país”, bem como desde

¹⁶⁷ “Compromisso e atitude. Quem é Maria da Penha Maia Fernandes”. Compromisso e atitude.org, 01 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria-da-penha-maia-fernandes/>>. Acesso em: 06 de nov. 2017.

¹⁶⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *op. cit.*, p. 783.





2014 tem competência para receber denúncias, “enviando-as para a Segurança Pública com cópia para o Ministério Público de cada estado”.^{169 170}

O processo de discussão e implementação da Lei Maria da Penha foi liderado pelo Consórcio de Organizações Feministas e de Mulheres, vindo a ser sancionada a Lei n.º 11.343/2006¹⁷¹, instrumento normativo paradigmático no combate à violência doméstica contra as mulheres no Brasil.

Tal Lei criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em obediência ao § 8.º, do art. 226 da Constituição Federal de 1988, à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

A Lei Maria da Penha foi reconhecida pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas (UNIFEM) como uma das três legislações mais avançadas do mundo no enfrentamento à violência.

É preciso ressaltar que “violência doméstica” é uma designação pouco técnica, porque o cerne é a existência de um relacionamento afetivo entre as partes, pouco importando se a violência foi praticada dentro ou fora do ambiente doméstico.

2. TIPICIDADE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O direito brasileiro não tem um crime específico de violência doméstica, mas sim um *fato que configura violência doméstica*, o qual constitui necessariamente circunstância agravante da pena, com fulcro no artigo 61, inciso I, alínea “f” do Código Penal, a ser calculada pelo juiz quando da dosimetria da pena na segunda fase do modelo trifásico brasileiro.

¹⁶⁹ ONUBR. “Dez anos da Lei Maria da Penha: ONU Mulheres destaca ‘legado feminista para o Brasil’”. Nações Unidas no Brasil, 06 de Ago. 2016. Disponível em: <<https://nacoes-unidas.org/dez-anos-da-lei-maria-da-penha-onu-mulheres-destaca-legado-feminista-para-o-brasil/>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁷⁰ Secretaria de governo da Presidência da República. Central de Atendimento à Mulher. SPM, 07 de Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/ligue-180>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

¹⁷¹ ONUBR. “Dez anos da Lei Maria da Penha...” *op. cit.* Acesso em: 07 de nov. 2017.





Além disso, o § 10.º do artigo 129, do Código Penal brasileiro impõe a causa de aumento de 1/3 (um terço) na lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte, se praticadas prevalecendo-se o agente das relações domésticas.

O bem jurídico protegido é a integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral da mulher. Não é necessário que o crime ocorra dentro do ambiente doméstico.

O sujeito ativo é qualquer pessoa, homem ou mulher¹⁷², com parentesco ou não em relação à vítima, desde que haja ou tenha havido relação íntima de afeto entre eles, independentemente de coabitação.

O sujeito passivo imediato é apenas a mulher. Contudo, vários Tribunais de Justiça, entre eles os de São Paulo e Pará, já decidiram pela aplicação da Lei Maria da Penha no caso de transsexuais que se identificam como mulheres em identidade de gênero.

É por este motivo que a doutrina é pacífica em apontar a necessidade de alteração do artigo 61, inciso I, alínea “f”, do Código Penal, para incluir a expressão “gênero feminino”, no lugar de “mulher”. Atualmente há o Projeto de Lei n.º 8032/2014¹⁷³ que tramita na Câmara dos Deputados para incluir expressamente no âmbito de proteção da Lei 11.343/06 os transsexuais e transgêneros.

Entretanto, a redação original da Lei n.º 8.305/2014¹⁷⁴ que tipificou o feminicídio, previa para a nova qualificadora a expressão “contra a mulher por razões de gênero”, mas foi alterada para “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, e assim foi sancionada. Tal mudança de expressão leva a conclusão de que a vontade do legislador foi a proteção do sexo biologicamente

¹⁷² Cf. STJ, Informativo n.º 551: “**o sujeito ativo do crime pode ser tanto o homem como a mulher, desde que esteja presente o estado de vulnerabilidade caracterizado por uma relação de poder e submissão.**” (destaque nosso). Informação disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 7 de Nov. 2017.

¹⁷³ Câmara dos Deputados. PL 8032/2014, s/d. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em 12 de Nov. 2017.

¹⁷⁴ Projeto de Lei do Senado Federal n.º 292, de 2013. Brasil. Disponível em: <<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cad=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiSqKotbLXAhUE6xQKHeLPALoQFggzMAE&url=https%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%3Fdm%3D4153108&usq=AOvVaw3I-kLbyeUype-ndJlvNRMF>>. Acesso em 07 de Nov. 2017.





feminino e não o gênero. Assim, a extensão da proteção ao transsexual seria uma analogia *in malan partem*, algo inviável no Direito Penal brasileiro.

Em suma, a questão nebulosa gira em torno da violência doméstica entre os casais homossexuais do sexo masculino, pois o parágrafo único do art. 5º da Lei 11.340/06 protege a mulher independentemente de sua orientação sexual, sendo ela hétero ou homossexual.¹⁷⁵

Quando à relação de namoro ou ex-namorados, o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n.º 103.813/MG (2009/0038310-8), de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, 3.ª Seção, Julgado em 24/06/2009, publicado em DJE 03/08/2009¹⁷⁶, decidiu pela aplicação da Lei n.º 11.340/06, dada a configuração de relação íntima de afeto que não exige coabitação.

Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça nos Informativos de jurisprudência n.ºs 491¹⁷⁷ e 499¹⁷⁸, entendeu que o crime de ameaça em briga entre irmãos, caracteriza relação íntima de afeto familiar entre o agressor e a vítima, independentemente de coabitação ao tempo do crime, o que torna imperiosa a aplicação da Lei Maria da Penha.

¹⁷⁵ Art. 5.º da Lei 11.340/06: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Vide decisão do TJ/AM – Recurso em Sentido Estrito n.º 0204416-91.2014.8.04.0020. Relatora: Carla Maria Santos dos Reis. 1.ª Câmara Criminal, Julgado em: 27/07/2015. Data de Publicação DJE: 07/07/2015.

¹⁷⁶ JUSBrasil. Superior Tribunal de Justiça STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 103813 MG 2009/0038310-8. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062631/conflito-de-competencia-cc-103813-mg-2009-0038310-8/inteiro-teor-12197266>>. Acesso em 13 de Nov. 2017.

¹⁷⁷ Precedentes citados: CC 102.832-MG, DJE 22/4/2009, e HC 115.857-MG, DJE 2/2/2009. REsp 1.239.850-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/2/2012.

STJ, Informativo de Jurisprudência. Informação disponível: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 13 de Nov. 2017.

¹⁷⁸ Precedentes citados do STF: HC 106.212-MS, DJE 13/6/2011; do STJ: HC 115.857-MG, DJE 2/2/2009; REsp 1.239.850-DF, DJE 5/3/2012, e CC 103.813-MG, DJE 3/8/2009. HC 184.990-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 12/6/2012.

STJ, Informativo de Jurisprudência. Informação disponível: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 13 de Nov. 2017.





Por fim, o Informativo n.º 551 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁹, salienta ser “**possível a incidência da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) nas relações entre mãe e filha**”, haja vista que “**o objeto de tutela da Lei é a mulher em situação de vulnerabilidade, não só em relação ao cônjuge ou companheiro, mas também qualquer outro familiar ou pessoa que conviva com a vítima, independentemente do gênero do agressor**”.

O sujeito passivo mediato é o Estado, eis que a ele pertence o direito público subjetivo de punir aquele que viola lei material.

A Lei Maria da Penha no artigo 41 expressamente afastou da competência dos Juizados Especiais Criminais – regidos pela Lei n.º 9.099/95 – os crimes praticados com violência doméstica, assim, incabível suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil dos danos (*vide* Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça).

O artigo 17 da mesma lei também veda a aplicação de penas de cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

No caso de várias agressões físicas contra a mulher com o mesmo modus operandi, nas mesmas condições de tempo e lugar, não haverá várias lesões corporais agravadas, ocorrerá um único crime, dada a continuidade delitiva e a proibição do *non bis in idem*.

2.1. Lei Maria da Penha

A Lei n.º 11.340/2005 provocou profundas e extensas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes a seguir detalhados.

O artigo 6.º da Lei n.º 11.340/06 dispõe que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. A forma de interpretação da referida Lei considerará os fins sociais a que ela se destina, mormente as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, conforme estabelece o seu artigo 4.º.

A Lei Maria da Penha descreve de modo bastante didático as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher no seu art. 7.º, o qual pode ser

¹⁷⁹ Precedentes citados: HC 175.816-RS, 5.ª Turma, DJE 28/6/2013; e HC 250.435-RJ, 5ª Turma, DJE 27/9/2013. *HC 277.561-AL, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/11/2014.*

STJ, Informativo n.º 551. Informação disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: 7 de Nov. 2017.





física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, conceituando e exemplificando algumas situações de cada violência.

Além disso, no artigo 5.º, explica o âmbito de incidência da lei – âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação íntima de afeto –, detalhando nos incisos cada uma das situações.

Em apartada síntese, a lei dispõe sobre as medidas serão prestadas à vítima da seguinte maneira: a) de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando necessário (art. 9º e seus parágrafos); b) pela autoridade policial (art. 10 a 12-B); c) em sede judicial (art. 18), em especial pelo deferimento das medidas protetivas de urgência à ofendida e com a prisão preventiva do agressor (art. 20 da Lei 11.340/06, combinado com art. 313, inciso III – redação dada pela Lei n.º 12.403, de 2011 – e art. 312, ambos do Código de Processo Penal brasileiro¹⁸⁰).

Com a lei, não é mais necessário registrar a queixa na Delegacia de Polícia e só após ajuizar processo judicial requerendo medidas protetivas de urgência, alimentos provisórios/provisionais ou guardar dos filhos, conforme o caso.

Hoje, basta que a mulher se dirija à Delegacia de Polícia e relate os acontecimentos para que a autoridade policial encaminhe os pedidos de medidas protetivas da ofendida ao Juiz em até 48 (quarenta e oito) horas, além de adotar de imediato as providências legais cabíveis, inclusive em caso de descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Os pedidos da ofendida também poderão ser realizados pessoalmente em juízo ou assistida pela Defensoria Pública ou advogado. Contudo, a Lei Maria da Penha não permite que o juiz conceda as medidas protetivas de urgência *ex officio*, dependendo de provocação do Ministério Público ou da própria ofendida. O juiz poderá conceder as medidas protetivas de urgência de imediato (*inaudita altera parte*), independentemente de manifestação do Ministério Público, mas nesse caso, ele deverá ser comunicado em seguida.

Além disso, conforme estabelece o § 2.º do artigo 19 da Lei n.º 11.340/06: “As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior

¹⁸⁰ Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasil. Disponível site Web Planalto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 de Nov. 2017.





eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados”.

Portanto, o juiz pode a qualquer tempo, desde que a pedido da vítima ou do Ministério Público, conceder novas medidas protetivas, substituir e revogar aquelas já concedidas.

Algumas das medidas a serem tomadas imediatamente pela autoridade policial estão elencadas nos incisos dos artigos 11 e 12 da Lei 11.340/06. Destaca-se entre elas a providência de ouvir o agressor e as testemunhas, o que agiliza muito a conclusão do inquérito policial, além de ser mais efetiva a colheita de prova no momento da ocorrência dos fatos. Não menos importante é o fornecimento de transporte à ofendida e seus dependentes para abrigo, quando houver risco de vida, além do acompanhamento da vítima para que ela retire em segurança seus pertences do domicílio familiar.

Ressalte-se que o procedimento a ser realizado nas Delegacias de Polícia da Mulher tem natureza tanto civil quanto criminal, o que representa uma desburocratização judicial e maior efetividade na tutela do direito material.

A legislação específica inovou ao permitir a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, a qual pode ser revogada se o juiz verificar ausência de justa causa, bem como decretá-la de novo se sobrevierem razões que a justifiquem, nos termos do art. 20, caput e parágrafo único da Lei Maria da Penha. Também, deslocou a competência dos crimes de violência doméstica dos Juizados Especiais Criminais para os Juizados Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, criados pela União, no Distrito Federal e Territórios, e pelos Estados (artigo 14 da Lei).

Uma importante praxe processual para a tranquilidade da vítima de violência doméstica e familiar está consubstanciada no artigo 21 da Lei em comento, o qual determina que a ofendida/vítima deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, como ingresso e saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado do réu.

Recentemente a Lei n.º 13.505, de 08 de novembro de 2017, acrescentou à Lei Maria da Penha os artigos 10-A, 12-A e 12-B. Entre eles, destaca-se no art. 10-A, § 1.º, inciso III, um mecanismo bastante interessante quanto a “não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo





fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada”.¹⁸¹

Também o § 2.º do mesmo art. 10-A¹⁸², dispõe sobre a forma como se dará a inquirição da mulher ou de testemunhas, que em suma será em recinto especializado para este fim, intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar e registrado em meio eletrônico ou magnético.

2.1.1. Rede de proteção

A Lei Maria da Penha permitiu a criação da Delegacia da Mulher, que conta preferencialmente com delegadas e policiais mulheres, o que promove maior bem-estar para vítima.

O artigo 9.º, § 1.º da Lei n.º 11.340/06, determina que o juiz inclua por tempo determinado a mulher no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

Além disso, para manutenção do vínculo empregatício, os incisos I e II do artigo 9.º da Lei Maria da Penha dispõe que a mulher poderá afastar-se do local de trabalho por até seis meses. Já a mulher que é servidora pública da administração direta ou indireta terá acesso prioritário à remoção.

O legislador não esclarece quem remuneraria a mulher nesse período de afastamento. Entende Ricardo Antônio Andreucci que causaria uma situação de maior discriminação à mulher se o encargo fosse deixado ao empregador. Portanto, “o mais adequado seria a criação, no âmbito da seguridade social, de um benefício previdenciário para a remuneração da mulher afastada emergencialmente do trabalho por ordem judicial.”¹⁸³

Nos casos de violência sexual, a mulher contará com serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AID) e outros procedimentos médicos necessários cabíveis, nos termos do § 3.º do art. 9.º da Lei Maria da Penha.

¹⁸¹ Lei n.º 13.505, de 08 de novembro de 2017. Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13505.htm#art2>. Acesso em: 13 Nov. 2017.

¹⁸² *Idem, ibidem.*

¹⁸³ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 13.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 792.





Para melhorar a oferta no atendimento, a Lei n.º 13.239/2015 permitiu a realização de cirurgia plástica reparadora no Sistema Único de Saúde (SUS) para as sequelas de lesões causadas por atos de violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha também viabilizou a implementação dos Abrigos Institucionais, chamadas “Casas Abrigo”, para o acolhimento das mulheres e seus dependentes em situação de violência doméstica.

2.1.2. Conscientização através da educação

O artigo 8º da Lei 11.340/06 preconiza o dever de articulação entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e de ações não governamentais para a realização da política pública que intenta coibir a violência doméstica, fixando como suas diretrizes: “o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar” (inciso III); a promoção de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres (inciso V); a promoção de programas educacionais que difundam valores éticos de respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia (inciso VIII); “o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher” (inciso IX).¹⁸⁴

Contudo, desde que a Lei Maria da Penha foi sancionada em 2006, ainda não foram efetivadas as diretrizes por quaisquer medidas em âmbito nacional.

A Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados do Brasil, em 03 de agosto de 2017, aprovou uma proposta que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), permitindo a inclusão do tema da violência doméstica e familiar contra a mulher no currículo escolar

¹⁸⁴ Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 13 Nov. 2017.





(assim como já ocorre com a temática que versa sobre a prevenção de violência contra crianças e adolescentes).¹⁸⁵

O projeto recentemente aprovado prevê para o mês de agosto – aniversário da Lei Maria da Penha – o ensino do assunto ‘combate à violência contra a mulher’ nas salas de aula da educação básica de todo o país. Contudo, a proposta ainda deve ser aprovada pelas Comissões de Educação, e de Constituição e Justiça e de Cidadania, além de enfrentar todo o procedimento legislativo brasileiro de promulgação das leis; tal qual, aprovação pela Câmara dos Deputados, aprovação pelo Senado Federal, sanção ou veto do Presidente da República.¹⁸⁶

Portanto, ainda que existentes normas que objetivam conscientizar a população em geral e prevenir a longo prazo a violência doméstica, verifica-se que quase nada tem sido feito para a concretização das diretrizes traçadas pela Lei Maria da Penha a este despeito.

2.1.3. Critérios de fixação de competência

Considerando que a Lei 11.340/06 silenciou quanto ao critério de fixação da competência na ceara criminal, com fundamento no artigo 13 da Lei 11.340/06 combinado com o artigo 69 do Código Penal, esta será determinada pela prerrogativa de função; natureza da infração; pelo lugar da infração; por conexão ou continência; pelo domicílio ou residência do réu; distribuição ou pela prevenção.

No âmbito dos processos cíveis, a Lei Maria da Penha permite que a mulher escolha o Juizado competente para a propositura da ação, podendo optar entre o seu domicílio ou residência; o lugar do fato em que se embasou a demanda ou o domicílio do agressor, nos termos do seu artigo 15.

¹⁸⁵ Câmara dos Deputados. Comissão aprova inclusão de tema da violência contra a mulher no currículo escolar, 03/08/2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/538536-COMISSAO-APROVA-INCLUSAO-DE-TEMA-DA-VIOLENCIA-CONTRA-A-MULHER-NO-CURRICULO-ESCOLAR.html>>. Acesso em: 14 de Nov. 2017.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem.*



2.1.4. Quadro probatório

Quanto à produção da prova, foi firmado jurisprudencialmente o entendimento de que, como na maioria das vezes o crime é cometido às escondidas, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima como meio probatório tem especial relevância para o deferimento de medidas protetivas, eis que é sua integridade física que está sendo ameaçada; bem como serve de elemento de convicção do juízo para condenação, em consonância com os fins sociais a que se destina da Lei Maria da Penha.

Nesse sentido, destaca-se o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma) em sede de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 423707 RJ 2013/0367770-5, aos 07/10/2014, pelo Relator Ministro Nefi Cordeiro.

Contudo, para configuração do crime de lesão corporal – que exige resultado naturalístico – imperiosa a produção da prova por exame de corpo de delito, laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais ou postos de saúde (inteligência do § 3.º, artigo 12, da Lei n.º 11.340/06).¹⁸⁷

2.1.5. ADI 4.424 e ADC 19

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.424 e Ação Direta e Constitucionalidade (ADC) n.º 19, aos 09 de fevereiro de 2012, por unanimidade em sessão plenária de seus ministros, decidiu pela constitucionalidade dos arts. 1.º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, além de dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 12 e 16 para assentar a

¹⁸⁷ Vide TJ-RO – APL: 0002079-51.2014.822.0008, Relator Des. Ivanira Feitosa Borges, 1.ª Câmara Criminal. Julgamento: 10/03/2016. Publicação: 16/03/2016. Disponível em: <<https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321790504/apelacao-apl-20795120148220008-ro-0002079-5120148220008>>. Acesso em: 13 de Nov. 2017.



natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, desde configurada a violência doméstica.¹⁸⁸

Frise-se que a natureza de ação penal pública incondicionada, à luz do princípio da oficialidade, apenas foi ampliado ao crime de lesão corporal e contravenção penal de vias de fato¹⁸⁹. Para os crimes de natureza penal pública condicionada à representação, à exceção da lesão corporal e vias de fato, como a ameaça, calúnia, injúria e difamação, permanece a necessidade de representação. Assim, certo é que o artigo 16 não perdeu totalmente sua eficácia, só se admitindo a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada para esta finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Nesse contexto foi editada a Súmula n.º 542, do Superior Tribunal de Justiça (3.ª Seção, julgado em 26/08/2015, DJE 31/08/2015), *in verbis*: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.”¹⁹⁰

¹⁸⁸ STF ADI 4424 – Acompanhamento processual STF, julgado em 09/02/12, publicado no DJE e no DOU em 17/02/12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4424&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

STF ADC 19, julgado em 09/02/12, publicado no DJE e no DOU em 17/02/12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁸⁹ Nesse sentido o fundamento do Acórdão do STJ, no REsp. 1628271/SP. 2016/0253786-7. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data da Publicação DJ 15/05/2017: “[...] 2. No contexto dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, a palavra “crime” deve englobar toda e qualquer infração penal, conceito mais amplo que abrange as duas espécies: crime e contravenção penal. 3. Seja caso de lesão corporal leve, seja de vias de fato, se praticado em contexto de violência doméstica ou familiar, não há falar em necessidade de representação da vítima para a persecução penal. 4. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 703.829/MG, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 27/10/2015, DJE 16/11/2015).

JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ – RECURSO ESPECIAL: REsp 1628271 SP 2016/0253786-7

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458606721/recurso-especial-resp-1628271-sp-2016-0253786-7>>. Acesso em: 07 de Nov. 2017.

¹⁹⁰ STJ. Súmulas anotadas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub.>>. Acesso em: 07 de Nov. 2017.





Após o julgamento da ADC 19, foi confirmado o artigo 41 da Lei 11.343/06 que assenta a não aplicação da Lei 9.099/95 aos casos praticados com violência doméstica e familiar a mulher, o que afastou a competência dos Juizados Especiais Criminais, impedindo a concessão de suspensão condicional do processo, transação penal e composição civil dos danos nos crimes relacionados à violência doméstica, mesmo que a pena seja inferior a dois anos.¹⁹¹

Também decidiu a ADC 19 pela constitucionalidade do artigo 33 da Lei Maria da Penha, que dispôs sobre a competência cumulativa das varas criminais em matérias cíveis e criminais, enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher.¹⁹²

Como não poderia ser de outra forma, a Corte Constitucional brasileira concluiu pela constitucionalidade do artigo 1.º da Lei n.º 11.340, haja vista existirem vários outros microsistemas que asseguravam os direitos de determinada parcela sociedade, que por fatores históricos e sociais são carecedores de proteção, como as crianças e adolescentes, os idosos, os deficientes.

Portanto, não há que se falar em discriminação ou desigualdade injustificada entre homem e mulher com a criação da Lei Maria da Penha, dada a sua patente vulnerabilidade na relação afetiva.

2.2. Femicídio

Visando diminuir o número alarmante de assassinatos de mulheres, em 10 de março de 2015 foi editada a Lei n.º 13.104/2015, que tipificou o crime de feminicídio, o qual consiste numa qualificadora do assassinado de mulheres, cuja motivação do crime é em razão da sua condição de pertencer ao sexo feminino.

Ainda, a lei que criou o feminicídio definiu as condições de gênero no § 2.º-A do artigo 212 do Código Penal brasileiro, quando o crime envolver violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Também acrescentou o § 7.º no mesmo artigo 212 para incidir a qualificadora nos casos em que a vítima é *gestante ou até três meses após o parto*;

¹⁹¹ STF ADI 4424 (...). *Op. cit.* Acesso em: 07 de nov. 2017.

¹⁹² STF ADC 19, julgado em 09/02/12, *Op. cit.* Acesso em: 07 de nov. 2017.





é menor de quatorze anos ou maior de sessenta anos ou com deficiência, ou se o crime é cometido na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Não obstante, a Lei n.º 13.104/15 tornou o feminicídio um crime hediondo, ao promover sua inclusão no rol taxativo do inciso I do artigo 1.º, da Lei n.º 8.072/90.

3. CONCLUSÃO

Em que pese a Lei brasileira n.º 11.340, 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, haja sido editada consoante a luta da senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que culminou na condenação do Brasil pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ela representa uma conquista para todas as mulheres brasileiras no tocante ao combate à violência de gênero.

A partir da referida Lei, a punição aos crimes envolvendo violência de gênero tornou-se mais rigorosa e efetiva, na medida em que se impediu a concessão dos benefícios penais da Lei n.º 9.099/95 que geravam impunidade e acabavam por ‘esvaziar’ o conteúdo da Lei. Ainda, houve uma salutar simplificação do procedimento de concessão das medidas protetivas às vítimas.

Também foi esboçada uma rede de proteção para as mulheres em situação de violência doméstica e familiar, incluindo uma política de conscientização da população através de campanhas educativas, abordagem do assunto nas escolas e respeito aos valores éticos nos meios de comunicação social.

Ainda, continuando a política de enfrentamento a violência de gênero, novas normas jurídico-penais estão sendo criadas [vale lembrar as Lei n.º 13.104/2015 (feminicídio) e Lei n.º 13.505/2017 (alteração da Lei Maria da Penha)], o que demonstra a preocupação do governo em, ao menos no campo teórico, cumprir com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, promulgadas pelo Brasil consoante os Decreto n.º 4.377/2002 e Decreto n.º 1973/96, respectivamente.

Todas as leis que buscam desincentivar a violência de gênero são válidas e estão de acordo com as Convenções e Tratados ratificados pela República Federativa do Brasil, contudo, ainda é necessário mudar a mentalidade machista e educacional dos brasileiros e brasileiras para que a violência “doméstica” no Brasil seja eficazmente combatida.





BIBLIOGRAFIA

ANDREUTTI, Ricardo Antônio, *Legislação penal especial*. 12.^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

Câmara dos Deputados. "Comissão aprova inclusão de tema da violência contra a mulher no currículo escolar, 03/08/2017". Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/538536-COMISSAO-APROVA-INCLUSAO-DE-TEMA-DA-VIOLENCIA-CONTRA-A-MULHER-NO-CURRICULO-ESCOLAR.html>>. Acesso em: 14 de Nov. 2017.

Câmara dos Deputados. PL 8032/2014, s/d. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=623761>>. Acesso em 12 de Nov. 2017.

"Compromisso e atitude. Quem é Maria da Penha Maia Fernandes". Compromisso e atitude.org, 01 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/quem-e-maria-da-penha-maia-fernandes/>>. Acesso em: 06 de nov. 2017.

Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasil. Disponível site Web Planalto: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 de Nov. 2017.

STJ. "Súmulas anotadas". Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub.>>. Acesso em: 07 de Nov. 2017.

JUSBrasil. Superior Tribunal de Justiça STJ – CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 103813 MG 2009/0038310-8. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062631/conflito-de-competencia-cc-103813-mg-2009-0038310-8/inteiro-teor-12197266>>. Acesso em 13 de Nov. 2017.

JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1628271 SP 2016/0253786-7. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458606721/recurso-especial-resp-1628271-sp-2016-0253786-7>>. Acesso em: 07 de Nov. 2017.

ONUBR. Dez anos da Lei Maria da Penha: ONU Mulheres destaca 'legado feminista para o Brasil'. Nações Unidas no Brasil, 06 de Ago. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/dez-anos-da-lei-maria-da-penha-onu-mulheres-destaca-legado-feminista-para-o-brasil/>>. Acesso em: 07 de nov. 2017. Projeto de Lei do Senado Federal n.º 292, de 2013. Brasil. Disponível em: <<https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiSq-tKotbLXAhUE6xQKHeLPALoQFggzMAE&url=https%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%3Fdm%3D4153108&usg=AOvVaw3I-kLbyeUype-ndJlvNRMF>>. Acesso em 07 de Nov. 2017.

Secretaria de governo da Presidência da República. Central de Atendimento à Mulher. SPM, 07 de Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/ligue-180>>. Acesso em: 12 de nov. de 2017.

STF. ADI 4424 - Acompanhamento processual STF, julgado em 09/02/12, publicado no DJE e no DOU em 17/02/12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4424&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de nov. 2017.





STF. ADC 19, julgado em 09/02/12, publicado no DJE e no DOU em 17/02/12.
Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.
Acesso em: 07 de nov. 2017.







LA DEONTOLOGÍA DEL ABOGADO COMO RESPUESTA DE ACTUACIÓN

María Candelaria del Pino Padrón¹⁹³
España

Resumen: En el presente trabajo se pretende esclarecer la importancia de la deontología profesional de los operadores jurídicos y la función social que representan en el marco de la defensa del justiciable.

La deontología jurídica se presenta en este sentido, como la ciencia del deber y tiene como función principal regular el ejercicio de los operadores jurídicos en su actividad profesional, tanto en el ámbito individual como en el ámbito social.

Así, los códigos deontológicos constituyen una fuente reglada para los operadores jurídicos, sin olvidar el papel que asume la moral y la ética en el ejercicio de sus funciones. Derivado de esa idea puede afirmarse que el contenido de los diferentes códigos deontológicos de la abogacía, en el conjunto de países de nuestro ámbito europeo, se muestra como reflejo de un conjunto de principios que permiten establecer entre el abogado y el justiciable, una relación de mayor confianza y seguridad. Todos ellos, se constituyen en principios rectores de la profesión del abogado, siendo destacables por su relevancia, el secreto profesional, la independencia, la libertad de defensa, la competencia, confianza e integridad, entre otros.

Palabras clave: deontología, función social, operadores jurídicos, abogado.

¹⁹³ Doctora en Derecho. Letrada en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de las Palmas de Gran Canaria. España. Email:calutroule@gmail.com





Abstract: In the present paper seeks to clarify the importance of professional ethics of the legal operators and the social function they represent in the context of the defense of the defendant.

Legal ethics is presented in this regard, as the science of duty and primary function is to regulate the exercise of the legal operators in their professional activity, in both the individual and the social field.

Thus, the codes of conduct constitute a regulated source for legal operators, without forgetting the role that assumes the morals and ethics in the performance of their duties. Derived from this idea can be said that the contents of the different codes of ethics of the legal profession, in the countries of our European level, is shown as a reflection of a set of principles that allow you to set between the lawyer and the defendant, a relationship of greater confidence and security. All of them are the guiding principles of the profession of lawyer, being remarkable for its relevance, the professional secret, independence, freedom of defense equipment, competition, trust and integrity, among others.

Key words: deontology, social function, legal operators, lawyer.

Resumo: Este artigo tem por objectivo clarificar a importância da deontologia profissional dos operadores jurídicos e da função social que representam no âmbito da defesa da justiça.

A deontologia legal é apresentada neste sentido, como a ciência do dever e tem como função principal para regular o exercício dos operadores legais em sua atividade profissional, tanto no campo individual e no campo social.

Assim, os códigos de ética constituem uma fonte regulamentada para os operadores legais, sem esquecer o papel que assume a moral e a ética no exercício de suas funções. Derivado desta idéia, pode-se dizer que o conteúdo dos diferentes códigos de ética da lei, em todos os países do nosso âmbito europeu, é mostrado como um reflexo de um conjunto de princípios que permitem estabelecer entre o advogado e a justiça, Uma relação de maior confiança e segurança. Todos eles são constituídos em princípios orientadores da profissão do advogado, sendo notável pela sua relevância, o sigilo profissional, a independência, a liberdade de defesa, a competência, confiança e integridade, entre outros.

Palavras-chave: Deontologia, função social, operadores legais, advogado





PLANTEAMIENTO

Un estudio sobre la deontología en el ámbito que nos ocupa, nos conduce a la función principal que tienen los operadores jurídicos y su proyección en los diferentes niveles tales como la judicatura, la abogacía o el ministerio fiscal, profesiones que adquieren una especial relevancia en la tutela y garantía de los derechos fundamentales del justiciable. En este ámbito profesional, las normas deontológicas nacen de la necesidad de establecer criterios de actuación que impongan a los operadores jurídicos unos imperativos éticos y morales en su profesión que van más allá de lo exigido al resto de ciudadanos. Esta imposición tiene como respuesta lógica por un lado, la función social que representan y de otro lado, las limitaciones en su ámbito de actuación. Un plus de exigencia que no se halla contemplado únicamente en la legislación, sino que además encuentra su ámbito de regulación en el marco moral y ético establecido por las normas profesionales y deontológicas.

Históricamente, determinadas profesiones se caracterizaban por la asunción de unas responsabilidades éticas que habían de desarrollarse inexorablemente sobre distintos ámbitos de actuación. Es, en este escenario, donde el abogado como operador jurídico adquiere una especial relevancia como garante de deberes deontológicos, morales y éticos determinados en ocasiones en la propia ley, en otras ocasiones en normas de ámbito reservado al colegio profesional correspondiente.

Así, para el profesor Peces-barba el operador jurídico serían “todos aquellos que se dedican a actuar dentro del ámbito del Derecho con una habitualidad profesional, sea como aplicadores del Derecho pero también como creadores, intérpretes o consultores del mismo y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos¹⁹⁴. Esta diferenciación de la actividad del operador jurídico exige, en el ejercicio de sus funciones, un plus de exigencia en su cometido sobretudo en cuanto al deber de diligencia y de transparencia en sus tareas, para promover en última instancia la mayor participación de la sociedad en las decisiones jurídicas.

En este sentido, podría entenderse que estas profesiones se constituyen en fieles colaboradores de la justicia. Se asume así, el obligado cumplimiento de deberes tales como el secreto profesional, deber de información, confi-

¹⁹⁴ PECES BARBA, G.; “Los operadores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 72, Madrid, 1987, p. 448.





dencialidad, independencia, debida diligencia en la gestión de los asuntos, entre otras, que van a caracterizar singularmente el ejercicio de la profesión jurídica frente a otras. Es de tal importancia esta conformación de deberes que se adquiere, que no es de extrañar que ante las altas exigencias, sea reclamada un mayor nivel de responsabilidad ética no sólo a nivel nacional sino supranacional¹⁹⁵. Es precisamente por ello, que dentro del Espacio Europeo se determine una clara evolución en torno a las garantías de ciertos principios inescindibles, como puede ser el secreto profesional, la transparencia, la probidad, entre otros.

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL ABOGADO COMO OPERADOR JURÍDICO

La abogacía está considerada como una de las profesiones más pretéritas y necesarias desde que el hombre vive en sociedad. En sus orígenes su función era de interlocutor entre el pueblo y el poder. La figura del abogado no siempre fue reconocida como algo positivo y necesario hasta que los destinatarios de las normas reconocieron la necesidad de un interlocutor que invocara sus derechos frente a quien detentaba el poder (ad vocatum, el que invoca, el que pide).

El mundo de la abogacía ha sufrido considerables transformaciones, en este sentido, podemos hacer referencia en el caso español, de las modificaciones sufridas en los planes de estudio que dan acceso a la profesión, conforme a la adaptación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Véase en el caso del deber de transparencia, cómo ha alcanzado cotas de exigencias supraestatales. Por todos, SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.; “Transparencia y acceso a la información pública ;son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en AAVV. Correidoira y Alfonso, L. y Cotino Hueso, L., *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2013, pp. 313-318 y en MARTÍN DEL LLANO, M. I.; “Los derechos de reunión, asociación y petición” en AAVV. Sánchez González, S. (coord.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 328 y ss.

¹⁹⁶ Ley 34/2006 de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales. Esta norma es fiel reflejo de la idea que defiende que “La Unión Europea camina hacia una mayor integración y se hace imprescindible la homologación de estas profesiones jurídicas, en orden a garantizar la fluidez en la circulación y establecimiento de profesionales, uno de los pilares del mercado único que constituye base esencial de la Unión Europea”.





El grado de importancia que asume la función social del abogado en el ejercicio de sus funciones se proyecta tanto dentro del ordenamiento jurídico español como en el contexto jurídico europeo. Prueba de ello es el reconocimiento del Código Deontológico del Consejo De Colegio de Abogados de la Comunidad Europea que implantan que a pesar de la variedad de sistemas jurídicos que nos encontramos dentro de la Unión Europea, unos principios comunes que sirven de brújula para los operadores jurídicos de las diferentes nacionalidades europeas. En este sentido, resulta destacable el artículo 1.1 donde se reconoce que “En una sociedad basada en el respeto de la justicia, el abogado desempeña un eminente papel. Su misión no se limita a la fiel ejecución de un mandato en el marco de la ley. El abogado debe garantizar que se respete el Estado de Derecho y los intereses de aquellos a los que defiende en sus derechos y libertades. El deber del abogado no es únicamente defender un asunto sino ser asimismo asesor del cliente. El respeto de la función del abogado es una condición esencial al Estado de Derecho y a una sociedad democrática”¹⁹⁷.

Se desprende por tanto que el objetivo del abogado como operador jurídico no es otro que la de asesorar con garantías los derechos del justiciable dentro de un marco legal y ético. Así, autores como De La Torre reconocen que el abogado como operador jurídico desde la formalidad se avala en lo contemplado en el artículo 1.1 de Estatuto General de la Abogacía Española¹⁹⁸. Este artículo contempla que “La abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia”. Desde una visión material es interesante el contenido del artículo 30 del Estatuto General de la Abogacía

¹⁹⁷ Código Deontológico de los abogados europeos del CCBE. Se desprende del contenido del artículo el valor que asume el sentido de la justicia en el ámbito jurídico. Hay que matizar que por justicia prevalece la idea que tiene como proyección inmediata la idea de los valores democráticos.

¹⁹⁸ DE LA TORRE, J.; *Deontología de abogados, jueces y fiscales: reflexiones tras una década de docencia*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, p. 134.





Española, donde se reconoce expresamente que “la justicia y de los medios de asesoría, la conciliación y defensa de los derechos”¹⁹⁹.

No cabe duda que la función principal del derecho se cristaliza a través de la organización social, precisamente por ello, los profesionales del derecho, se traducen para el profesor Elías Díaz, en interlocutores esenciales para que los instrumentos que garantizan ese orden, sean eficaces²⁰⁰.

Siguiendo la idea del profesor Ortega, la profesión de abogado como profesión liberal, lleva implícito un servicio de utilidad pública²⁰¹. Desde este prisma, se infiere esa función social que singulariza al abogado por estar al servicio del interés común, satisfaciendo las necesidades esenciales de la comunidad y de los individuos que la integran. Así, el abogado se postula como servidor de la justicia, defensor de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, garantía imprescindible de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978, constituyéndose así, en uno de los principales garantes de este principio fundamental, pilar básico de todo Estado de derecho²⁰².

Es por ello que autoras como la profesora Alonso defienden que “Los valores que comporta el ejercicio de la actividad, en este caso de la abogacía, supone un núcleo importante del conjunto de principios de la comunidad”²⁰³.

En la misma línea, señala la profesora Ancos “que todas las profesiones en

¹⁹⁹ Estatuto General de la Abogacía Española, en su artículo 30 reconoce además que “El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada”.

²⁰⁰ DÍAZ, E.; “De las Funciones del Derecho: Organización y cambio social”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Volumen IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 5444.

²⁰¹ ORTEGA REINOSO, G.; “La abogacía, una profesión liberal en cambio”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, números 1-2, Madrid, 2005, p. 254.

²⁰² Artículo 24 de la Constitución española de 1978 “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

²⁰³ ALONSO PÉREZ, M. T.; “Notas para un estudio sociológico y económico de las profesiones liberales”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, Universidad de Granada, 1993, pp. 15-82.



este tercer milenio, en esta era de la globalización, enfrentan más que nunca, el desafío del bien común y la conciliación en su ejercicio diario de la solidaridad y el bienestar, y el individualismo y el beneficio particular²⁰⁴.

Aludiendo a esta especial función social del abogado, se hace necesario imponer un elenco de deberes que no se encuentran contemplados únicamente en la ley, sino que encuentran también su marco regulador en las normas profesionales recogidas por los Códigos deontológicos y, que aunque en ocasiones se discuta su naturaleza, no cabe duda que encuentran su significación en valores ético-morales o argumentos basados en la competencia profesional del colegiado que las asume y acata.

El Código Deontológico de la Abogacía Española en su preámbulo señala que “En una sociedad constituida y activada con base en el Derecho, que proclama como valores fundamentales la igualdad y la Justicia, el Abogado experto en leyes y conocedor de la técnica jurídica y de las estrategias procesales, se erige en elemento imprescindible para la realización de la Justicia, garantizando la información o asesoramiento, la contradicción, la igualdad de las partes tanto en el proceso como fuera de él, encarnando el derecho de defensa, que es requisito imprescindible de la tutela judicial efectiva”²⁰⁵. Y continúa expresando cómo por esa razón “el Abogado precisa, más que nunca, de unas normas de comportamiento que permitan satisfacer los inalienables derechos del cliente, pero respetando también la defensa y consolidación de los valores superiores en los que se asienta la sociedad y la propia condición humana”²⁰⁶.

Este compromiso del abogado con la sociedad, consagrado en dicho preámbulo, se puede sintetizar en palabras de la profesora Ancos al afirmar que “la Abogacía es una profesión que se ha distinguido tradicionalmente por la sensibilidad hacia realidades sociales (de injusticia, de los desfavorecidos económica o políticamente), a través de los servicios de orientación jurídica

²⁰⁴ ANCOS FRANCO H.; “Función social de la abogacía y las normas deontológicas”, en AAVV, VILA RAMOS, M. (coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 24-25.

²⁰⁵ *Código Deontológico de la Abogacía Española*, aprobado en el Pleno del Consejo de la Abogacía, el 27 de septiembre de 2002.

²⁰⁶ *Ibidem*.





y de asistencia jurídica gratuita, y la defensa de los Derechos Humanos en contextos geográficos y políticos conflictivos²⁰⁷.

El abogado, como operador jurídico desarrolla un papel primordial en la protección y defensa del interés social, instituyéndose en un necesario colaborador de la administración de justicia, que se expresa desde las prerrogativas que el marco legal y deontológico le confiere, con libertad e independencia.

LA IMPORTANCIA DE LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS

La deontología viene entendida como la ciencia que estudia el conjunto de los deberes morales, éticos y jurídicos con que debe ejercerse una profesión liberal determinada.

No cabe duda que en nuestro lenguaje ordinario se evidencia la relación existente por ambas ciencias, precisamente por trabajar con el mismo arsenal conceptual. Ello no impide entender por separado a la Deontología Jurídica como una cualidad o una derivación de la Ética en una actividad profesional. Así lo reconoce Pérez Varela cuando defiende que “la ética aplicada a la profesión del jurista y del abogado se denomina deontología jurídica”²⁰⁸.

Entre los diferentes enfoques que pueden versar en torno a la aproximación conceptual, autores como Sánchez-Stewart definen a la deontología como “el conjunto de normas jurídicas que regulan sus relaciones con su cliente, con la parte adversa, con sus compañeros de profesión, con los órganos y funcionarios ante los que actúa y con su colegio profesional, normas cuyo origen y tutela es corporativo”²⁰⁹.

En el tema que nos ocupa, hay que partir de la consideración que defiende a que la mayoría de las profesiones jurídicas adquieren una singular preeminencia social, no solo porque en su ejercicio significa encuentros con la justicia y el derecho, sino porque son reguladas por las leyes y por códigos deontológicos de una exigencia notoria. Así, puede afirmarse que aquellas

²⁰⁷ ANCOS FRANCO H.; “Función social de la abogacía y las normas deontológicas”, AA.VV. B. Vila Ramos (coord.), *cit.*, pp. 24-25.

²⁰⁸ GRANDE YÁÑEZ, M.; *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006, p. 21.

²⁰⁹ SÁNCHEZ-STEWART, N.; *La profesión de abogado: deontología, valores y Colegios de abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, p. 57.



profesiones que se encuentran íntimamente vinculadas con la consecución de determinados valores o derechos, constituyen foco de atención social, política y legislativa. En este sentido, la profesión de la abogacía en su relación con la administración de justicia es una de las profesiones donde la deontología profesional adquiere un papel fundamental.

Cobra especial atención la discutida naturaleza de las normas deontológicas así como los instrumentos que posibilitan su garantía de cumplimiento. Puesto que aunque las normas deontológicas pudieran realmente encontrarse en ese estadio intermedio entre el Derecho y la moral, una vez codificadas reconocen y establecen una serie de principios y deberes profesionales de obligado cumplimiento.

La necesidad de un Código Deontológico responde principalmente por el compromiso moral que debe tener el abogado en la función social que representa en el ejercicio de sus funciones, por lo que en ninguno de los casos, poner en riesgo la independencia, la lealtad, ni el secreto profesional, comprometiéndose en todo caso a actuar con honradez, diligencia y rectitud.

La justificación del esquema normativo que proviene del Código Deontológico en la abogacía, cobra todo su sentido, en la necesidad de garantizar los valores ético-morales y de justicia en el ejercicio de su profesión.

Estas exigencias se presentan para el justiciable como una garantía de protección de sus derechos, posibilitando la capacidad de instruir un procedimiento sancionador cuando el sienta lesionado uno de sus derechos por una mala praxis del abogado sin acudir a la jurisdicción ordinaria.

De esta manera, se refuerza la idea que constituye nuestro ordenamiento jurídico español como un Estado democrático, social y de derecho, lo que obliga a que valores como la justicia se constituyan en un referente obligado en el quehacer cotidiano de los operadores jurídicos²¹⁰. Un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, avalado en el marco constitucional, donde la profesión de abogado se postula como uno de los pilares fundamentales, necesarios, e imprescindibles, para dar plena efectividad a los principios constitucionales dimanantes del valor de la justicia que consagra nuestra Carta Magna. En este sentido, puede afirmarse como lo hiciera el profesor De Carranza que

²¹⁰ Constitución Española de 1978, en su artículo 1.1. reza “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.





“sin derecho de defensa no hay justicia y sin justicia no puede haber Estado de Derecho”²¹¹.

Desde esta visión de la justicia entendida desde su consideración de función pública, es necesario hacer especial énfasis en la función social que como venimos resaltando desempeña el abogado en su labor de procurar un mejor funcionamiento de la sociedad, por lo que no es de extrañar que las normas deontológicas, reguladoras de la profesión, encuentren su justificación en la protección de los principios que garantizan la labor del abogado en favor del interés público. En este sentido, afirma Carlos Carnicer que “el Código deontológico es el verdadero compendio de las directrices que deben observar los abogados españoles en su quehacer diario”²¹². Queda así el abogado comprometido en su ejercicio profesional, avalado por unas normas éticas que a la postre contribuyen a que preste un mejor servicio a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, M. T.; “Notas para un estudio sociológico y económico de las profesiones liberales”, en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, Universidad de Granada, 1993.

ANCOS FRANCO H.; “Función social de la abogacía y las normas deontológicas”, en AAVV, VILA RAMOS, M. (coord.), *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013..

CARNICER DÍEZ, C.; “Normas Deontológicas” en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

CARRANZA MENÉNDEZ DE VIGO, S.T.; “Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado”, *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013.

DE LA TORRE, J.; *Deontología de abogados, jueces y fiscales: reflexiones tras una década de docencia*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000.

DÍAZ, E.; “De las Funciones del Derecho: Organización y cambio social”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Volumen IV*, Civitas, Madrid, 1996.

GRANDE YÁÑEZ, M.; *Ética de las Profesiones Jurídicas*, Desclée De Brouwer, Bilbao, 2006.

²¹¹ DE CARRANZA MENÉNDEZ DE VIGO, S.T.; “Principios fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado”, *Deontología profesional*, Dykinson, Madrid, 2013, pp 35-36.

²¹² CARNICER DÍEZ, C.; “Normas Deontológicas” en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p.190.





MARTÍN DEL LLANO, M. I.; “Los derechos de reunión, asociación y petición” en AAVV. Sánchez González, S. (coord.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ORTEGA REINOSO, G.; “La abogacía, una profesión liberal en cambio”, *Justicia: Revista de derecho procesal*, números 1-2, Madrid, 2005.

PECES BARBA, G.; “Los operadores jurídicos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 72, Madrid, 1987.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.; “Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en AAVV. L. Correidoira y Alfonso y L. Cotino Hueso, *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ- STEWART, N.; *La profesión de abogado: deontología, valores y Colegios de abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008.





LA IMPORTANCIA DE LA DEONTOLOGÍA DOCENTE

Hortensia Rodríguez Morales²¹¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Resumen: En la actualidad nos encontramos cómo los códigos deontológicos asumen notoria relevancia en cualquier ámbito profesional. La implantación de un sistema deontológico que remita a sus destinatarios al cumplimiento de unas mínimas pautas de actuación regidas por principios éticos y morales, constituye la base argumental de los códigos deontológicos de cualquier profesión en general y muy en particular, en el ámbito educativo.

La necesidad de implementar un código deontológico en la profesión docente adquiere todo su sentido, si se tiene en cuenta que el ámbito en el cual se ejerce la docencia se constituye en herramienta fundamental para la conformación de la personalidad del educando.

Palabras clave: deontología, docencia, formación, ética, moral.

Abstract: Nowadays we find how codes of ethics take notorious relevance in any professional field. The implementation of an ethics system that refer to its recipients to the fulfilment of minimum guidelines of action governed by ethical and moral principles is plot based on the codes of conduct of any profession in general and very in particular, in the field of education.

The need to implement a code of ethics in the teaching profession acquires all its sense, if one takes into account that the scope in which the teaching is exercised constitutes fundamental tool for the formation of the personality of the student.

²¹¹ Letrada Asesora del Sindicato Comisiones Obreras. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de G.C. Profesora ULPGC Máster de la Abogacía. email: hortensia.rodriguez@fsc.ccoo.es





key Words: Deontological ethics, teaching, training, ethics, moral

Resumo: Hoje em dia podemos encontrar como códigos de ética tomar relevância notória em qualquer campo profissional. A implementação de uma sistema que se referem a seus destinatários ao cumprimento das diretrizes mínimas de ação regida por princípios éticos e morais é o enredo baseado nos códigos de conduta de qualquer profissão, em geral de ética e muito em especial, no campo da educação.

A necessidade de implementar um código de ética na profissão docente adquire todo o seu sentido, se levarmos em conta que o escopo no qual é exercido o ensino constitui um instrumento fundamental para a formação da personalidade do aluno.

Palabras-chave: ética profissional, ensino, formação, ética, moral.

PLANTEAMIENTO

La deontología docente puede definirse como el sistema éticamente normativizado de la actividad del profesional de la enseñanza. Esta normatividad se refiere a una regulación interna de la actividad docente por un conjunto de reglas conocidas como código deontológico. El nivel de garantía moral y ética que se pretende conseguir con este tipo de normas consensuadas en un ámbito profesional determinado, se realiza con un conjunto de pautas y límites a determinadas acciones del profesional docente. No obstante a ello, se debe partir de la idea de que el código deontológico y las pautas de conducta que se le ofrecen al profesional de manera vinculante, no resultan legalmente coercitivas. Las exigencias de cumplimiento de estas normas o regulación interna, se enmarcan exclusivamente en un ámbito profesional concreto y es en ese entorno de actividad donde pueden producirse las vulneraciones éticas y morales establecidas en el código deontológico y donde pueden ser sancionadas.

En este sentido, la moral del grupo se representa en un documento de libre observación, como no podría ser de otro modo, teniendo en cuenta la libertad que queda representada en toda acción moral y de conciencia. O dicho de otro modo, se ha de partir de la idea de que “el ser humano es responsable de sus acciones y en el caso de aquellas acciones que propenden hacia el bien común,





engendran un comportamiento virtuoso que acrecienta a la persona desde su interioridad”²¹².

Pudiera afirmarse entonces que desoír los mandatos de los códigos deontológicos profesionales, es entrar en lo que Angulo y Acuña denominan “libertinaje o abuso de la libertad”, cuando expresan que “la moral es la praxis de la ética; la moral se expresa mediante normas y la ética es un estudio de las normas que rigen las relaciones humanas; ambas son disciplinas para la libertad, implican la posibilidad de seleccionar entre un conjunto de alternativas, sin atropellar al semejante. La moral sólo puede darse dentro de la libertad, no es posible la acción moral si se vive coartado; sin libertad no es posible ni la religión, ni la ciencia, ni los actos humanos en general, pero el abuso de la libertad trae consigo su pérdida y genera el libertinaje, que es la corrupción de la libertad”²¹³.

En este sentido, se constituye en una guía que unifica criterios de actuación en un determinado ámbito profesional. Pues teniendo en cuenta que éste es un entorno determinado de formación de discentes, de ahí la importancia de que la actividad prestada por los profesionales de la docencia se realice de forma general, en aplicación de una ética y moral profesionales irreprochables.

ÉTICA PROFESIONAL DEL DOCENTE

De forma general puede afirmarse que la ética se define como el ideal de la conducta humana, que se orienta sobre lo que es bueno y correcto y que se consolida cuando se internalizan las normas sin que exista presión exógena para su cumplimiento.

Para Millán Puelles hay algunas profesiones que requieren de una “auténtica vocación, como es el que resulta del educador”²¹⁴. Es decir, la responsabilidad como base fundamental de la acción educativa”²¹⁵.

²¹² WANJIRU, C. *La ética de la profesión docente. Estudio introductorio a la deontología de la educación*, Eunsa, Navarra, 1999, pp. 143-154.

²¹³ ANGULO, N. y ACUÑA, I. “Ética del Docente”, *Revista Educación en Valores*, número 3, 2005, p. 25.

²¹⁴ Citado por WANJIRU, C. *La ética de la profesión docente, cit.*, p. 39.

²¹⁵ ORTEGA P. y MINGUEZ, R. *La educación moral del ciudadano de hoy*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 26.





En ese sentido, y aplicado al ámbito educativo, Nerkis Angulo reconoce que el docente debe para efectuar esta labor tiene “que adquirir conocimientos de ética y de cómo debe ser su comportamiento como docente”²¹⁶. En esta línea, Escudero Muñoz reconoce que la ética docente requiere de “conocimientos y herramientas intelectuales que permitan apreciar el valor social y personal de las experiencias, oportunidades y logros escolares de los estudiantes”²¹⁷. Desde este enfoque se defiende que existen ciertos valores que se mantienen inmutables, como puede ser la justicia, la solidaridad, el respeto o tolerancia, con independencia de los cambios que sufre la evolución social. Los cambios deben hacerse para elevar la calidad de vida, puesto que las cosas no son valores por sí mismas, adquieren valor en el momento en que hacen contacto con el ser humano y éste los relaciona con sus bienes”²¹⁸.

Etimológicamente, el término deontología equivale a “tratado o ciencia del deber”, ya que está constituido por dos palabras griegas: “deontos”, genitivo de “deon”, que significa deber y “logos”, discurso o tratado²¹⁹.

Aunque gramaticalmente los vocablos moral y ética se identifiquen, y lleguen a significar lo mismo, “ciencia de las costumbres”, el primero tiene su origen en fuentes latinas, mientras que el segundo deriva del griego. Sin embargo, se ha de admitir que el término moral, siempre ha llevado implícitas unas connotaciones que lo han relacionado con unos valores superiores, socialmente reconocidos como buenos o aceptables. En esta línea, parece que al menos en el lenguaje común, quien emplea el término moral admite que las costumbres deben subordinarse a unos valores superiores, mientras que el vocablo ética parece poner más el acento en los usos sociales en sí mismos considerados, sin supeditarlos a estos principios superiores.

En cuanto a la conceptualización de “deontología” se ha limitado fundamentalmente al ámbito de las profesiones intelectuales que se desenvuelven en régimen de autonomía tal y como afirmaba Lega, cuando defiende que “tradicionalmente la Deontología se ha limitado a regular el ejercicio de profesiones que se consideran de interés público, requieren un vínculo con el

²¹⁶ ANGULO, N. y ACUÑA, I. “Ética del Docente”, *cit.*, p. 22.

²¹⁷ ESCUDERO MUÑOZ, J.M. “Dilemas éticos de la profesión docente”, en *Revista Tribuna Abierta*, CEE Participación Educativa, Número 16, Madrid, 2011, p. 98.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

²¹⁹ PEIRÓ, F. *Manual de deontología médica*, Universidad de Madrid, Madrid, 1944, p. 11.



cliente, se ejercen en régimen de monopolio porque exigen estar en posesión de un título y de forma liberal²²⁰. No obstante, es necesario tener presente que “el contenido de las normas deontológicas no se agota en el ámbito de la ética, ni puede decirse que todas estas normas tengan carácter exclusivamente moral²²¹. De hecho, podría afirmarse que las normas recogidas en los códigos deontológicos presentan claros puntos de contacto incluso, con usos sociales, ya que surgen como prácticas, pautas o reglas de comportamiento profesional, adquiriendo carácter vinculante por la presión que la sociedad ejerce sobre ese ámbito preciso.

Con respecto a la función que tiene el código deontológico en el ámbito al que hacemos referencia debe tener, en todo caso, un carácter fundamentalmente promocional, no represivo. Así se ha sostenido que el código deontológico, más que mandar, debe recomendar, promocionar determinadas pautas de comportamiento, e intentar disuadir de la realización de otras. Desde este punto de vista, en última instancia el cumplimiento efectivo del código se hallaría en manos de la libre decisión de los profesionales²²². Se defiende por ende, que los códigos deontológicos poseen, una función primaria en la que coincide con el Derecho y la moral. Es decir, condicionar el comportamiento de los miembros de un colectivo, en este caso, el profesional, en un sentido muy concreto, inclinándolo a un determinado modelo.

Ahora bien, aunque se califique de normas no vinculantes, algunos códigos deontológicos, por no decir la mayoría, poseen carácter vinculante y un régimen sancionador disciplinario ante incumplimientos. Para justificar este carácter coactivo se suele mantener que la codificación deontológica es el resultado de un pacto social. La sociedad ha depositado en determinadas corporaciones profesionales la facultad de otorgar licencias para el ejercicio de una determinada profesión²²³, y es que parece lógico entender que cuando un código se impone desde instancias estatales, sus normas dejan de poseer un carácter propiamente deontológico para convertirse en Derecho positivo, ya sean leyes

²²⁰ LEGA, C. *Deontología de la profesión de abogado*, Civitas, Madrid, 1983, p. 24.

²²¹ *Ibidem*, p. 24.

²²² HERRANZ RODRÍGUEZ, G. *Comentarios al Código de ética y deontología médica*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 9.

²²³ ARIÑO, G. y SOUVIRON J. M. *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, 1978, p. 76.





en sentido estricto o disposiciones reglamentarias²²⁴. De esta manera, se puede deducir que el código deontológico posee una dimensión eminentemente moral (de la que por otro lado, parece que tampoco debe carecer el orden jurídico), pero no debemos olvidar que al igual que el Derecho, contempla las acciones humanas atendiendo a su dimensión o trascendencia social. Es lo que tradicionalmente se ha denominado “exterioridad” del Derecho frente a la interioridad de la moral. Esa exterioridad o dimensión social que al igual que el Derecho, posee la deontología, es la que origina no sólo obligaciones en los profesionales, sino también expectativas de derechos en la sociedad²²⁵. Por ello, los códigos deontológicos se atribuyen a los profesionales para regular las normas éticas y morales aplicables a su específica actividad profesional y se constituyen en el pseudoordenamiento jurídico de calado ético, que se aplica exclusivamente a las tareas y funciones profesionales.

LA NECESARIA IMPLEMENTACIÓN DE UN CÓDIGO DEONTOLÓGICO EN EL ÁMBITO DOCENTE

Como se viene defendiendo, los códigos deontológicos constituyen una eficaz herramienta para establecer pautas y criterios comunes en materia ético-moral, aplicables a la actuación de determinados profesionales. Los códigos deontológicos docentes, por lo tanto, tienen una pretensión equilibradora entre la ética y la moral que la sociedad percibe como aceptable y la que el profesional docente en sus actuaciones y elecciones debe respetar.

Un código deontológico constituye un criterio común para una determinada profesión en cuanto a las implicaciones de carácter ético que en la realización de su cometido profesional se les presente. Generalmente toma forma escrita y una de las primeras obligaciones del profesional al iniciar su andadura profesional, es aceptarlo como parte integrante de sus obligaciones más intensamente exigibles. Así se puede afirmar que el código deontológico recoge la ética mínima exigida a un profesional en el ejercicio de su profesión. Luka Brajnovik consigue definirlo de esta forma concreta, “la moralidad, el honor,

²²⁴ HARING, B. *Moral y medicina*, Ed. P. S., Madrid 1972, p. 40.

²²⁵ LÓPEZ GUZMÁN, J.; y APARISI MIRALLES, A. “Aproximación al concepto de deontología”, en *Revista Persona y derecho*, Volumen 30, Universidad de Navarra, Navarra, 1994, p. 181.





la honestidad, el deber y la obligación de conciencia referente al ejercicio de una profesión se denomina, ética profesional”²²⁶.

En el ámbito docente y educativo no solo deben asimilarse conocimientos técnico-científicos de la carrera que permita una profesión a futuro, sino que se han de incorporar valores humanos y éticos que incentiven al profesional a mejorar como tal en la actividad que realiza.

En ese sentido, defiende Toldi que “el educando, futuro profesional, no solamente estudia o debe estudiar los deberes profesionales, sino también las ideas y valores que la profesión encierra en sí misma. La función de esta ciencia sería el acercamiento o aplicación de los principios morales a la vida del trabajo o más concretamente a la vida profesional”²²⁷.

Nace así el concepto de ética profesional, que podría definirse como ciencia del espíritu, fundamenta su razón de ser en las normas que se recogen en los códigos deontológicos. Por su parte esos códigos resultan compilaciones de principios morales fundamentados en la práctica, en los usos y las costumbres de la época en que se recopila. Si la sociedad cambia, puede cambiar con ella, porque al fin y al cabo regulan administrativamente relaciones interpersonales en un ámbito profesional determinado.

Precisamente por ello, se afirma que “la ética profesional es el conjunto de normas de un menor grado de positivación y que no están respaldadas por una sanción estatal”, tal y como defendiera José María Desantes²²⁸. Estas normas éticas que se recogen en los códigos deontológicos profesionales, no son proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas como proposiciones lógicas o matemáticas, son más bien aquellas que tienen fundamentación racional relativa de gran evidencia porque surgen de la experiencia, razón por la que defiende Francisco Miró que “tenemos que aceptarla porque nuestra razón nos revela que son así, que tienen que ser así y que no pueden ser diferentes a lo que son. O sea, nuestra razón nos impone su aceptación de manera necesaria”²²⁹.

²²⁶ BRAJNOVIK, L. *Deontología periodística*, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 25.

²²⁷ TOLDI, J. *Nivel ético de vida del profesional español*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 14.

²²⁸ DESANTES GUUNTER, J. M. *El autocontrol de la actividad informativa*, Edicusa, Madrid, 1975, p. 213.

²²⁹ MIRÓ QUESADA, F. *Ensayos de filosofía del derecho*, Universidad de Lima, Lima, 1988, p. 15.





En este sentido, parece recaer en los colegios profesionales de forma específica la obligación de compilar esas normas éticas y extender su conocimiento y aprobación a todos los miembros integrantes de ese colegio concreto, que de hecho, deben acatarlo en sus primeros pasos como profesional colegiado. Así lo entiende Tiana Ferrer cuando reconoce que “los colegios profesionales descansan en última instancia sobre la legitimidad que tienen en su actuación, pero también sobre su prestigio. De nada vale organizar y regular cuidadosamente la vida y el funcionamiento de un colegio, si sus profesionales no tienen reconocimiento social ni poseen una voz autorizada en las cuestiones que les competen”²³⁰. Por ello, “una de las funciones más importantes que los colegios deben ejercer consiste en sentar las bases de una buena práctica profesional por parte de todos sus componentes. No quiere ello decir que el colegio profesional sea la única instancia que deba intervenir en estos asuntos, pero tampoco puede permanecer al margen”²³¹.

De acuerdo con esta concepción, “el código deontológico es una formulación explícita de los compromisos y los deberes profesionales que los componentes de la profesión deben asumir y aplicar en su ejercicio cotidiano. De ese modo, el código entra en el ámbito de la ética profesional, desbordando el de las meras obligaciones expresas. Aunque su incumplimiento pueda llevar aparejada alguna consecuencia, no es en modo alguno un repertorio de sanciones. Más bien al contrario, su propósito debe consistir en recoger los planteamientos que deben fundamentar una buena práctica profesional. Por ese motivo, su redacción debe estar hecha más en términos positivos que negativos: debe enfatizar más los compromisos y deberes asociados a la buena práctica profesional que los comportamientos a evitar. Obviamente, se trata de dos aspectos íntimamente entrelazados, pero que conviene distinguir”²³².

Tomando como punto de partida la complejidad existente en el ámbito que referimos, resulta de suma importancia concretar una serie de principios generales en un Código deontológico que especifique los deberes que cualquier profesional debe atender en el ámbito de su labor profesional. En el caso que nos ocupa, el docente debe conocer sus “obligaciones, pero también para

²³⁰ TIANA FERRER, A. “Un nuevo código deontológico para la profesión docente”, *CEE Participación Educativa*, Número 16, Madrid, 2011, p. 40.

²³¹ *Ibidem*, p. 40.

²³² *Ibidem*, p. 41.



que la sociedad le otorgue la confianza y la autoridad necesarias para alcanzar la educación de calidad que anhela y demanda para sus hijos”²³³.

A tal respecto, Joan Mallart se pronuncia defendiendo que “las profesiones pedagógicas, tanto docentes como de orientación, mediación, asesoramiento o supervisión, así como aquellas más relacionadas con la educación no formal o de educación en el tiempo libre, tienen unas exigencias deontológicas que no siempre encuentran un tratamiento detallado específicamente en los planes de estudio propios de su formación inicial. Cuando así ocurre, se requiere un enfoque transversal en el que se deberían implicar la mayoría de las materias, departamentos y profesorado”²³⁴, por tanto, la introducción de un código deontológico de la profesión docente, constituye un paso hacia la instauración del ethos del profesional de la enseñanza.

En este sentido, el texto del código deontológico del profesional docente en el ámbito español tiene como objetivo prioritario “lograr el máximo desarrollo de las facultades intelectuales, físicas y emocionales de las nuevas generaciones, y al propio tiempo permitirles adquirir los elementos esenciales de la cultura humana. Tiene por tanto una doble dimensión, individual y social, íntimamente entrelazadas, cuyo cultivo constituye la base de una vida satisfactoria y enriquecedora”²³⁵.

La trascendencia de la educación como fuero de la cultura de una sociedad es defendida en este código deontológico como una de las razones para su implantación. Pero en esta transmisión de conocimiento y valores es fundamental el ethos institucional, tanto el expreso como el oculto, en el que están implícitos y explícitos los valores por los que apuesta esa institución educativa concreta. Por ello, no resulta de ninguna manera extraño que la deontología docente busque la máxima realización del educando en un entorno “sano”, esto es, en un entorno que le permita adquirir las destrezas necesarias para su vida futura, sin lesionar intereses y expectativas individuales.

Como parte de los objetivos prioritarios de la educación y para abordar su contenido ético, el código deontológico español recoge como valores, siete

²³³ *Ibidem*, p. 44.

²³⁴ MALLART NAVARRO, J. “Hacia una deontología de las profesiones pedagógicas”, en *XII Congreso Internacional de Teoría de la Educación*, Barcelona, 2011, p. 1.

²³⁵ CAMBRA, J. *Código deontológico de la profesión docente*, Aprobado por el Pleno en su sesión 6 de noviembre de 2010.





principios, que son: a) Responsabilidad y ejemplaridad b) Justicia, veracidad y objetividad c) Respeto y empatía d) Solidaridad y responsabilidad social e) Espíritu crítico f) Desinterés (en el sentido de actuación profesional desinteresada, sin buscar el propio provecho) g) Formación permanente. Estos principios resultan extensibles a los diferentes profesionales de la docencia. Así se hace explícito el alcance a los maestros de enseñanza Primaria, Máster en Enseñanza Secundaria, así como cuantos desarrollen una función educativa y docente en centros de Enseñanza Infantil, Primaria, Secundaria y de Formación Profesional. En su texto, desarrolla los compromisos y deberes en relación con: a) El alumnado b) Las familias y los tutores del alumnado c) La institución educativa d) Los compañeros (el resto del profesorado y demás educadores) e) La profesión f) La sociedad²³⁶.

Autores como Escudero defienden que “la escuela y la profesión docente tienen en sus manos pasar y recrear con las nuevas generaciones un determinado legado cultural. Para ello, es preciso sostener una tensión perenne entre pasado y futuro, entre ser y deber ser. A las personas que se dedican a la enseñanza les toca la tarea y las responsabilidades inexcusables de reconocer las formas de ver, interpretar, pensar y actuar en el mundo que tienen sus estudiantes y construir sobre ellas otras más inteligentes, humanas y cívicas”²³⁷. En este sentido, defiende que “la educación y la docencia están expuestas en la actualidad a fuertes tensiones entre lo que es y lo que debería ser, entre la educación que hay y aquella que debería haber por razones de justicia, equidad y democracia. Hablar de la ética del profesorado es relevante porque los centros escolares donde se ejerce la docencia son espacios humanos, sociales y culturales que al menos hasta la fecha, siguen siendo importantes y decisivos en el presente y la vida futura de la niñez y juventud”²³⁸.

En el actual código deontológico del profesional docente español establece explícitamente que “el correcto ejercicio de la profesión docente no puede concebirse al margen de un marco ético, que constituye su sustrato fundamental y que se concreta en un conjunto de principios de actuación”²³⁹. Por

²³⁶ *Código Deontológico Docente*, aprobado por el Consejo General de Colegios de Doctores y licenciados en filosofía y Letras y en Ciencias.

²³⁷ ESCUDERO MUÑOZ, J.M.; “Dilemas éticos de la profesión docente”, *cit.*, p. 94.

²³⁸ *Ibidem*, p. 94.

²³⁹ TIANA FERRER, A.; “Un nuevo código deontológico para la profesión docente”, *cit.*, p. 43.





cuanto los docentes tienen la responsabilidad de prestar una atención permanente a la influencia de sus acciones sobre los educandos, pues sus acciones suelen servir de ejemplo de pautas de conducta. Lo cual les lleva a guiarse por los principios de responsabilidad y ejemplaridad en su actuación profesional cotidiana.

La principal causa para que se tengan en cuenta estos valores es que “la infancia y la adolescencia son etapas decisivas en la formación de la personalidad. Y para que este desarrollo alcance libremente su techo, es preciso que los docentes se guíen por el principio del respeto y la empatía, como condición para propiciar los sentimientos de seguridad y autonomía en los educandos”²⁴⁰.

La idea de responsabilidad profesional amplia en el espacio educativo deriva de que el ámbito de convivencia escolar exige aprendizaje continuo para la convivencia social, que se transmitan y adquieran valores como la solidaridad, y la responsabilidad social. La formación no solo como educandos sino como futuros ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MUÑOYERRO, L. *Código de Deontología Farmacéutica*, Fax, Madrid, 1950.

ANGULO, N. y ACUÑA, I. “Ética del Docente”, *Revista Educación en Valores*, número 3, 2005.

ARIÑO, G. y SOUVIRON J. M. *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, 1978.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (traducción de Araujo, M. y Marías, J.), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

BALLESTEROS, J. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989.

BATTAGLIA, F. *Grande dizionario della lingua italiana*, Tomo IV, Torino, 1966.

BATTAGLIA, F. *Curso de filosofía del derecho*, (traducción de Elías F. y Lucas, P.), Volumen 11, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951.

BRAJNOVIK, L. *Deontología periodística*, Eunsa, Pamplona, 1978.

DESANTES GUUNTER, J.M. *El autocontrol de la actividad informativa*, Edicusa, Madrid, 1975.

ESCUADERO MUÑOZ, J.M.; “Dilemas éticos de la profesión docente”, en *Revista Tribuna Abierta*, CEE Participación Educativa, Número 16, Madrid, 2011.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 43



GÓMEZ PÉREZ, R. *Deontología jurídica*, Ed. Universidad de Pamplona, Pamplona 1982.

HARING, B. *Moral y medicina*, Ed. P. S., Madrid 1972.

HERRANZ RODRÍGUEZ, G. *Comentarios al Código de ética y deontología médica*, Eunsa, Pamplona, 1992.

LEGA, C. *Deontología de la profesión de abogado*, Civitas, Madrid, 1983.

LÓPEZ GUZMÁN, J.; y APARISI MIRALLES, A. "Aproximación al concepto de deontología", en *Revista Persona y derecho*, Volumen 30, Universidad de Navarra, Navarra, 1994.

MACINTYRE, A. C. *Tras la virtud*, (Traducción de Amelia Valcarcel), Crítica, Barcelona, 2001.

MALLART NAVARRO, J. "Hacia una deontología de las profesiones pedagógicas", en *XII Congreso Internacional de Teoría de la Educación*, Barcelona, 2011.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. "Los derechos humanos como derechos inalienables", en AAVV, BALLESTEROS, J. *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.

MIRÓ QUESADA, F. *Ensayos de filosofía del derecho*, Universidad de Lima, Lima, 1988.

ORTEGA P. y MINGUEZ, R. *La educación moral del ciudadano de hoy*, Paidós, Barcelona, 2001.

PEIRÓ, F. *Manual de deontología médica*, Universidad de Madrid, Madrid, 1944..

TIANA FERRER, A. "Un nuevo código deontológico para la profesión docente", *CEE Participación Educativa*, Número 16, Madrid, 2011.

TOLDI, J. *Nivel ético de vida del profesional español*, Bosch, Barcelona, 2010.

WANJIRU, C. *La ética de la profesión docente. Estudio introductorio a la deontología de la educación*, Eunsa, Navarra, 1999.



GARANTIA DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL E SEUS COROLÁRIOS.

Marcelo Lemos

Advogado criminalista. Especialista em Direito Penal Empresarial (PUC/RS) –
Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS) – Bolsista CAPES.

E-mail: marcelo@lemons.adv.br

Vinícios do Valle

Delegado de Polícia/PCRS. Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciências Policiais da Segu-
rança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos da PMESP e Especialista em
Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho

Afiliação: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Resumo: Explicar alguns dos fatores que desencadeiam uma inconsciente imparcialidade no processo penal, na óptica desta exposição, assenta fundamento em temas atinentes à psicologia social. Por certo, a garantia de ser julgado por um juiz imparcial e isento é algo elementar em qualquer país que se considere civilizado e democrático. E, certamente, conscientemente a maioria dos magistrados tem essa concepção de que, de fato, julgam alheios a qualquer fator extrajudicial que possa vir a influenciar na correção de seus atos judiciais. Ocorre, contudo, que algumas circunstâncias que circundam o processo penal podem passar despercebidas aos filtros dos julgadores, porquanto, em última análise, a forma como se formatam os procedimentos criminais influencia, negativamente, a decisão final do magistrado. O acesso aos dados componentes do inquérito policial pelo magistrado que, ao depois, julgará o processo-crime é um fator que desencadeia, ainda que de forma inconsciente uma nódoa na garantia da imparcialidade, como se explica através da Teoria da Dissonância Cognitiva, eficazmente exposta por Schunemann, a qual traz elementos advindos da Psicologia Social e dos experimentos empíricos trazidos por Solomon Asch.





Palavras-Chave: Imparcialidade – Dissonância Cognitiva – Psicologia Social.

É importante destacar-se, *ab initio*, que uma das principais garantias conferidas pelo processo penal, sob uma ótica constitucional, é, indubitavelmente a imparcialidade do julgador, na medida em que, se assim procedendo, ao fim e ao cabo, poderá se chegar a um resultado mais equânime e justo, bem como fortalecerá a legitimidade do Poder Judiciário para impor a decisão. Ocorre, no entanto, que a prestigiada imparcialidade do juiz não se resume somente a um comprometimento formal daquele que irá presidir os atos instrutórios processuais, porquanto temos que ter em mente que esses são seres humanos e, assim como qualquer pessoa, possuem sentimentos, emoções, opiniões pré-formadas acerca de determinados assuntos, mídia, política, interesses próprios, ou seja, sofre, como qualquer ser humano, de influências internas e externas.

Por isso, alguns pontos são fulcrais para que se possa ter um juiz alheio às *intempéries* de modo a reduzir os espaços da subjetividade e manter sua base na razão, ao menos independente em relação aos desdobramentos políticos de uma sociedade, ao escopo de dissociar-se, por completo (ou quase completo), de uma figura de juiz inquisidor ou qualquer ranço inquisitivo que possa haver presente em nosso sistema processual. No Brasil, porém, determinados dispositivos constantes do Código de Processo Penal nos remetem, indissociavelmente, a uma cultura inquisitória que, invariavelmente, se reflete na imparcialidade do julgador.

O princípio da jurisdicionalidade é garantia que não se reflete somente na necessidade de se ter um juiz, mas sim de tê-lo de modo imparcial, consonante com os primados constitucionais dignos de um processo penal democrático. Demais, este deve ser lido a partir das garantias orgânicas da magistratura, a qual deverá ter como pressuposto a imparcialidade, norteadora da relação do magistrado com as partes²⁴¹.

Indubitavelmente, num Estado Democrático de Direito, o juiz assume um papel constitucional e não político, cuja função é a proteção dos direitos fundamentais de todos. O magistrado, de tal arte, mesmo que conte com uma opinião diversa da maioria da sociedade, em especial da mídia, não pode a esta sucumbir, tendo que atuar conforme as regras do jogo, atuando, se for o caso, numa função contra majoritária. Ademais, no jogo processual, a vítima

²⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.





é a parte débil no momento da ocorrência de eventual ilícito penal, de modo que, naquele instante, deve receber a tutela estatal. Contudo, em se tratando de processo penal, o sujeito vulnerável é o acusado, devendo, por via de consequência, ter assegurado os seus direitos²⁴².

Alexandre da Rosa²⁴³ orienta que o processo possui tempo e recursos finitos e a alocação desses recursos é uma escolha do jogador e do julgador. A escassez de recursos é inerente ao processo penal. Não se pode produzir todas as provas, realizar todas as perguntas, dispor do tempo para refletir antes de perguntar algo, nem há como retroceder e perguntar novamente. Há um ritmo do processo penal. As limitações cognitivas implicam ciladas, erros de avaliação e a preparação e o levantamento de informações, antes e durante o jogo processual são fundamentais. As informações a se obter são de duas vias. *Internas*: as possibilidades do processo, de seus jogadores, suas testemunhas, provas, jogadas, etc., tanto na qualidade quanto na quantidade. É preciso mapear o padrão tático dos jogadores, as antecipações de jogadas, o padrão de decisão do julgador. Reconhecer nesse mapeamento os pontos fortes e pontos fracos, os pontos de atrito e os trunfos utilizáveis no decorrer da partida. *Externas*: o cenário midiático – se o crime está na mídia, qual a abordagem, os meios para que se possa utilizar a mídia a seu favor –, o cenário da unidade jurisdicional – se há processos acumulados, a taxa de congestionamento, de êxito, as teorias possivelmente invocáveis na obtenção do resultado, acompanhar a jurisprudência e doutrina atuais de forma ampla e não só dos Tribunais e autores que se gosta. É preciso buscar ampliar as informações. Procurar os pontos cegos no direito penal e do processo penal, as possibilidades do paradoxo.

Aury Lopes Jr. discorre que o princípio do Juiz Natural está interligado a três pontos: tão-somente os órgãos instituídos pela Carta Magna são capazes de exercer a jurisdição; ninguém pode ser processado por órgão havido após o fato e; *há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja*²⁴⁴. O jurista foca o seu estudo em relação à necessidade de independência do juiz, na medida em que este deve se deslocar de qualquer sorte de pressão

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto o processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3.^a ed., rev., atual. e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

²⁴⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.





política ou advinda da própria sociedade. Não se exige, portanto, um juiz “neutro”, mas sim um “independente” – devendo ser entendida a independência como a *exterioridade a todo o sistema de poderes*. À luz disso, conceitua que a *função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal*²⁴⁵. Algumas questões ligadas ao princípio alhures aventado indicam alguns erros de interpretação, porquanto algumas previsões legais – como a questão da prevenção do juízo – não podem estar ligadas à concepção do *juiz natural*.

Aduz o mesmo jurista que tal corresponde à posição de um terceiro (magistrado) que o Estado ocupa dentro do processo, exigindo-se dele uma posição de *terzietà* – ou seja, estar alheio aos desejos de cada parte. Para Goldschmidt, a imparcialidade do julgador resulta da parcialidade das partes existentes no processo. De tal arte, nos estreitos limites de um Sistema Acusatório, a imparcialidade do julgador será resultante de uma separação inicial das partes, cada qual com a sua função – acusar e defender e isso perpassa por um ponto assaz significativo: a vedação de conferir gestão ou iniciativa probatória do magistrado, fundamentalmente na parte da investigação preliminar. É decorrência inafastável que a gestão da prova seja feita exclusivamente pela acusação e defesa.

Isto é, a posição que ostenta um magistrado com um ranço inquisitório é presente em nosso sistema processual, uma vez que tal pode se verificar a partir dos *poderes investigatórios* exercidos pelo juiz na fase pré-processual e, ao depois, os *poderes instrutórios* no decorrer da persecução penal em juízo. É preciso que se diga que para existir, de fato, um pleno sistema acusatório não é somente necessária a separação entre acusação e defesa, devendo-se analisar também a posição imparcial do magistrado²⁴⁶. Ademais, *ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do thema probandum e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da positivação da questão fáctica*. Eis por que razão *a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar*. Em síntese, *quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso,*

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*.





*em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador*²⁴⁷.

À luz desse contexto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mormente nos casos *Piersack* e *De Cubber*, ambos dos anos 1980, decretaram que é inadmissível que o juiz que tenha atuado na fase de investigação venha, a depois, a julgar a ação de índole penal. Nessa senda, constatou-se que a contaminação atinente aos pré-juízos criados se projetam em relação a uma perda da imparcialidade subjetiva e objetiva. Compreende-se por *imparcialidade subjetiva* o conhecimento do magistrado no que toca ao caso concreto e a sua ausência de pré-juízos; por *imparcialidade objetiva* pode-se dizer que é aquela na qual o juiz se encontra em uma situação que garanta, estreme de dúvidas, a sua imparcialidade. Em rigor técnico, *não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade)*²⁴⁸. Justamente, a *imparcialidade objetiva* veda que o juiz que atuou na fase de investigação possa, após, instruir o processo, uma vez que há uma presunção de parcialidade pelo prévio conhecimento que este teve com o objeto da ação.

Nesse sentido, para legitimação da justiça nas sociedades modernas é indispensável que exista, inexoravelmente, uma figura de “um terceiro poderoso” que seja alheio à disputa entre as partes no processo – acusação e defesa. Isso porque é estritamente necessário que esse terceiro seja neutro e imparcial, o que, via de regra, é garantido pelo Direito Positivo na medida em que estabelece como princípio o do *juiz natural*, assim como estabelece a possibilidade de o magistrado decretar a sua própria suspeição²⁴⁹.

À luz dessa linha de intelecção, a Europa Continental – especialmente na Alemanha – até o século XIX, possuía um *processo inquisitório*, no qual o magistrado era o verdadeiro inquisidor. Ao depois desse período, criou-se, através do Promotor de Justiça, a figura do condutor das investigações e agora acusador. Crítica, porém, Schunemann que, em que pese a cultura inquisitória seja retrógrada, no que pertine à audiência de instrução e julgamento – centro decisório

²⁴⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.158.

²⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

²⁴⁹ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.





do processo penal – nada de significativo mudou. Isso porque o magistrado tende a produzir a prova em audiência, conferir se tais serão complementadas e, ao final, proferirá sentença definitiva, possuindo, de tal arte, uma função de protagonista, ao passo que os demais *players* do processo penal – promotor de justiça e advogado de defesa – terão funções apenas supletivas²⁵⁰.

Não obstante, a garantia da imparcialidade, fundamentalmente em um sistema processual como o brasileiro, o qual ainda espelha uma cultura de índole inquisitória, é, por demais, nebulosa. E tal obscuridade tem a sua centralidade em aspectos, não só da estrutura – que admite poderes investigatórios e instrutórios ao mesmo magistrado –, como também referentes a aspectos transdisciplinares. Com efeito, se percebe que a epistemologia da psicologia social e seus corolários práticos podem resultar em relevante contributo para explicar o porquê alguns procedimentos devem ser substituídos e aprimorados dentro de nosso sistema. Duas pesquisas empíricas são de extrema importância para a compreensão dos fenômenos, a primeira levada a efeito sob uma ótica estritamente psicológica – dissociada, portanto, de qualquer cariz jurídica – por Solomon Asch e a segunda de Bernd Schunemann, procedida junto a juízes e promotores, vejamos:

Solomon Asch, professor de origem polonesa radicado nos Estados Unidos da América, em estudo empírico, demonstrou como o lado cognitivo das impressões das pessoas formam o nosso conceito em relação a elas. Em geral, se liga uma ação a um indivíduo e, por isso, acaba-se por atribuir a cada um o seu papel. A obra de Asch traz alguns experimentos investigativos de estudo sobre como formamos nossas concepções/impressões a respeito de uma pessoa, a qual, ao invés de observar as reações diante de uma pessoa real, o experimento estudou o desenvolvimento das impressões a partir de uma descrição dada verbalmente. Foi lida uma lista de qualidades independentes diante de um grupo de estudantes adultos. Explicou-se que pertenciam a uma pessoa e os estudantes recebiam instruções para formar um retrato dela. Os pupilos descreveram, por escrito, suas impressões e ainda responderam a perguntas a respeito.

Nesse cenário, Asch buscou, através de experiências, demonstrar uma série de questões atinentes à psicologia social. Afirma que a impressão de um indivíduo é formada a partir da somatória de características deste, alertando para o fato de que algumas características se sobressaem às outras. Para tanto, fez

²⁵⁰ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.





um experimento com grupos de estudantes, alcançando-lhes características de um determinado indivíduo, de modo que estes deveriam fazer uma impressão daquele. O traço do sujeito a ser descrito era idêntico para os dois grupos, à exceção de que em um deles havia o adjetivo *afetuoso* e noutro *indiferente*. Ao final, se verificou que o grupo que descreveu a pessoa tida por *afetuosa* (característica positiva), em geral fez considerações mais positivas em relação àqueles que descreveram o *indiferente* (característica negativa). Quer dizer, a simples mudança de uma única qualidade é suficiente para alterar toda a impressão acerca de um indivíduo²⁵¹.

Em um outro experimento, foram postas idênticas qualidades/atributos/dados de uma mesma pessoa, porém apresentados em ordens diversas, em que na série (A) começou com qualidades de mérito positivo e continuou com qualidades que poderiam inclinar-se para a direção positiva ou negativa, terminando com uma qualidade dúbia. Na outra série (B) a ordem é invertida. Assim, as descrições indicaram que os primeiros termos são norteadores, exercendo uma influência permanente sobre os últimos termos. Quando se ouve o primeiro termo nasce uma impressão, ampla e não fixa, mas guiada. A característica seguinte está relacionada com a direção estabelecida, adquirindo uma estabilidade. As características posteriores são ajustadas à direção dominante. Neste sentido, as impressões inaugurais (positivas ou negativas) produziram efeitos de guia, gerando resultados diferentes mesmo com idênticos atributos.

Nesse contexto, a ordem imposta de características de um indivíduo influencia diretamente na construção da impressão acerca de uma pessoa. Quer dizer, uma primeira impressão acerca de uma pessoa pode derrocar em uma desconfiança em relação às características subseqüentes ou, até mesmo, uma quebra repentina de contato. Nesse norte, Asch, no experimento outrora referido, apresentava a estudantes as mesmas características, porém, inseridas de forma inversa. Na série A apontou os seguintes adjetivos: *inteligente, trabalhador, impulsivo, crítico, teimoso e invejoso*; e na B: *invejoso, teimoso, crítico, impulsivo, trabalhador e inteligente*. As conclusões, de tal arte, se deram nos seguintes moldes: *a impressão da série A é a de uma pessoa capaz, que possui certas limitações que não são suficientemente sérias para diminuir os seus méritos. Por outro lado, B impressiona a maioria como um “problema”, cujas habilidades*

²⁵¹ ASCH, Solomon Elliott. *Psicologia Social*; tradução de Dante Moreira Leite e Miriam Moreira Leite. 4.ª edição. São Paulo, Editora Nacional, 1977.





são tolhidas por suas sérias dificuldades²⁵². Com base nisso, pode-se verificar que a primeira característica estabelece uma *direção* que ordenará e influenciará continuamente os demais traços.

Em resumo, os grupos distinguiram as qualidades que propiciaram a “chave” da pessoa, em especial o popular ditado “*a primeira impressão é a que fica*” teve um efeito relevante ao desfecho das impressões pessoais, já que pavimentaram as demais sequências de impressões (periféricas) ao resultado final, o que, em regra, percebemos que a alteração de um atributo, seja em seu conteúdo, sentido, função ou a simples ordem, pode redundar numa mudança significativa na impressão total.

Estes resultados são uma prova de que o conteúdo e a função de uma qualidade pessoal são partes dependentes de seu ambiente. Os processos de organizar e agrupar ocorreram entre as propriedades observadas, no decurso dos quais cada uma encontrou seu conteúdo específico e seu valor funcional. A alteração da função ocorreu pela atribuição de um lugar central num contexto diferente. Importante apontar que a transformação de uma qualidade central em qualidade periférica depende de uma mutação no conteúdo ou no sentido do traço. A diferença está entre um processo de determinação relacional na definição do conteúdo e da função de uma qualidade, e um relativismo na avaliação na qualidade. Ainda que haja poucas informações sobre a pessoa, a impressão será extraída, sendo difícil não ver a pessoa como uma unidade. As qualidades exercem influências não isoladas, mas sim recíprocas, inclusive nesta interação de qualidades podem surgir outras novas, as quais estão subordinadas as observações iniciais. Os múltiplos atributos não possuem o mesmo valor, os quais podem ser centrais ou periféricos/dependentes. A inserção ou retirada de um traço pode alterar a impressão total.

Noutro plano, agora sob um viés jurídico-penal, Bernd Schunemann desenvolveu uma aprimorada pesquisa empírica para demonstrar empecilhos que emperram o alcance pleno da garantia da imparcialidade, tão necessária para o estabelecimento de um processo penal de cunho democrático. Com efeito, o catedrático da Universidade de Munique expõe um trabalho empírico em relação à postura de magistrados e promotores diante de diversos experimentos ligados ao processo penal.

²⁵² ASCH, Solomon Elliott – *Psicologia Social*; tradução de Dante Moreira Leite e Miriam Moreira Leite. 4.ª edição. São Paulo, Editora Nacional, 1977, p. 182.





Com amparo em tudo que foi dito em relação à imparcialidade e por entender que muitos magistrados – em sua maioria, aliás – tendem a se pautar exclusivamente sobre a versão apresentada nos autos da investigação preliminar, ignorando-se, por completo, o que a defesa técnica e os outros atores podem, eventualmente, apresentar em sede de persecução penal em juízo, Schunemann procedeu com diversos experimentos – bebendo de fontes da psicologia social – aplicando a diversos *players* jurídicos a chamada *teoria da dissonância cognitiva*.

Na esteira do jurista alhures mencionado, a aludida teoria indica que *toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões*²⁵³. Em suma, há hipóteses em que surge para o sujeito motivos para reduzir dissonâncias e restaurar consonância. Ou seja, faz desaparecer contradições e, ademais menosprezá-las, ao escopo de confirmar hipóteses previamente estabelecidas – fazendo, por via de consequência, desaparecer as contradições. Desse efeito, aduz Schunemann, decorrem duas ramificações: por um lado, o chamado *efeito inércia ou perseverança* que tende a superestimar as hipóteses previamente estabelecidas ou consideradas como corretas e subestimar eventuais informações que tendem a diminuir ou confrontar a primeira hipótese; o outro é o *princípio da busca seletiva de informações*, que visa à procura predominante de informações, consonantes ou dissonantes – desde que venham a ser facilmente refutáveis – as quais confirmem a hipótese inicial já acolhida pelo sujeito.

Considerando esse quadro estrutural, Schunemann intenta, através de seus experimentos empíricos, confirmar algumas hipóteses, na medida em que considera que a leitura dos autos processuais – fundamentalmente da investigação preliminar – faz surgir no magistrado uma imagem do fato, sendo crível supor-se que o juiz se apegará a essa construção e buscará a sua confirmação em audiência superestimando as informações consonantes e menosprezando as dissonantes. As hipóteses formuladas pelo jurista são as seguintes:

H1 – Se os juízes penais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que os juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir sujeitos da prova;

²⁵³ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.





H2 – Existindo o conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que inexistia esse conhecimento;

H3 – A menor quantidade de erros no caso de inexistência de conhecimento dos autos será ainda menor se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova;

H4 – Existindo o conhecimento dos autos, serão formuladas na audiência mais perguntas aos sujeitos da prova do que no caso em que inexistia esse conhecimento²⁵⁴.

De tal forma, o jurista utilizou-se de duas variáveis independentes – conhecimento dos autos (existente/inexistente) e direitos de inquirição na audiência (sim/não), à luz de um material de estímulo, qual seja, um processo criminal real, cuja imputação se referia a libertação de um preso. Remarca-se que se tratava de um processo penal em aberto, no qual a condenação e a absolvição eram duas hipóteses extremamente factíveis. As pessoas que participaram da pesquisa – magistrados e promotores de toda a Alemanha – receberam uma versão concentrada da investigação preliminar e a cópia da ata de audiência na tela de um computador. Todos os participantes tiveram o mesmo acesso aos componentes, distinguindo-os somente no que pertine à inquirição ou não de testemunhas. Quando havia essa possibilidade, o participante recebia, *ab initio*, uma versão relatada do depoimento da testemunha e depois esse tinha o direito de fazer perguntas a esta. Para aqueles que não tinham o direito de fazer perguntas, se apresentava um *pool* de perguntas e respostas. A única diferença substancial foi a substituição da oralidade nos depoimentos, uma vez que as perguntas eram feitas de forma escrita, o que, segundo Schunemann, não alterou, em nada, a situação experimental do real, porquanto os participantes agiram com extrema naturalidade, inclusive, alguns, acabaram por ter acessos de raiva em alguns depoimentos. Ao final, os participantes do experimento deveriam proferir uma sentença definitiva.

À luz desse contexto, os resultados finais foram bastante esclarecedores: dos magistrados que tiveram acesso aos autos processuais, todos condenaram, ao passo que aqueles que tão-somente tiveram acesso à audiência de instrução e julgamento, se mostraram contraditórios, alguns condenando, outros absolvendo. Nessa senda, confirma-se a primeira hipótese, uma vez que os

²⁵⁴ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.





magistrados se inclinam a condenar se tiverem acesso aos autos do inquérito policial, cujas provas se mostrem visivelmente incriminadoras. A segunda hipótese demonstrou, ademais, que os magistrados que obtiveram acesso aos autos da investigação preliminar recordaram menos perguntas que formularam às testemunhas do que aqueles que absolveram. A terceira hipótese demonstra que os juízes que absolveram sem conhecimento dos autos, mas com a faculdade de questionar diretamente as testemunhas, possuíam uma melhor memorização. Por último, a quarta hipótese verificou que os magistrados que apresentaram o menor grau de memorização fizeram mais perguntas, ao escopo não de processamento de informações, mas sim de confirmação da tese inicialmente acolhida.

Após, Schunemann procedeu com mais experiências, ao intento de confirmar a principal, na medida em que verificou que a atitude acrítica dos juízes poderia levar à suposição de que a versão acusatória, externada pelos promotores de justiça – os quais analisaram os autos da investigação preliminar – era suficiente para condenar o acusado. Nesse sentido, com amparo na *teoria dos processos de comparação social*, o juiz, em face de uma situação obscura, tende a confiar na palavra de um terceiro que ele considera competente. De tal sorte, o jurista fez a seguinte experiência: alcançou a diversos juízes autos de uma investigação preliminar cujo crime, em tese, praticado era de estelionato. Os fatos, por sua vez, eram extremamente controversos, sendo, portanto, possível a absolvição ou condenação sem erro técnico. Metade dos juízes recebeu os autos com denúncia oferecida e a outra não. De tal arte, os magistrados deveriam decidir acerca do recebimento da exordial acusatória. O critério legal para aferição seria a probabilidade futura de sentença condenatória.

Com efeito, os juízes, de modo geral, entenderam que a decisão no tocante ao recebimento da inicial é algo rotineiro e usual. Nesse norte, os resultados dos testes foram esclarecedores à confirmação da hipótese. O primeiro grupo de juízes, que não tinham diante de si uma denúncia ofertada, em maioria de dois terços, optaram por não dar continuidade à persecução penal, ao passo que o segundo decidiu, em ampla maioria, por receber a exordial e dar curso à ação penal. Diante disso, Schunemann constatou que *ainda que idêntica a base de informações, a mera orientação segundo o juízo de uma pessoa tida por competente, isto é, segundo a existência de uma denúncia já oferecida pelo promotor, já leva a uma avaliação da “justa causa” negativa para o acusado*²⁵⁵. De mais a

²⁵⁵ SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.





mais, o jurista alemão também constatou que o promotor de justiça, quando em face de uma situação ambivalente, projeta uma decisão duvidosa acerca da continuidade da ação penal – vale dizer, oferecimento de denúncia – o juiz, no mais das vezes, costuma não corrigir.

Com amparo em todo esse cotejo empírico, o catedrático da Universidade de Munique constatou a existência de quatro efeitos nas experiências realizadas: o *efeito perseverança*, o *efeito redundância*, o *efeito atenção* e o *efeito aliança*. Quer dizer, o juiz, ao analisar o contexto da investigação preliminar, costuma não dar ouvidos – menosprezar – dados dissonantes, à luz da *teoria da dissonância cognitiva* – se inclinando à aceitação e apercepção de informações existentes – ou seja, *redundantes*. Se o magistrado não puder direcionar perguntas aos inquiridos, ainda, os efeitos são negativos para o processamento das informações, na medida em que a sua ausência importa no decréscimo de *atenção* aos demais pontos suscitados na audiência de instrução e julgamento. Por derradeiro, verifica-se que o juiz se orienta pela palavra do Promotor de Justiça – terceiro o qual aceita como competente –, com o que Schunemann denomina de *efeito aliança*. Desse último ponto, é forçoso reconhecer-se que os magistrados, em geral, possuem essa visão em relação aos Promotores de Justiça – e não aos advogados criminalistas – pois, em última análise, creem que a obstrução do judiciário e a excessiva vagarosidade deste se deve, em grande parte, ao comportamento dos causídicos.

Ainda neste efeito, aproveitamos os argumentos do jurista alemão e contextualizamos-a na sistemática persecutória brasileira, expondo que o titular da ação penal (pública ou privada) no oferecimento de sua peça acusatória vai se orientar, segundo a avaliação feita no bojo do inquérito policial (com tímida presença defensiva) realizado pelo Delegado de Polícia. Tal influência, navega-se ao magistrado no processo pelo recebimento da peça acusatória e desenvolvimento do mesmo até a sentença, já que no Brasil, salvo exceções, temos apenas único Juiz para toda a persecução penal e este tem o contato, praticamente, desde o início das investigações.

À base de todo esse cenário, pode-se concluir que o magistrado é, na voz de Schunemann, um *terceiro inconscientemente manipulado*. Quer dizer, o problema da imparcialidade não está adstrito a uma intencional parcialidade dos julgadores, porém está diretamente ligada a dados atinentes a uma cultura sedimentada e a aspectos cognitivos que se projetam a aceitação de hipóteses previamente estabelecidas. Esses pontos merecem discussão, pois a garantia que aqui se discute é essencial para a correção do sistema processual.





É por isso que Aury Lopes Jr. decreta que os argumentos oriundos das pesquisas empíricas demonstradas vêm a confirmar que (i) a atuação de ofício do juiz em relação à medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais e o ativismo probatório são uma ameaça constante e real para a imparcialidade; (ii) constitui, de igual modo, uma afronta significativa o fato de que o mesmo juiz venha a presidir a investigação e, ao depois, a julgar o feito; (iii) a imperiosidade da figura do *juiz de garantias* é algo latente, consistente em um magistrado que venha a decidir sobre eventuais pedidos de decretação de cautelares e, ao fim e ao cabo, termine a sua atuação jurisdicional no recebimento (ou não) da exordial acusatória e; (iv) imprescindibilidade da exclusão física dos autos do inquérito policial, permanecendo somente as provas cautelares ou de índole técnica irrepetíveis, ao escopo de evitar contaminação e o *efeito perseverança*²⁵⁶.

Compactuamos que violam a imparcialidade o ativismo judicial na produção probatória, a inexistência do juiz das garantias, a identidade física do mesmo magistrado ao longo de toda a persecução penal (fase investigativa e fase processual), ainda mais tendo que decidir sobre o recebimento da peça acusatória e/ou atuar na fase investigativa com decretação de medidas cautelares. Entretanto, entendemos pela utilidade da presença dos autos da investigação criminal durante todo o processo, pois poderá ser útil ao débil réu no cenário da dúvida, pois o cotejo, inevitavelmente, feito pelo magistrado entre o dito na investigação e no processo levantará o benefício do *in dubio pro reo* e a conseqüente absolvição, assim, a exclusão física não será de grande relevo ao réu, além do que o juiz, ainda que excluído o inquérito, terá, invariavelmente na prática, contato com o produto investigativo, pois este é base para a peça acusatória.

Reforçamos que o mais importante é a inércia judicial na gestão das provas (cargo/missão das partes), a criação do juiz das garantias, deixando o juiz do processo o mais alheio possível para a melhor tomada de decisão, o respeito invariável das regras do jogo (*fair play*) e cultura acusatória norteada pela dignidade da pessoa humana e o devido processo legal substancial.

²⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 612.





REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASCH, Solomon Elliott – *Psicologia Social; tradução de Dante Moreira Leite e Miriam Moreira Leite*. 4.^a edição. São Paulo, Editora Nacional, 1977.

CUNHA MARTINS, Rui. *O Ponto Cego do Direito. The Brazilian Lessons*. 3.^a ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.60.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.158.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto o processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3.^a ed., rev., atual. e ampl. – Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 205-221.



O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO COMO NOVO ESTÁGIO NECESSÁRIO DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Flávio Martins

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, coordenador da Pós-Graduação de Direito Constitucional da Faculdade Damásio

Primeiramente, não se deve confundir “ativismo judicial”, com “maior protagonismo do Poder Judiciário”. Esse último é uma consequência natural do neoconstitucionalismo, já que o Judiciário, como “guardião da Constituição”, tem o dever de garantir a sua força normativa, questionando os atos e omissões do Poder Público que descumprem os ditames constitucionais. Todavia, o primeiro (o ativismo) é o exagero, a ação desmesurada do Poder Judiciário. Enquanto o ativismo pode ser acusado de violar a “separação dos Poderes”, o protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto como um avanço na implementação dos direitos fundamentais (como no controle das políticas públicas) e na consecução de sua função contramajoritária (nome criado por Alexander Bickel), assegurando os direitos fundamentais de uma minoria, ainda que contra a vontade de uma maioria episódica²⁵⁷.

²⁵⁷ O constitucionalista português Jorge Reis Novais, aponta a tensão existente entre o princípio democrático e o Estado de Direito, que dá ensejo à função contramajoritária do Poder Judiciário (sobretudo do Tribunal Constitucional): “essa tensão verifica-se porque a maioria no poder (mesmo pressupondo que tal poder teve origem e legitimação democráticas) pode ameaçar os direitos fundamentais. Pode ameaçá-los de forma sistemática e até teorizar essa atitude de hostilidade ou, no mínimo, de funcionalização/instrumentalização dos direitos fundamentais. Foi o que ocorreu no Estado autocrático do século XX (de matiz conservadora ou de matiz anti-capitalista, nos momentos em que o regime invoca o apoio majoritário da população para proceder a violações sistemáticas dos direitos fundamentais). *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, p. 21. O STF já afirmou possuir “função contramajoritária”, por exemplo, no RE 477.554 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Melo, julgamento: 16/08/2011: “A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento





É oportuno frisar que, embora exerça sua função contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal possui indubitavelmente uma legitimação representativa. Como afirmou Luís Roberto Barroso, “Em uma democracia, todo poder é representativo, o que significa que deve ser transparente e prestar contas à sociedade. Nenhum poder pode estar fora do controle social, sob pena de se tornar um fim em si mesmo, prestando-se ao abuso e a distorções diversas. (...) O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. (...) De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. (...) A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento”²⁵⁸.

Uma reação ao ativismo judicial é o “efeito backlash”. A palavra “backlash” pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico²⁵⁹. Assim, o “efeito backlash” nada mais é do que uma forte reação, exercida pela

imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em orden a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autotridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado”.

²⁵⁸ *No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não.*

²⁵⁹ Segundo Robert Post e Reva Siegel, “O dicionário Oxford de inglês nos informa que *backlash* se referia inicialmente à ‘reação de uma roda ou de um conjunto articulado de rodas em um mecanismo, quando o movimento não é uniforme ou quando se aplica pressão repentina’. O conceito muita rapidamente começou a se associar a efeitos indesejáveis e contraproducentes, como quando o algodão se enrola nas roldanas de uma desmontadora. (...) Até meados do século XX o alcance da palavra se expandiu de forma tal que uma demanda por difamação poderia ‘gerar um contragolpe’ (*backlash*) e as figuras políticas poderiam preocupar-se devido aos ‘golpes (*backlash*) de opinião’. (...) A palavra *backlash* começou a ser aplicada de forma habitual na arena política durante o movimento por direitos civis, quando o termo recebeu um conceito mais amplo. (...) O termo chegou a denominar as forças opostas desatadas pelas mudanças ameaçantes do *status quo*” (*Constitucionalismo Democrático. Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*, pp. 61-63).



sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público. No caso do ativismo judicial, como afirma George Marmelstein, “o efeito *backlash* é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”²⁶⁰. Nas palavras do brilhante professor de Harvard Cass Sunstein, o efeito *backlash* é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal”²⁶¹.

Exemplo recente ocorreu no Brasil: Em outubro de 2016, o STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4983, declarando inconstitucional a Lei estadual cearense n. 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada, por considerar tal prática esportiva e cultural uma espécie de crueldade aos animais. A polêmica decisão ensejou forte reação social (sobretudo nos Estados em que a prática da vaquejada ocorria) e reação política, culminando com a edição da Emenda Constitucional n. 96/2017, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, segundo o qual “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais (...)”.

²⁶⁰ *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Continua o autor: “O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão”.

²⁶¹ *Backlash's travels*, p. 1.





Da mesma forma, pode ser verificado o efeito *backlash* contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132 e ADI 4.277). O Congresso Nacional discute a aprovação do “Estatuto da Família” (projeto de lei 6.583/12, de autoria do deputado Anderson Ferreira, do PR-PE), já aprovado em Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Segundo o artigo 2º desse projeto de lei, “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável”.

Por fim, outro efeito *backlash* recente se deu com a aprovação do texto de Proposta de Emenda Constitucional (PEC 181/2015) em Comissão Especial da Câmara dos Deputados, por 18 votos contra 1. A referida PEC, dentre outras inovações, altera o artigo 5º da Constituição Federal, para tutelar a vida “desde a concepção”. Embora isso não seja uma inovação constitucional, já que a vida intrauterina já é tutelada pelo direito brasileiro (como se verá no capítulo destinado aos direitos fundamentais), a vontade do legislador (*mens legislatores*) é claramente restringir as hipóteses de aborto, inclusive para as atuais hipóteses de aborto legal (por exemplo, quando a gravidez decorre de estupro). A referida PEC é uma resposta conservadora à decisão da 1ª Turma do STF que, em sede de *habeas corpus*, entendeu ser atípico o aborto, se realizado até o terceiro mês de gestação (HC 124.306/RJ, voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso).

Em outras palavras, podemos dizer que o efeito *backlash* é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria (exemplo: reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar). Em alguns casos, a maioria, inconformada com a decisão, reage social, política e juridicamente contra a decisão: uma reação majoritária a uma decisão contramajoritária. Por exemplo, o “Estatuto da Família” é uma reação majoritária a uma decisão contramajoritária do STF, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132 e ADI 4.277)²⁶².

²⁶² Não obstante, como afirma a doutrina, ao se estudar o efeito *backlash* não podemos afirmar aprioristicamente que a decisão judicial foi correta ou incorreta: “o primeiro ponto a se esclarecer quando se busca incorporar à dinâmica da jurisdição constitucional a possibilidade do *backlash*, é a dissociação entre o conceito em si e o erro ou acerto da decisão objeto da reação”. (...) De outro lado, identificado o *backlash* com a manifestação pura e simples do dissenso, outra consequência natural é que este se possa veicular seja diretamente pela sociedade, em manifestações públicas ou de suas estruturas organizadas de vocalização





Tal fenômeno teve origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte dos EUA, em 17 de maio de 1954, em que o Tribunal decidiu ser inconstitucional a divisão racial entre estudantes brancos e negros em escolas públicas norte-americanas. Contra essa decisão se opuseram muitos políticos e juristas (especialmente do Sul), de forma violenta, muitas vezes. Destacam-se entre os políticos que ganharam destaque com o discurso contrário à decisão do caso *Brown* George Wallace e Bull Connor (este último que negociou o apoio da Ku-Klux-Klan, tendo sido reeleito). Outro caso importante é o caso *Furman v. Georgia*, de 1972, no qual tal Tribunal decidiu, por 5 votos a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição norte-americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns. Houve uma reação conservadora, com a eleição de políticos que defendiam maior rigor na legislação penal. Em 1976, a Suprema Corte reviu seu posicionamento (no caso *Gregg v. Georgia*), admitindo novamente a pena de morte. Tal fenômeno também ocorreu nos EUA nos casos *Roe vs. Wade* (sobre o direito de abortar²⁶³) e *Obergefell vs. Hodges* (sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁶⁴).

(movimentos sociais, associações, sindicatos, entidades representativas de toda ordem); seja por intermédio do próprio Legislativo, num fenômeno que no universo doutrinário brasileiro é conhecido como “correção legislativa das decisões judiciais” (Vanice Regina Lírio do VALLE. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática.

²⁶³ Trata-se de um caso julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1973, ajuizado por Norma McCorvey (“Jane Roe”) contra Henry Wade, que representava o Estado do Texas, que se opunha ao direito da requerente de abortar. A Suprema Corte decidiu que a mulher, amparada no direito à privacidade – sob a cláusula do devido processo legal da décima quarta emenda, podia decidir por si mesma a continuidade ou não da gravidez. A decisão obrigou a modificação de toda a legislação que restringia o direito ao aborto. Como afirma a professora da *Florida State University College of Law* Mary Ziegler, “Estudantes, juízes da Suprema Corte, e ativistas populares argumentam que a decisão de 1973 ampliou os danos políticos e (...) ajudou a radicalizar as políticas de gênero norte-americanas e ajudou a mobilizar movimentos regilosos conservadores que ajudaram a implementar um retrocesso no movimento feminista” (*beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade*). As reações persistem muitos anos depois: segundo reportagem do jornal *The Guardian* (de 2013), “quarenta anos depois de *Roe v. Wade*, a decisão da Suprema Corte que tornou o aborto legal em toda a América, o Partido Republicano se lançou como nunca num discurso radicalmente pró-vida”.

²⁶⁴ Trata-se de histórica decisão proferida pela Suprema Corte em 26 de junho de 2015,





O efeito *backlash* já foi abordado pelo STF, no julgamento da ADC 29/DF, no voto do Min. Luiz Fux (09/11/2011). Segundo o Ministro, “a verdade é que a jurisprudência do STF nessa matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos ROBERT POST e REVA SIEGEL (...) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos”²⁶⁵. O tema foi citado, da mesma forma, na ADI 4.578/DF (voto do Min. Luiz Fux).

Por fim, uma questão que vem sendo levantada pela doutrina norte-americana: deve o Judiciário se atentar ao possível efeito *backlash* para proferir suas decisões ou deve apenas e tão-somente decidir de acordo com suas convicções, pouco se importando com eventuais reações? Embora haja entendimento de que a Corte não deve se importar com a opinião popular, ainda que veemente, organizada e resistente), como afirma Alexander Bickel²⁶⁶, concordamos com

segundo a qual o casamento entre pessoas do mesmo sexo não pode ser proibido por lei estadual. Nessa decisão, o Presidente da Suprema Corte (John G. Roberts), que foi voto vencido, alertou dos riscos das reações conservadoras a decisões polêmicas. No Governo de Donald Trump, houve o retrocesso na tutela dos direitos de homossexuais. Por exemplo, o Presidente suspendeu orientação do Presidente anterior, de que transexuais poderiam utilizar o banheiro de escolas públicas, de acordo com sua identidade de gênero. Outrossim, proibiu o ingresso de transexuais nas Forças Armadas norte-americanas. Como é usual em sua forma de se comunicar, escreveu o Presidente em uma rede social: “depois de consultar meus generais e especialistas militares, o Governo dos Estados Unidos não aceitará indivíduos transexuais nas Forças Armadas. Nossos militares precisam estar focados na vitória e não podem arcar com os tremendos custos médicos e a perturbação que os transexuais representarão para as Forças Armadas”. Todavia, essa decisão está sendo questionada pelo Judiciário norte-americano (e, no dia 30 de outubro de 2017, uma juíza de federal de Washington julgou procedente pedido de um grupo de soldados, suspendendo a medida presidencial).

²⁶⁵ A conclusão do Ministro Luiz Fux nos parece muito oportuna: “Se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões ante expostas para, ao final, proferir sua decisão”. Como veremos no capítulo referente à INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, o STF não é o único intérprete da Constituição. Por essa razão, é oportuno que não seja insensível às interpretações já realizadas por todos os legítimos intérpretes da Constituição, sob pena de se transformar numa Corte insensível aos reclamos principais da sociedade.

²⁶⁶ Romeno de origem judia, imigrou para os Estados Unidos em 1939 e lecionou na *Yale Law School* até sua morte. “Ele insistia que a função da Corte era anunciar certos valores duradouros – discernir princípios que poderão organizar a vida constitucional. Somente a Corte



os professores de Yale (Post e Siegel), criadores do *Constitucionalismo Democrático* (que estudaremos em item posterior). Segundo os autores, embora o Poder Judiciário seja o principal protagonista na interpretação constitucional, não pode deixar de ouvir os demais intérpretes da Constituição, que podem se manifestar através do efeito backlash²⁶⁷. Dessa maneira, o efeito backlash é uma hipótese de “engajamento popular na discussão de questões constitucionais e não é apenas legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático”²⁶⁸.

Por fim, é oportuno lembrar que, embora deva ser ponderado o efeito *backlash* no momento das decisões judiciais, tal fato deve ser visto como um dos elementos interpretativos, mas não o único. Isso porque é possível que o STF profira uma decisão contramajoritária, em defesa de certas minorias, contrariando o interesse da maioria. Nesse sentido, afirmou Clemerson Merlin Clève: “É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente

estava nessa única posição de executar essa tarefa. Na sua visão, ‘Cortes tem certas capacidades de lidar com matérias de princípios que legisladores e administradores não possuem. De fato, juízes têm ou deveriam ter o treinamento e o isolamento destinado a estabelecer esses valores duradouros (...) As próprias pessoas, por meio das urnas, são incapazes de sustentar um sistema de valores gerais especificamente aplicados’ (Cass SUNSTEIN. *Backlash’s Travels*, p. 4). Não obstante, atenua essa afirmação Néviton Guedes, segundo o qual Bickel “ enxergava como manifestação de prudência, virtude essencial ao Poder Judicial, instruía os Tribunais a evitarem pronunciar-se sobre uma questão com fundamentos constitucionais, quando existissem suficientes fundamentos não constitucionais aptos a justificar a sua decisão. Em síntese, Bickel aconselhava os Tribunais a evitarem transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos e constitucionais” (*Alexander Bickel e o ano do Supremo Tribunal Federal*).

²⁶⁷ Segundo os autores, “Constitucionalismo Democrático sugere que o efeito backlash seja entendido como uma das muitas práticas de contestação da norma através das quais o público procura influenciar o conteúdo da interpretação constitucional” (*Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, p. 11).

²⁶⁸ Katya Kozicki. *Backlash: as reações contrárias à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153*, p. 192. No mesmo sentido: “A divergência por parte da população, nesse aspecto, não deve ser vista com receio a ponto de se defender que o Judiciário não deva proferir decisões que garantam direitos das minorias. Muito pelo contrário, o dissenso integra o jogo democrático, na medida em que permite que o povo faça a sua própria interpretação da Constituição. O dever do Poder Judiciário de atuar de modo a interpretar a Constituição, assegurando os direitos fundamentais ali previstos, portanto, sobrepõe-se a uma possível reação negativa, que faz parte da normalidade em um contexto de diálogo entre as Cortes e a sociedade em geral” (Mariana Barsaglia PIMENTEL, *Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva*, p. 200).



governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte”²⁶⁹.

Aliás, o próprio STF mencionou expressamente a necessidade de ponderar o efeito *backlash* como elemento interpretativo e democrático de sua decisão: “Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular” (ADC 29/DF, voto do Min. Luiz Fux, 09/11/2011) (grifamos).

Dessa maneira, o juiz pode, levando-se em conta possíveis reações sociais à sua decisão (*backlash*), ter a devida ponderação no processo decisório para evitar o conflito desnecessário. Não obstante, esse não deve ser o parâmetro principal de sua decisão, como afirmam Post e Riegel: “Não negamos, desde logo, que evitar o conflito – especialmente o conflito desnecessário – pode ser uma decisão prudente. Poderia ser apropriado que os juízes se antecipem às reações populares a processos polêmicos, para cumprir mais eficazmente os valores constitucionais diferenciados. Mas o constitucionalismo democrático sugere que evitar o conflito não deve ser uma restrição significativa quanto às decisões judiciais, chegando a impor-se sobre à melhor compreensão profissional de um juiz de direito constitucional”²⁷⁰.

A expressão “constitucionalismo popular” tem como maiores defensores os professores norte-americanos Larry Kramer (na obra “*The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*”²⁷¹) e Mark Tushnet (na obra “*Taking the Constitution Away from the Courts*”²⁷²), que utiliza a expressão “*populist constitutionalism*” (muitas vezes traduzida erroneamente como “constitucionalismo populista”). Trata-se de um movimento contrário ao chamado

²⁶⁹ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 28.

²⁷⁰ *Op. Cit.*, p. 109.

²⁷¹ “O próprio povo: Constitucionalismo Popular e Revisão Judicial”

²⁷² “Levando a Constituição para longe das Cortes”





“judicial review”²⁷³ (a possibilidade que tem o Poder Judiciário de rever os atos dos outros Poderes, inclusive de invalidar as leis) e principalmente ao ativismo judicial da Corte Constitucional, defendendo a retirada substancial da interpretação e da aplicação da Constituição pelas Cortes, “devolvendo tal função ao povo”. Nas palavras de Rodrigo Mendes Cardoso, o constitucionalismo popular é “um moderno movimento progressista de um grupo de constitucionalistas norte-americanos proeminentes (dentre eles Larry Kramer), que invariavelmente dirigem suas críticas à supremacia judicial e ao elitismo da Suprema Corte, no plexo democrático norte-americano”²⁷⁴. Mais adiante afirma: “o constitucionalismo popular basicamente reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, demonstrando,

²⁷³ O “judicial review” tem origem norte-americana e costuma ser apontada como sendo sua origem o famoso caso *Marbury vs. Madison*, no qual o *chief justice* John Marshall deixou de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional. É o que afirma Mark Tushnet (“A Corte estabeleceu essa tradição no clássico caso *Marbury v. Madison* (1803). (...) O Juiz John Marshall escreveu: ‘é enfaticamente a providência e o dever do departamento judicial dizer o que a lei é’” (*Taking The Constitution Away From de Courts*, p. 7). Todavia, como afirma a doutrina, “são acirrados os embates historiográficos em torno da história do *judicial review*. O que teria levado a sociedade a consentir numa prática judicial por meio da qual os juízes se recusam a aplicar a lei editada pelo legislador com o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, quando os próprios *founding fathers* não a expressamente instituíram no texto constitucional? Como admitir que um país herdeiro da cultura jurídica inglesa, que primava pelo princípio da supremacia parlamentar, veio a sediar uma prática institucional na qual juízes não democraticamente eleitos deixavam de aplicar leis editadas pelos representantes do povo? (...) Antes do famoso caso *Marbury v. Madison*, foram proferidas decisões que já configuravam o ambiente de transição para uma cultura jurídica que viria a dar sustentabilidade à decisão do *chief justice* John Marshall e consagrar-se no conceito de *judicial review*. (...) As decisões de recusa de aplicação de leis surgem de diversas cortes estaduais. (...) São práticas que foram manifestando-se aqui e acolá, cujo grande significado é mostrar que havia algo de novo no horizonte, algo por acontecer. Em outras palavras, a noção inglesa da supremacia do Parlamento tinha sofrido alguma alteração ao longo de todo o processo revolucionário norte-americano, e as práticas judiciais de controle das leis já integravam uma fase do processo de ruptura que se notabilizava pela linguagem da Constituição, sua supremacia e sua intangibilidade. Nesse contexto, o caso *Holmes v. Walton*, julgado pela Suprema Corte de Nova Jérsei em 1780 é bem representativo do novo cenário de transição do paradigma conceitual constitucional. (...) Outro caso digno de nota é *Rutgers v. Waddington*, julgado pela *Mayor’s Court* de Nova Iorque, em agosto de 1784”. (*História do Judicial Review*. Marcelo Casseb Continentino, pp. 115-132).

²⁷⁴ *As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira*, pp. 218-227.





em maior ou menor medida, uma hostilidade às dinâmicas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar a Constituição²⁷⁵.

De fato, sempre quando o Supremo Tribunal Federal decide de forma polêmica, sobretudo afastando a aplicação da lei (ex: a 1ª Turma do STF decidiu que aborto até o 3º mês de gestação não é crime – HC 124.306/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 09/08/2016²⁷⁶), surge a discussão acerca do conflito entre os *limites da atuação do Judiciário* e a *democracia* (o STF estaria afastando uma lei aprovada pelo Congresso Nacional, eleito por milhões de brasileiros). Essa discussão, que no Brasil é relativamente nova, nos Estados Unidos já dura 200 anos. Por essa razão, a doutrina norte-americana é bem mais desenvolvida²⁷⁷.

No Brasil, é comum se afirmar que o povo não tem condições técnicas ou até mesmo intelectuais para interpretar sua Constituição, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, que é composto por membros com “notável saber jurídico”. Contra esse discurso, impactante é a frase de um dos “pais fundadores” (*founding fathers*) norte-americanos, James Madison, escrita no *National*

²⁷⁵ *Op. Cit.*, p. 220. Segundo o constitucionalista argentino Roberto Gargarella, em precisa síntese: “na segunda metade do século XIX, a discussão constitucional norte-americana se marco no confronto entre as concepções progressistas da interpretação constitucional que postulavam o reinado dos juízes como intérpretes últimos da Constituição, por um lado, e as propostas conservadoras que defendiam o originalismo como estratégia de contenção do projeto constitucional liberal desatado pela Corte Warren, por outro” (apresentação da obra *Constitucionalismo Democrático. Por uma reconciliación entre Constitución y Pueblo*, p. 9). Durante a “Corte Warren”, os tribunais eram reconhecidos como “foro de princípios” (na expressão de Ronald Dworkin), ou seja, eram lugares privilegiados para difusão da razão humana e para, dessa maneira, substancial e inovadora, interpretar a Constituição.

²⁷⁶ Consta da ementa do respectivo acórdão: “anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos os Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália”. Nesse caso, no nosso entender, o Supremo Tribunal Federal invadiu, e muito, a competência que cabe ao Congresso Nacional, merecendo muitas das críticas que lhe foram dirigidas.

²⁷⁷ Quanto à tensão entre o *judicial review* e a *democracia*, Nimer Sultany divide as correntes doutrinárias norte-americanas da seguinte maneira: a) *deniers* (negam a tensão): Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer; b) *reconcilers* (reconciliam a tensão): John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer; c) *endorsers* (reconhecem o caráter irreconciliável da tensão, mas a endossam): Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe; d) *dissolvers* (dissolvem a tensão através da renúncia ao *judicial review*): Mark Tushnet.





Gazette, em 1792: “Quem são os melhores guardiões das liberdades do povo? Republicanos – O próprio povo. O sagrado monopólio não pode estar tão seguro como nas mãos mais interessadas em preservá-las. Antirrepublicanos – O povo é estúpido, suspeito, licencioso. Ele não pode seguramente confiar em si mesmo. Quando eles estabelecem um governo eles deveriam pensar em mais nada, mas apenas obedecer, deixando suas liberdades sob os cuidados dos governantes”²⁷⁸.

Gabriela Basto Lima sintetiza as ideias de Mark Tushnet, professor da Universidade de Harvard, e um dos criadores do *constitucionalismo popular*: “Tushnet relativiza a importância histórica das Cortes enquanto guardiãs dos direitos individuais. Entretanto, transferida a prerrogativa da interpretação ao povo, à política, o que ocorreria com as garantias tradicionais? A saída defendida é a de que a dinâmica da própria política seria capaz tanto de comportar a influência (direta ou ideológica) de grupos formados por minorias quanto de manter uma linguagem de direitos, firmada através de compromissos. A partir daí, delegará a responsabilidade pela construção da mencionada linguagem de direitos à população organizada”²⁷⁹.

Mark Tushnet adota um *constitucionalismo popular* mais extremado, tendente à retirar da Corte Constitucional (no nosso caso, do Supremo Tribunal Federal) a última palavra na interpretação constitucional. Na realidade, ele propõe o fim do *judicial review* (a possibilidade do Poder Judiciário invalidar as

²⁷⁸ Com essa frase impactante, Larry Kramer inicia seu livro *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, p. 23.

²⁷⁹ *Op. Cit.*, p. 72. Prossegue a autora: “Tome-se como exemplo a debatida ascensão da população negra à igualdade: o próprio povo foi capaz de formular um novo discurso, que reivindicava uma nova interpretação para os princípios constitucionais. Dessa forma, segundo seu ponto de vista, não é a Constituição em si que determina o esforço dos políticos a implementarem direitos sociais, mas a pressão política dos representados. (...) A retomada popular da Constituição, portanto, implica na revitalização coletiva da ação e do diálogo político, seja através de manifestações nas ruas, nas cabines de votação ou nas próprias legislaturas, enquanto representação eleita. (...) Um mundo sem *judicial review*, portanto, não seria um mundo dominado pela anarquia, tampouco pela tirania, mas, segundo Tushnet, pela ação política e pelo compromisso com a chamada Constituição fina, através de uma ação orientada pelos princípios e valores da Declaração de Independência e do Preâmbulo constitucional. A vantagem de sua adoção consistiria no fortalecimento do autogoverno, e na maior distribuição da responsabilidade constitucional entre a população.





leis)²⁸⁰. Aliás, o referido autor inicia sua obra afirmando que “O que a Constituição é não é necessariamente o que a Suprema Corte diz que ela é”²⁸¹. Entendemos que o *constitucionalismo popular* de Mark Tushnet, no qual é sugerido o fim do *judicial review* e do protagonismo do Supremo Tribunal Federal como intérprete da Constituição, não deve ser aplicado no Brasil, nesses termos. Entendemos que o Judiciário deve exercer o papel importante de rever os atos dos demais Poderes que transgridem a Constituição. Aliás, defenderemos no decorrer do livro que o Judiciário deve fazer um controle maior das políticas públicas, deve defender o direito das minorias que estejam em oposição ao desejo das majorias (função contramajoritária), deve buscar a concretização dos valores constitucionais (já que nos filiamos ao *Substancialismo* e não ao mero *Procedimentalismo* – como veremos no capítulo da Hermenêutica Constitucional) e um controle da moralidade dos atos administrativos, já que os desmandos praticados por muitos governantes enfraquecem nosso regime republicano e democrático. Todavia, entendemos que o *constitucionalismo popular* deve ser estudado, para se perceber o Judiciário não pode estar acima dos demais Poderes, e que os seus ocupantes não são servidores dotados de um poder divino e inquestionável. Aliás, o próprio Tushnet, faz uma ponderação que concordamos integralmente: “Eu enfatizo que o que escreverei no meu livro não é definitivamente um argumento de que a interpretação constitucional é a única, ou talvez a melhor interpretação da Constituição. Em vez disso, meus argumentos apresentam os problemas que eleitores e eleitos deveriam refletir, e que são obscurecidos pelos constitucionalistas elitistas que dominam o pensamento legal contemporâneo”²⁸².

Larry Kramer propõe um *constitucionalismo popular* mais brando que Tushnet. Primeiramente, o autor, ao fazer uma análise do desenvolvimento histórico norte-americano, chega à conclusão que, inicialmente, o guardião supremo da Constituição de 1787 era o próprio povo (“cuja participação em rebeliões, no exercício do voto, na composição e interpretação enquanto jurado

²⁸⁰ Em sua dissertação de mestrado, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto Lima (*A Tensão entre o Povo e as Cortes: a Escolha do Constitucionalismo Popular*), afirma: “No que se refere a Tushnet, por exemplo, seu objetivo orienta-se pela experiência de um mundo sem *judicial review*, onde sequer a revisão judicial pelas cortes é admitida (e não apenas sua supremacia)”.

²⁸¹ *Op. Cit.*, p. 6.

²⁸² *Op. Cit.*, p. 11.





nos tribunais, e como detentor do direito de petição, indicaria o caleidoscópio de sua atuação republicana”²⁸³). Kramer não defende o fim do *judicial review*, mas o fim do monopólio da palavra final do Poder Judiciário na interpretação constitucional e um maior protagonismo do povo na interpretação da Constituição²⁸⁴. Chega à mesma conclusão, mas utilizando-se das “teorias do diálogo constitucional”, Christine Bateup²⁸⁵.

²⁸³ LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. *Op. Cit.*, p. 25.

²⁸⁴ “O *judicial review* portanto é admitido, desde que não concorra com a autoridade final. Aliás, no arranjo de Kramer, a nenhum dos Poderes é devida tal prerrogativa. Apesar do tom crítico utilizado para justificar as bases da proposta, há essa importante mediação no arranjo sugerido em seu trabalho. Tal atitude colocará Kramer em um degrau menos radical que os demais companheiros de cruzada, por exemplo Tushnet, que proêe um mundo sem qualquer traço da revisão judicial” (Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto Lima. *Op. Cit.*, p. 52). Segundo Post e Riegel, “Kramer identifica como inimiga do constitucionalismo popular a ‘supremacia judicial’, expressão com a qual quer significar a ideia de que os ‘juízes têm a última palavra quando se trata da interpretação constitucional’ e que ‘suas decisões determinam o significado da Constituição para todos’” (*Op. Cit.*, p. 119).

²⁸⁵ *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review. Volume 71. Issue 3, article 1. “Ao defender a derrubada do monopólio do Poder Judiciário quanto à função de interpretação da Constituição, Christine Bateup sistematiza as teorias do diálogo constitucional, buscando uma interação e compartilhamento entre o Poder Judiciário e as instâncias políticas, particularmente na construção do significado da Constituição. (...) Ao defender uma interlocução entre as Cortes e outros atores constitucionais, refutando o monopólio judicial na interpretação da Constituição, as teorias dialógicas atenuam aquilo que Bickel indicou como ‘dificuldade contramajoritária’. Nessa linha, Conrado Hubner Mendes sustenta que as teorias dialógicas ‘Defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional’ (...) Na tarefa original de apresentar uma tipologia das distintas teorias do diálogo constitucional surgidas nas últimas décadas, Bateup objetiva demonstrar como essas teorias reagem à dificuldade contramajoritária para, ao final, apresentar uma teoria própria, que efetivamente resolva o déficit democrático do *judicial review*. São duas as categorias de teorias dialógicas sistematizadas pela autora: as teorias do método judicial (*theories of judicial method*) e as teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*). Enquanto a primeira, mais prescritiva, envolve a perspectiva – endógena – de teorias da decisão judicial e da capacidade das Cortes em fomentar comportamentos do legislador, a segunda, mais descritiva, leva em conta uma dinâmica – exógena – do diálogo constitucional no âmbito dos arranjos institucionais” (Rodrigo Mendes Cardoso. *Op. Cit.*).





De certa forma, o monopólio da última interpretação constitucional dado ao Judiciário traz duas consequências perversas: a) em algumas situações, poderá a Corte tutelar direito das minorias políticas, econômicas ou religiosas, contra a vontade da maioria democrática da população (mantendo privilégios, em vez de combater abusos)²⁸⁶; b) a incursão da Corte Constitucional em temas políticos acaba por vezes freando a discussão popular acerca de temas sensíveis, antecipando-se a conclusão que, muitas vezes, ainda não está madura no seio da sociedade. Em outras palavras, a visão “juriscêntrica” da interpretação constitucional desestimula a interpretação e o debate fora das cortes. “Se o STF decidiu assim, não há mais o que discutir”, pensam alguns. Como afirmou José Nunes de Cerqueira Neto, “a ênfase no Judiciário pode em alguma medida comprometer, em vez de promover, a mobilização e o sentimento de cidadania. Se o Judiciário se torna o espaço privilegiado de discussões e disputas, algo parece estar errado com a capacidade de mobilização e manifestação popular. (...) O discurso de supremacia judicial reflete uma postura paternalista que compromete justamente aquilo que se quer proteger: a cidadania”²⁸⁷.

Por essa razão, concordamos, em parte, com o professor de Harvard Cass Sunstein, segundo o qual as decisões da Suprema Corte devem ser “rasas e estreitas”. Trata-se de uma importante teoria constitucional, denominada *minimalismo judicial*²⁸⁸, tema do seu livro *One Case At a Time. Judicial Minimalismo n*

²⁸⁶ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos contra 5, entendeu ser possível lecionar, na escola pública, na cadeira destinada ao “ensino religioso”, uma única religião, de forma confessional, o que prestigiou o ensino católico (ADI 4439, 27/09/17). Outrossim, revendo seu posicionamento anterior, o STF também decidiu que a imposição de “medidas cautelares diversas da prisão” a parlamentar, que impactem direta ou indiretamente no exercício do seu mandato, devem ser submetidas à apreciação da respectiva Casa Parlamentar (embora não haja previsão constitucional a respeito).

²⁸⁷ *Cortes não têm papel central no sistema político-constitucional.*

²⁸⁸ Sobre o tema, recomendo a leitura da dissertação de mestrado de Michelle Denise Durieux Lopes Destri (*Minimalismo Judicial: Alternativa Democrática de Atuação do Poder Judiciário em Uma Sociedade Pluralista a Partir da Perspectiva de Cass R. Sunstein*). Segundo a autora, minimalismo judicial ou decisional é “o fenômeno de dizer somente o que é necessário dizer para justificar uma decisão, deixando em aberto, na medida do possível, as questões mais fundamentais. (...) A noção de estreiteza significa que o minimalismo quer decidir o caso concreto e não estabelecer regras amplas e gerais que possam solucionar casos futuros. Uma decisão minimalista foca sobre o conflito *sub judice* e procura dar solução exclusivamente para este caso, considerando suas especificidades, sem a pretensão de atingir também outras situações, exceto quando as circunstâncias exigirem um julgamento mais amplo.





the Supreme Court. As decisões devem ser “rasas”, ou seja, devem primar pela superficialidade – *shallowness*, em vez de profundidade, com utilização exagerada de teorias, teses filosóficas, com o escopo de “oferecer teorias ambiciosas para um resultado”²⁸⁹. Da mesma forma, as decisões devem ser “estreitas”, limitando-se a solucionar o caso concreto, sem contemplar “uma vasta gama de situações além do caso decidido”²⁹⁰. Por exemplo, o aborto até o terceiro mês de gestação não era o tema a ser decidido no HC 124.306/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 09/08/2016 (o tema era a necessidade de prisão preventiva dos pacientes). Ao analisar essa questão tão sensível e controvertidíssima na sociedade brasileira, o STF feriu não só o *minimalismo judicial*, mas o princípio democrático (cabe ao Congresso Nacional, eleito democraticamente, decidir se o aborto deve ou não ser criminalizado).

O *minimalismo* (de Cass Sunstein), o *constitucionalismo popular* (*extremo*, de Tushnet ou *brando* de Kramer), bem como o *originalismo*, são teorias que visam a evitar o “reino dos juízes”, na interpretação constitucional. Esse último (o *originalismo*), foi expresso de maneira sistemática como teoria constitucional na década de 1970, por acadêmicos proeminentes como Raoul Berger, segundo o qual a única forma legítima de interpretar a Constituição é permanecer fiel a seu texto e à sua concepção original²⁹¹. É a defesa da “construção estrita” (*strict construction*) contra a ideia de “constituição viva” (*living constitution*), que deve ser interpretada e reinventada de acordo com os novos tempos ou com as novas aspirações da sociedade contemporânea. A teoria denominada *originalismo*

Com relação ao aspecto da superficialidade, os juízes minimalistas tentam evitar discussões sobre o alcance e o significado de princípios fundamentais. (...) O recurso à abstração, algumas vezes, é simplesmente desnecessário e fundamentos mais concretos, atraindo o acordo de pessoas com concepções distintas, é plenamente suficiente” (p. 123).

²⁸⁹ OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein e a Resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade*.

²⁹⁰ Maria Eugenia Bunchaft. *Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial*.

²⁹¹ O originalismo brindou os conservadores com a confiança de que seus ideais constituíam direito, o qual autorizava a derrubar os procedentes das Cortes progressivas e ativistas, impondo seus valores constitucionais conservadores. Todavia, nas palavras de Post e Siegel, na realidade, “serviu como constitucionalismo vivente à direita” (*Op. Cit.*, p. 38). Um dos “pais” do movimento foi Robert Bork, professor de Yale, juiz federal. Foi indicado para ser membro da Suprema Corte pelo Presidente Ronald Reagan, mas seu nome foi rejeitado pelo senado, majoritariamente democrata à época.





também evoluiu nos Estados Unidos, não mais sendo a necessária interpretação da Constituição com as intenções originais dos “pais fundadores” (*founding fathers*)²⁹². Cass Sunstein ilustra essa evolução teórica, afirmando que “O originalismo de hoje não é o originalismo dos avós, nem o dos pais, e provavelmente nem dos seus filhos mais velhos”²⁹³.

CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Expressão cunhada por Robert Post e Reva Siegel, professores de Direito da Universidade de Yale, trata-se de uma proposta, marcada pelo pluralismo e pelo maior protagonismo dos demais intérpretes da Constituição, sem retirar a importância do Poder Judiciário. Nas palavras dos autores: “o Constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. Diferentemente do Constitucionalismo Popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição das Cortes. Constitucionalismo Democrático reconhece o papel essencial dos direitos constitucionais judicialmente garantidos na sociedade americana. Diferentemente do foco juricêntrico das Cortes, o Constitucionalismo Democrático aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das

²⁹² Essa foi a tese defendida pelo advogado-geral do Presidente norte-americano Ronald Reagan, Edwin Meese III, “que introduziu no discurso do Partido Republicano, a ideia de uma jurisprudência de intenção original dos *founding fathers*. Segundo Meese, os juízes devem ser guiados pelo texto da constituição e por seu sentido original” (Carlos Alexandre de Azevedo Campos. *Antonin Scalia e o STF*). Antonin Scalia, por exemplo, é um dos defensores de um “novo originalismo”, propondo que interpretação constitucional deveria revelar “o significado público das palavras do texto quando da sua adoção” (*original public meaning*), e não as intenções dos *founding fathers*. Outrossim, segundo ele, quando essa interpretação contrariar os valores contemporâneos, por não ser mais adequada à realidade, poderá o intérprete encontrar evidências de que o propósito original da norma era o de evoluir em sua aplicação, que ele chamou de *faint-hearted originalism*. Como conclui Azevedo Campos, “escolher entre ‘originalismo forte’ e seus precedentes antigos ou resultados ‘justos’ é uma evidente oportunidade de julgar conforme preferências pessoais. (...) Não há constrição sobre a atividade judicial, e sim oportunidade de *ativismo seletivo*. Como disse J. Harvie Wilkinson III, ‘originalismo tem encoberto ativismo episódico’” (*Op. Cit.*, p. VI).

²⁹³ *Originalism*, p. 3.





instituições e práticas do *judicial review*²⁹⁴. Assim, o Judiciário tem um papel importante na interpretação da Constituição, mas deve fazê-lo atentando para os valores defendidos pela sociedade. Isso porque, segundo os autores, “a autoridade judicial para impor a Constituição, como a autoridade de todos os funcionários públicos, depende, em última instância, da confiança dos cidadãos. Se os Tribunais interpretam a Constituição de forma totalmente divergente dos cidadãos, estes encontrarão maneiras de comunicar suas objeções e resistir aos julgamentos judiciais”²⁹⁵. Segundo o argentino Roberto Gargarella, “para os promotores do constitucionalismo democrático, o papel do Poder Judiciário na interpretação constitucional segue sendo transcendente. Mas não só os juízes devem ostentar o poder de resolver as questões interpretativas sobre a Constituição. A luta pelo sentido do texto constitucional também se realiza nas decisões legislativas, nos pronunciamentos da administração pública e as reivindicações dos movimentos sociais, foros igualmente autorizados e relevantes para a definição constitucional”²⁹⁶.

Nas palavras de Maria Eugenia Bunchaft, “em síntese, o Constitucionalismo Democrático de Post e Siegel legitima a atuação do Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, potencializando o engajamento público expresso em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais. Nesse ponto, a história americana é marcada por lutas pelo conteúdo de interpretações constitucionais sobre questões morais controversas que envolvem direitos de minorias. (...) Compreendemos, com base em Post e Siegel, que o refluxo insere-se em um contexto de um amplo processo hermenêutico capaz de inspirar práticas de contestação por meio das quais os movimentos sociais e os cidadãos procuram interpretar o conteúdo do direito constitucional. Nesse sentido, defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear *sentidos constitucionais*, que explica porque a Constituição inspira legalidade aos cidadãos,

²⁹⁴ *Op. Cit.*, p. 7.

²⁹⁵ *Op. Cit.*, p. 3.

²⁹⁶ *Op. Cit.*, p. 9.





ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas”²⁹⁷.

Utilizando-se da metáfora de Ronald Dworkin, do “juiz héracles”, Alfredo Canellas afirma que no Constitucionalismo Democrático há uma migração do “juiz Hércules” para o “juiz Péricles”: “Portanto, a permuta da metáfora *dworkiana* do Juiz Hércules (que representa um importante instrumento de chancela da supremacia judicial), para um juiz Péricles (que se afasta do perfeccionismo judicial de Hércules), ético-democrático e participante de uma malha dialógica aberta à aceitação de outras visões de mundo se apresenta como solução adequada. Ademais, deve-se incluir e considerar na rede dialógica, além de Péricles todas as instituições de poder, tanto em suas relações orgânicas, quanto externas às demais instituições, bem como o corpo eleitoral e a sociedade, mediante diversos mecanismos, dentre outros, exemplificativamente: plebiscito, referendo, audiência pública, consulta pública, instrumentos de participação, backlash, veto executivo, canais de informações de grupos de interesse, grupos acadêmicos, *amicus*, indicação de ministros etc.”²⁹⁸.

O que diferencia o *constitucionalismo democrático* (de Post e Siegel) do *constitucionalismo popular* (de Tushnet, por exemplo) é que o primeiro aceita a tese do monopólio da última palavra interpretativa da Corte Constitucional, desde que permeada pelos valores democráticos e republicanos: “De fato, para Post e Siegel, alguma forma de autoridade final dos juízes é necessária para o Estado de Direito, pois, embora haja uma tensão e conflito entre a supremacia judicial e o constitucionalismo popular, a democracia requer que certas condições sejam garantidas pelos juízes com o fim de que os cidadãos possam participar da deliberação. O ponto é encontrar um equilíbrio entre ambos”²⁹⁹. Nas palavras dos próprios criadores do constitucionalismo democrático, “algumas formas de definitividade judicial são essenciais para o Estado de Direito, o qual é necessário para uma democracia em funcionamento. Por essa razão, tanto a supremacia judicial como o constitucionalismo popular aportam benefícios indispensáveis à estrutura política do ordenamento constitucional”³⁰⁰.

²⁹⁷ *Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial*, p. 156.

²⁹⁸ *Constitucionalismo Democrático – O Caso do Juiz Hércules e a Ascensão do Juiz Péricles*, p. 5.

²⁹⁹ Roberto Niembro O. *Uma Mirada al Constitucionalismo Popular*, p. 203.

³⁰⁰ *Op. Cit.*, p. 121.





Por sua vez, Post e Siegel criticam o *minimalismo* de Cass Sunstein, sob o argumento de que “em virtude do minimalismo nunca se poderiam preferir decisões tais como aquelas que questionaram a discriminação racial e sexual em ‘Brown’ e ‘Frontiero’”³⁰¹. Entendemos que o minimalismo deve ser aplicado como regra, admitindo-se exceções. Quando o STF profere decisões *profundas*, em vez de *rasas*, limita os elementos interpretativos democráticos (o STF, na ADI 3510, que trata dos *fetos anencéfalos* – tema que trataremos no capítulo relacionado aos direitos fundamentais – chegou a discutir a ausência de vida relacionada a existência ou não do cérebro, limitando a discussão na seara correta – científica e médica). Outrossim, quando o STF utiliza decisões *largas*, em vez de *estreitas*, viola a própria democracia (como na controvertida decisão que, em sede de *habeas corpus*, começa a discutir a atipicidade do aborto realizado até o terceiro mês de gestação).

Entendemos que o Brasil deve perseguir o *constitucionalismo democrático*. Embora o *judicial review* seja necessário à manutenção do Estado de Direito, não se pode atribuir cegamente ao Poder Judiciário o monopólio da interpretação constitucional. Como já afirmou Peter Häberle (no conhecido livro *Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*), todos somos, em maior ou menor medida, intérpretes da Constituição. Como afirma o constitucionalista mexicano Roberto Niembro, “os cidadãos não têm por que aceitar sem reparos as decisões judiciais (ou seja, ser sujeitos passivos), já que o debate popular sobre a Constituição infunde as memórias e os princípios da tradição constitucional, que não seriam desenvolvidos se a cidadania fosse passiva ante às decisões judiciais”³⁰².

Dessa maneira, o povo deve encarnar seu protagonismo na interpretação constitucional, deixando de ser um mero coadjuvante, à espera de uma decisão judicial. Como assumir o protagonismo na interpretação constitucional? Deve

³⁰¹ *Op. Cit.*, p. 41. Outra diferença entre o *constitucionalismo popular* e o *minimalismo judicial* é a forma de ver a reação social às decisões judiciais, sobretudo as violentas: “o minimalismo aborda o conflito como uma ameaça para a legitimidade e para a coesão social. O constitucionalismo democrático, ao contrário, considera a possibilidade de que as controvérsias relativas ao significado constitucional promovam a coesão em condições de heterogeneidade normativa” (*Op. Cit.*, p. 83). Com a devida vênia, fazendo uma analogia pueril, seria como o pai que vê as duas filhas brigando e discutindo. O primeiro (o “minimalista”) entende que aquele conflito pode destruir a família. O segundo (o “democrático”) entende que o conflito é natural e necessário e que daquela briga nascerá um consenso mais duradouro.

³⁰² *Op. Cit.*, p. 204.





o estudante de Direito estudar com seriedade o texto constitucional, com suas respectivas implicações (com essa base constitucional, terá capacidade de identificar atos inconstitucionais por parte do poder público e questioná-los social e judicialmente); deve o eleitor exigir do candidato a exposição de suas ideias políticas; devem os movimentos sociais questionar os atos do Poder Público, inclusive fiscalizando as políticas públicas, acionando o Judiciário, quando necessário; devem os movimentos sociais se organizar para defender os direitos legítimos das minorias etc. Dessa maneira, a decisão interpretativa da Corte Constitucional somente será efetivamente legítima se levar em consideração os valores democráticos que pautam a questão. O *judicial review* não é um fim em si mesmo, mas visa a estabilizar o Estado Democrático de Direito. Por exemplo, para decidir temas polêmicos, deve a Corte Constitucional, formalmente, realizar os instrumentos democráticos previstos em lei como a realização de audiências públicas, a habilitação de *amici curiae* etc. Informalmente, deve levar em consideração o efeito *backlash*, para que sua própria decisão não dê ensejo a reações adversas que, em vez de tutelar o direito, tiram-lhe a proteção.

Outrossim, em casos extremos, poderá a população acionar organismos internacionais, apontando a violação de direitos fundamentais por parte da Corte Constitucional. Por exemplo, já houve casos em que, condenado pela instância máxima, o réu buscou apoio na Corte Interamericana de Direitos Humanos, para fazer valer o seu direito de recorrer (caso Barreto Leiva vs. Venezuela, julgamento em 17 de novembro de 2009). Outro exemplo importante: em 2010, o STF decidiu que a Lei da Anistia de 1979 (Lei 6.683/79) que perdoou os crimes praticados durante o regime militar (incluindo a tortura), foi recepcionada pela Constituição de 1988, contrariando o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau). Recentemente, a família do jornalista Vladimir Herzog, na sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos, requereu a responsabilização do Estado brasileiro pela impunidade do assassinato do jornalista. Trata-se de uma contestação formal de uma decisão da Corte Constitucional.

Outro controle popular, em casos gravíssimos, pode ocorrer quando da prática de crime de responsabilidade por parte de Ministro do Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei 1.079/50. Segundo o artigo 39 da referida lei, configura crime de responsabilidade “proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa” (inciso 2) ou “proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções” (inciso 5). Qualquer cidadão poderá denunciar o Ministro do STF perante o Senado (art. 41, Lei





1.079/50). Se condenado por dois terços dos senadores, nos termos do artigo 52, II e parágrafo único da Constituição, “fica o acusado desde logo destituído do seu cargo” (art. 70, 1.ª parte, Lei 1.079/50).

Em casos ainda mais extremos, defendem alguns constitucionalistas a utilização do *direito de resistência*³⁰³, na sua modalidade *desobediência civil*. Segundo Maria Garcia, a “desobediência civil pode-se conceituar como a forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou a ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania”³⁰⁴. Nas palavras de Mark Tushnet, “podemos chamar isso de uma forma suave de desobediência civil. (...) O cidadão está desobedecendo ao Supremo Tribunal, mas a serviço da lei, como ela é vista pelos cidadãos. Post e Siegel, no mesmo sentido, afirmam que “o constitucionalismo democrático sugere que as reações violentas podem compreender-se como uma das muitas práticas possíveis de impugnação de normas através das quais o povo trata de influir no conteúdo do direito constitucional. É frequente na história e na ciência política que estas práticas logrem finalmente ser exitosas porque, em longo prazo, nosso direito constitucional é claramente permeável à influência política”³⁰⁵. A maioria dos teóricos constitucionais acredita que as formas ainda mais fortes de desobediência civil são às vezes justificadas, quando a serviço do direito, mesmo quando se esteja desobedecendo a uma

³⁰³ Segundo José Carlos Buzanello, o direito de resistência pode ser classificado, em graus de intensidade, da seguinte maneira: “1) objeção de consciência; 2) greve política; 3) desobediência civil; 4) direito à revolução; 5) princípio da autodeterminação dos povos” (*Em torno da Constituição do direito de resistência*, p. 24).

³⁰⁴ *A Desobediência Civil como Defesa da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, jul/dez, 2003. Segundo a autora, “a desobediência civil deve ser vista como forma de resistência atribuída, especificamente, ao cidadão: somente este é quem, ao nosso ver, pode voltar-se contra os poderes constituídos e à própria lei, nas hipóteses previstas, eis que os cidadãos e os poderes públicos se encontram consagrados na estrutura constitucional de forma integrativa e diretamente relacionados. Tal forma especial de desobediência poderá manifestar-se passivamente ou negativamente, consistindo em não fazer o determinado como ativa ou positivamente, consistindo em fazer o interditado, ou proibido, desde que manifesto o conflito da ordem, da proibição, com a própria ordem constitucional e os direitos e garantias fundamentais” (p. 19).

³⁰⁵ *Op. Cit.*, p. 55.





decisão específica da Corte³⁰⁶. O direito de resistência está expresso no artigo 2º, parágrafo 4º, da Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn) (“não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem”), no artigo 21 da Constituição de Portugal (“todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”), mas não está expresso na Constituição brasileira, estando nela implícito, segundo parte da doutrina³⁰⁷.

Sem a possibilidade de ter sua interpretação ouvida, sem o poder de influenciar nas decisões dos tribunais, o povo perde sua sensação de pertencimento da Constituição, como afirmam Post e Siegel: “Por que os americanos seguem fiéis a sua Constituição, mesmo quando suas perspectivas constitucionais não prevalecem? Em nosso juízo, isto é assim porque os americanos crêem na possibilidade de persuadir outros – e, portanto, em última instância, a Corte – de que adotem suas perspectivas sobre o significado da Constituição³⁰⁸”.

Dessa maneira, o *constitucionalismo democrático*, que entendemos ser a meta a ser buscada pelo constitucionalismo brasileiro, não tem o escopo de “afastar a constituição do juízo das Cortes”, como prega Mark Tushnet. Como afirmaram Post e Riegel, “os tribunais despenham um papel especial nesse

³⁰⁶ *Op. Cit.*, p. 30.

³⁰⁷ “A desobediência civil na perspectiva constitucional brasileira decorre da cláusula constitucional aberta, que admite outros direitos e garantias, e dos princípios do regime adotado (art. 5º § 2º, CF) e liga-se especialmente aos princípios da proporcionalidade e da solidariedade, que permitem protestos contra atos que violem esses princípios da ordem política” (*op. Cit.*, p. 25). No mesmo sentido, Maria Garcia: “corresponde ao *status civitatis* e decorre do regime dos direitos fundamentais no qual se insere o próprio mandamento do § 2.º do art. 5.º. É dizer, o regime dos direitos fundamentais consagrado na Constituição brasileira abrange, no seu sistema, a possibilidade de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição – dentre eles o direito da desobediência civil” (*op. cit.*, p. 20).

³⁰⁸ *Op. Cit.*, p. 33. Mais adiante, afirmam os autores: “A premissa do constitucionalismo democrático é que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, de sua capacidade para inspirar os norte-americanos como *sua* Constituição. Esta crença é sustentada em tradições de compromissos populares que facultam aos cidadãos a apresentar contestações referentes ao significado da Constituição e opor-se a seu governo (mediante a criação de normas constitucionais, a política eleitoral e as instituições da sociedade civil) quando consideram que não respeita a Constituição. Os funcionários do governo, por sua vez, resistem e respondem a esses reclamos dos cidadãos. O significado de nossa constituição tem sido historicamente configurado por esses complexos padrões de intercâmbio” (pp. 44-45).





processo. Exercem uma forma característica de autoridade para reconhecer e garantir direitos, da qual gozam em virtude da Constituição e das normas de razão jurídica profissional que empregam. Se os tribunais interpretam a Constituição em termos que divergem das convicções profundas do povo, esse mesmo povo encontrará formas de comunicar suas objeções e opor-se às decisões judiciais³⁰⁹.

Por fim, visando a concretizar o constitucionalismo popular, Tom Donnelly³¹⁰ sugere uma alteração legislativa, com a implantação do “veto popular” (*people’s veto*), que seria um “mecanismo formal destinado à consideração de decisões constitucionais da Suprema Corte, além de representar meio de criar maior engajamento popular. O veto do povo é descrito pelo autor como mecanismo reservado apenas às decisões constitucionais da Suprema Corte que tenham resultado de votação como cinco a quatro, de modo que esta decisão assim votada seria enviada para o Congresso que decidiria, por sua vez, pela necessidade de reconsideração ou não da decisão proferida pela Suprema Corte. Caso o Congresso sinalize pela necessidade de reavaliação, caberia ao povo a deliberação e votação³¹¹. Nas palavras do autor norte-americano, seriam requisitos do “veto popular”: “primeiro, o mecanismo deve permitir tempo suficiente entre a decisão do Tribunal e o referendo inicial para permitir a deliberação sóbria. (...) Em segundo lugar, o mecanismo de gatilho, apresentado no Congresso, deve exigir um voto super-maiorista. Isso limitaria o número de vezes que o povo americano seria chamado a resolver questões constitucionais – reservando o veto do povo para questões especialmente controversas ou decisões extraordinárias da Corte³¹².”

³⁰⁹ *Op. Cit.*, p. 45.

³¹⁰ No texto *Making Popular Constitutionalism Work*, Wisconsin Law Review, vol. 2012, Harvard Public Law Working Paper, n.ºs 11-29.

³¹¹ HUNGARO, Luis Alberto. *A ideia de veto popular (people’s veto) de Tom Donnelly e a Instrumentalização dos Postulados do Constitucionalismo Popular*.

³¹² *Op. Cit.*, p. 188-189. Nas palavras de Irandavid Gomes de Melo, “Donnelly traz um constitucionalismo popular menos abstrato e mais concreto no momento em que cogita um mecanismo formal de revisão judicial que permitiria uma atuação conjunta entre a população e a Suprema Corte” (*Uma Análise Sistemática da Teoria Norte-Americana do Constitucionalismo Popular*, p. 18).





REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTERIO, Ana Micaela; ORTEGA, Roberto Niembro. *Constitucionalismo Popular en Latino América*. México: Editorial Porrúa, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *No Mundo Ideal, Direito é Imune à Política; No Real, Não*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim?pagina=2>

BUZANELLO, José Carlos. “Em torno da Constituição do Direito de Resistência”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 42, n.º 168, out/dez. 2005.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Judicial Review. O Mito de Marbury*. RIL Brasília a. 53, n.º 209, jan/mar 2016, pp. 115-132.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. “As Teorias do Constitucionalismo Popular e do Diálogo na Perspectiva da Jurisdição Constitucional Brasileira”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 6 (2): 218-227.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan/mar 2006.

DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. Wisconsin Law Review, vol. 2012, Harvard Public Law Working Paper n.º 11-29.

KOZICKI, Katya. “Backlash: As ‘Reações Contrárias’ à Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 153”. In *O Direito Achado na Rua, vol. 7.*, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf

KRAMER, Larry D. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press, 2004.

GARCIA, Maria. *A Desobediência Civil como Defesa da Constituição*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.º 2, jul/dez 2013.

HUNGARO, Luis Alberto. “A Ideia de Veto Popular (People’s Veto) de Tom Donnelly e a Instrumentalização dos Postulados do Constitucionalismo Popular”. *Revista Eletrônica Jurídica REJUR, volumen 4*, n.º 1, Campo Largo, jul-dez, 2016.

LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto Lima. *A Tensão entre o Povo e as Cortes: a Escolha do Constitucionalismo Popular*. Dissertação de Mestrado. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27012015-160043/pt-br.php>

MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Disponível em <http://direitosfundamentais.net>.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein e a Resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista15/minimalismoClaudio.pdf>

POST, Robert; SIEGEL; Reva. *Constitucionalismo Democrático. Por una Reconciliación entre Constitución y Pueblo*, Madrid, 2015.

_____. *e Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Faculty Scholarship Series. Paper 169, 2007.





SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. *Constitucionalismo Democrático – O Caso do Juiz Hércules e a Ascensão do Juiz Péricles*. Disponível em: http://www.academia.edu/14713054/CONSTITUCIONALISMO_DEMOOCR%C3%81TICO_OCASO_DO_JUIZ_H%C3%89RCULES_E_A_ASCENS%C3%83O_DO_JUIZ_P%C3%89RICLES_Alfredo_Canellas_Guilherme_da_Silva

SUNSTEIN, Cass. *Backlash's Travels*. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12212&context=journal_articles

_____. *Originalism*. Early Draft of the Clynes Chair Lecture, Notre Dame Law School, nov/2017.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From The Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash à Decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática*. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica

ZIEGLER, Mary. *Beyond Backlash: Legal History, Polarization, and Roe v. Wade*. Disponível em <http://ir.law.fsu.edu/articles/326/>





TEMA IV

Família, Infância e Juventude







RECONFIGURACIONES FAMILIARES E INTERVENCIÓN SOCIAL

Teresa Facal Fondo
Luis Manuel Rodríguez Otero

Filiación: Escuela Universitaria de Trabajo Social (USC)

Resumen: En las últimas décadas el panorama familiar en España ha experimentado importantes transformaciones. Emergen perfiles familiares nuevos o al menos renovados y el conjunto de las configuraciones se caracteriza por su heterogeneidad. Con este trabajo se pretende ofrecer una perspectiva de los cambios de la institución familiar en España, apoyada con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), así como describir el perfil de la familia en Galicia a través de la percepción de los trabajadores/as sociales de los Servicios Sociales Comunitarios Básicos e identificar la presencia de hogares reconstituidos en dicho perfil.

Palabras clave: perfiles familiares, familias reconstituidas, servicios sociales

INTRODUCCIÓN

La familia, considerada como la más universal de las instituciones, se ha mantenido paradójicamente en continuo cambio, pese a su vocación de permanencia, con importantes transformaciones en su estructura, valores y funciones, de tal modo que “Los sociólogos estudiosos del grupo familiar ponen constantemente de relieve que no existe la familia, sino diferentes tipos de familia que varían en función de la época, de la geografía, de la situación económica, del desarrollo de las ideas y de los valores sociales” (Facal y Torrén, 2010, p. 55). En los últimos cuarenta años hemos asistido a cambios muy importantes en la institución familiar en España y en general en los países del





entorno y uno de los más notables es la aparición de las familias reconstituídas. En palabras de Solsona, Ferrer, Simó y McInnes (2007, p. 230):

(...) las trayectorias familiares después del divorcio, desde los años 70 hasta nuestros días, han basculado, por orden cronológico, de las familias monoparentales a las segundas nupcias, muy tímidamente a las nuevas maternidades y fecundidades y a las familias reconstituídas (que incluyen fecundidades predivorcio y postdivorcio) y el complejo mundo de relaciones que se establecen en las dobles familias.

Desde el punto de vista de la intervención social y específicamente desde el Trabajo Social, la familia constituye un marco esencial de análisis, como generador de identidad y de modelos de relación, constituyendo en opinión de algunos autores “la forma más antigua de Trabajo Social” (ESCARTÍN, 1992, p. 55).

ALGUNOS APUNTES SOBRE DEMOGRAFÍA FAMILIAR EN ESPAÑA

Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), los principales resultados del último Censo de población y viviendas (2011) indican:

- El número de miembros por hogar se ha reducido a 2,6 personas (2,9 en el censo anterior, 2001), lo que entonces era el más bajo de la historia de la población española.
- Incremento del número de hogares unipersonales (casi uno de cada cuatro hogares).
- Se multiplican por cinco las parejas del mismo sexo, aunque representan el 0,3% del total.
- Disminución de las parejas con tres o más hijos e incremento de los hogares de parejas sin hijos.
- Se dobla la cifra de parejas con algún hijo no común a ambos miembros (familias reconstituídas).
- Incremento significativo de las parejas de hecho respecto a las parejas de derecho, aunque estas continúan siendo más numerosas.

Por su parte, el *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2014 de la Fundación FOESSA*, en su capítulo sobre *La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica*, recoge las siguientes características de la nupcialidad en España:





- Importancia decreciente del matrimonio como vía de formación de pareja.
- Descenso de la tasa de primo-nupcialidad (número de primeros matrimonios por cada 1.000 personas).
- Aumento del peso relativo de las segundas nupcias.
- Rápido proceso de secularización en la celebración del matrimonio

LOS HOGARES RECONSTITUIDOS

Aunque no existe un registro oficial a nivel nacional sobre las separaciones de las parejas de hecho y ello impide medir adecuadamente la disolución del pacto de pareja, la evolución de las rupturas desde 1981, año en que se regulo el divorcio en España, ha sido claramente ascendente, así como el incremento del peso relativo de las segundas nupcias. Esto ha dado lugar a una creciente diversidad en las configuraciones familiares, entre ellas la que corresponde a las denominadas familias reconstruidas, que en general son definidas como aquellas familias formadas por matrimonios o uniones de hecho con hijo/s procedentes de una relación o relaciones anteriores (FACAL y TORRÉNS, 2010; RIVAS, 2012), añadiendo algunos/as autores/as que lo novedoso es el hecho de que en la actualidad esta recomposición se genera tras una ruptura o divorcio (MONCÓ, 2014). Bajo este paraguas común, se encuentran una pluralidad de perfiles que se generan a partir de diferentes variables (estatus de la pareja, género, presencia o no de hijos comunes, etc.).

La tabla 1 presenta la evolución de las familias reconstruidas en los últimos veinte años (CENSOS de 2001 y 2011) en España:

Tabla 1. Familias reconstruidas censos 2001 y 2011

	Censo 2001	Censo 2011	Variación absoluta 2001-2001	Variación relativa 2001-2011
Familias Reconstituidas	235.385	496.135	260.750	110,8%

Fte. INE. Elaboración propia





Aunque el cambio intercensal ha sido muy significativo, los últimos datos publicados por el INE (2016), arrojan los resultados:

Tabla 2. Porcentaje de parejas conviviendo con hijos no comunes³²⁰

2013	2014	2015	2016
3,04	2,93	2,93	2,87

Fte. INE. Elaboración propia

El descenso de los últimos años que reflejan los datos precedentes puede ser producto del tsunami generado por la crisis económica. En general, se atribuye una parte importante del incremento de los núcleos reconstituidos a la mayor presencia de población extranjera (Ajenjo-Cosp y García-Saladrigas, 2016), por lo que los efectos de la crisis en el movimiento migratorio en España junto a otros efectos de la propia crisis, han podido influir en esta configuración.

Aunque para el conjunto de España, en el año 2016, el porcentaje es de un 2,87%, esta cifra oscila entre el mínimo del 1,58% del País Vasco y el máximo del 4,52% de Canarias.

Tabla 3. Porcentaje de parejas con hijos no comunes por CC.AA.

Comunidad Autónoma	
Andalucía	2,60
Aragón	2,62
Asturias	2,69
Baleares	4,45
Canarias	4,52
Cantabria	2,78
Castilla y León	1,73
Castilla-La Mancha	2,09

³²⁰ Datos referidos al valor medio del periodo.





Comunidad Autónoma	
Cataluña	3,30
Comunidad Valenciana	3,20
Extremadura	1,67
Galicia	3,15
Madrid	2,95
Murcia	3,11
Navarra	2,08
País Vasco	1,58
La Rioja	2,16

Galicia un poco por encima de la media, alcanza un valor porcentual de un 3,15% de parejas con hijos no comunes.

Tabla 4. Tipo de unión entre parejas que conviven con hijos no comunes³²¹

	2013 %	2014 %	2015 %	2016 %
Pareja casada	44,81	40,72	43,35	47,84
Ambos solteros	14,67	17,61	14,20	15,55
Otro tipo	40,51	41,62	42,44	36,60
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0

Fte. INE. Elaboración propia

Entre los rasgos comunes, además de la cuestión de la nacionalidad, destacan tres (Ajenjo-Cops y García Saladrigas, 2016, p. 3): “elevada cohabitación, gran diferencia de edad entre los miembros y mayor precariedad laboral”. Ello implica tener en cuenta los problemas derivados de las relaciones intergeneracionales, las dificultades económicas y el riesgo de exclusión.

³²¹ Datos referidos al valor medio del periodo.





METODOLOGÍA

Partiendo de una perspectiva cualitativa se propone una investigación utilizando el método fenomenológico con el objetivo de describir el perfil de la familia gallega a través de la percepción de los trabajadores/as sociales de los Servicios Sociales Comunitarios Básicos. Así mismo se busca identificar la presencia de hogares reconstituidos en dicho perfil y analizar si se producen diferencias según el tipo de población. A través de un muestreo intencional a una muestra de expertos se identificó una población objeto de estudio de 7 profesionales que desarrollaban su profesión en 9 municipios de la provincia de Ourense. Como técnica de recogida de datos se utilizó un cuestionario de tipo personal y anónimo, formado por preguntas sociodemográficas cerradas y preguntas abiertas sobre experiencia y valor aplicado en 2016. Como proceso de análisis de datos se realizó una transcripción literal de las respuestas, una categorización y análisis de contenido. Así mismo se analizaron los datos según el ámbito de procedencia (rural y urbano/semi-urbano).

RESULTADOS

La muestra que formó parte de esta investigación está compuesta por 7 trabajadoras sociales de entre 28 y los 53 años, que desarrollan su actividad profesional en los Servicios Sociales Comunitarios Básicos, y con experiencia profesional en el actual puesto de trabajo de más de 11 años excepto 1 cuya antigüedad es de menos de un año. Respecto al lugar de trabajo 5 eran de ámbito rural (Castrelo do Val, Cualedro, Monterrei, Oimbra, Pereiro de Aguiar, Sarreaus y Vilardevós), 1 urbano (Ourense) y otra semi-urbano (Barbadás).

Se observa que las técnicas describen un perfil de las familias que acuden a los Servicios Sociales a través de dos posturas diferenciadas, una referente a la identificación de un perfil concreto y otra a diversas problemáticas que poseen dichas familias.

En referencia al perfil se observa que existen participantes que refieren la existencia de un perfil heterogéneo y otro grupo que indica que se trata de familias nucleares en su mayor parte heterosexuales con hijos o mayores con hijos ausentes (TS2, M48, R11, l.18). Quienes señalan que el perfil es heterogéneo se observa que indican sin especificar cuáles son concretamente (TS1, M41, U11, l.23; TS5, M53, SU11, l.24) o los asocian a familias: (a) nucleares y extensas (TS3, M50, R11, l.18), (b) nucleares y monoparentales





(TS4, M44, R11, l.18), (c) nucleares, extensas, monoparentales y cesantes (TS6, M28, R1, l.18) o (d) monoparentales, unipersonales, heterosexuales, con alguna dependencia o discapacidad y con alguna adicción (TS7, M50, R11, l.27-31). Identificando expresiones del tipo:

- “De todo tipo” (TS5, M53, SU11, l.24).
- “Nuclear y extensa” (TS3, M50, R11, l.18).
- “Nucleares y monoparentales” (TS4, M44, R11, l.18).
- ““Familia nuclear, monoparental, extensa, de padres separados” (TS6, M28, R1, l.18).
- “Familias monoparentales con problemas económicos. Familias heterosexuales con problemas económicos. Familias con uno o más personas discapacitadas o dependientes a cargo. Unipersonales, con problemas económicos Unipersonales que necesitan ayuda en su entorno para realizar actividades básicas de la vida diaria. Familias en que algún miembro padece conductas adictivas” (TS7, M50, R11, l.27-31).
- “Pareja hetero con uno o varios hijos o matrimonio mayor con hijos q viven fuera” (TS2, M48, R11, l.18).

Respecto a las problemáticas que identifican a dichas familias se observa que la muestra expone cuestiones vinculadas a aspectos: (a) económicos (TS1, M41, U11, l.25; TS2, M48, R11, l.20; TS4, M44, R11, l.20; TS5, M53, SU11, l.26; TS7, M50, R11, l.33), (b) de salud (TS5, M53, SU11, l.26); (c) conductuales (TS5, M53, SU11, l.26; TS6, M28, R1, l.20), (d) la existencia de cargas familiares (TS4, M44, R11, l.20), (e) vinculados a la dependencia o a la necesidad de cuidados (TS2, M48, R11, l.20; TS3, M50, R11, l.20; TS6, M28, R1, l.20; TS7, M50, R11, l.33-34) y a las toxicodependencias (TS7, M50, R11, l.34). Observando citas como:

- “escasez recursos económicos” (TS4, M44, R11, l.20).
- “de salud” (TS5, M53, SU11, l.26).
- “Falta de normas, inexistencia de responsabilidad” (TS6, M28, R1, l.20).
- “Cargas familiares” (TS4, M44, R11, l.20).
- “La ancianidad de los ascendientes, con situaciones de dependencia” (TS3, M50, R11, l.20).
- “Conductas adictivas” (TS7, M50, R11, l.34).





Tabla 5: Categorías emergentes familia en SsSs según ámbito

Urbano/Semi-urbano	Rural
Perfil <i>Heterogéneo</i> No especificado	Perfil <i>Heterogéneo</i> Nuclear y extensa Nucleares y monoparentales Nuclear, extensa, monoparental y cesantes Monoparentales, unipersonales, heterosexuales, con miembros dependientes, discapacitados o toxicodependientes <i>Nuclear</i> Pareja heterosexual con hijos Matrimonio mayor con hijos ausentes
Problemáticas <i>Económicas</i> <i>Salud</i> <i>Conductuales</i>	Problemáticas <i>Económicas</i> <i>Conductuales</i> <i>Cargas familiares</i> <i>Dependencia/ cuidados</i> <i>Toxicodependencias</i>

Así mismo, analizando esta cuestión según el ámbito geográfico en el que trabajan se observa que se producen diferencias significativas respecto a ambas meta-categorías. En relación al perfil, mientras que en el ámbito rural poseen una visión más amplia emergiendo una mayor cantidad de categorías, en el grupo del área de mayor tamaño solamente se identifica la categoría heterogéneo no especificado. Por otro lado, respecto a las problemáticas se observa que en el área rural se identifica un mayor número mientras que en el área urbana o semi-urbana emergen las relativas a cuestiones económicas, de salud y/o conductuales.

CONCLUSIÓN

La creciente diversidad en las configuraciones familiares ha ido renovando perfiles familiares ya existentes pero que ahora adquieren nuevos matices. Este es el caso de las familias reconstituidas. Para interpretar los resultados obtenidos,





en los que se aprecia la ausencia explícita o la escasa presencia de este tipo de familia, es necesario valorar algunos aspectos:

- Ourense es una provincia interior y de menor calado en cuanto a flujo de inmigrantes.
- La recogida de datos se lleva a cabo en un entorno eminentemente rural.
- Aunque no se trata de un fenómeno nuevo, el empleo de la denominación “familia reconstituída” o “reconstruída”, junto con otras denominaciones similares no se ha incorporado aún al lenguaje común y tampoco al profesional de modo generalizado.

En todo caso, pueden señalarse algunas cuestiones de interés vinculadas al tema:

- Aunque se utiliza una misma denominación para acoger situaciones a veces muy diferentes, se requiere mayor profundización en las características y desafíos particulares de cada perfil.
- Se plantean retos importantes, relacionados con aspectos sociales, jurídicos y administrativos.
- Desde el punto de vista de la protección social se plantea si estas familias deben de ser objeto de un tratamiento especial para garantizar así la igualdad de oportunidades.

REFERENCIAS

AJENJO-COSP, M. y García-Saladrigas, N. (2016). “Las parejas reconstituídas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (155), 3-20.

CASTRO, T y Seiz, M. (2014). “La transformación de las familias en España desde una perspectiva socio-demográfica”. En FOESSA, *VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España* (Documento 1.1) (pp.1-36). Madrid: Cáritas Española Editores.

ESCARTÍN, M.J. (1992). “El sistema familiar y el Trabajo Social”. *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, (1), 55-75.

FACAL, T. y Torrén, P. (2010). “Cambios sociológicos en la familia con repercusión en el derecho de sucesiones”. En A.L.Rebolledo (Coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (pp. 43-79). Madrid: Dykinson.

INE (2017). *Cifras de población y Censos demográficos*. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de www.ine.es.





MONCÓ, B. (2014). “Madres y madrastras: modelos de género, heterodesignación y familias reconstituidas”. *Feminismo/s*, (23), 113-133.

RIVAS, A. M. (2012). “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”. *Portularia*, 12(2), 29-41.

SOLSONA, M., Ferrer, L., Simó, C. y McInnes, J. (2007). “Trayectorias familiares después del divorcio. Una revisión de las contribuciones recientes desde la demografía”. *Documents d’anàlisi geogràfica*, (49), 183-196.





ADOÇÃO POR PARES IGUAIS: O DIREITO DE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA

Maria Luiza Ramos Vieira Santos

Pós-doc em Ciências Sociais pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
Professora de Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Vanessa Alessandra de Melo Pedroso

Pós-doc em Ciências Sociais pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.
Professora da graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito da
Universidade Católica de Pernambuco.

Afiliações: Universidade Católica de Pernambuco.

O trabalho apresentado trata-se de um recorte de pesquisa desenvolvida no curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, junto ao Grupo de Pesquisa: Estudos Latino Americanos sobre Direitos Humanos – EELAS (Plataforma do CNPQ). A pesquisa central se propõe a observar o atual posicionamento da legislação brasileira para o tema da adoção por casais do mesmo sexo. Quanto ao trabalho aqui apresentado as autoras definem como objetivo geral os marcos históricos do mundo ocidental no que se refere a proteção jurídica da adoção e da homossexualidade. Para tanto, as autoras buscaram, por meio de um breve relato histórico, contextualizar estes institutos – é dizer, a adoção e a homossexualidade – em diferentes marcos temporais do mundo ocidental, pois que consideram que não se pode compreender o presente, sem entender o passado. A metodologia utilizada parte de uma análise qualitativa, onde empregou-se o método hipotético-dedutivo e dialético de análise histórico-lógico. Ademais, é utilizada a técnica de análise de dados, pois que busca-se desenvolver uma crítica do discurso jurisprudencial brasileiro. Assim, as autoras, consideram que o tema em pesquisa está diretamente relacionado à ideia do capital dos Estados e, também, ao preconceito que norteia, ainda hoje no caso brasileiro, as legislações nacional.



Palavras-chave: adoção; homossexualidade; legislação; Brasil.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É comum escutar afirmações no sentido que vivemos, em tempos atuais, uma verdadeira mudança de padrões sociais, pois os ditames que vigiam em décadas passadas já não encontram mais abrigo na sociedade atual. Referidas mudanças são visíveis nas relações pessoais, principalmente, no que tange à compreensão do conceito de família. No entanto, o curso da história nos mostra situação diferente.

Ora, fato é que, hoje, pode-se encontrar diferentes conceitos para o que se entende por família. Inclusive, nossa mais alta Corte, depois de tantas demandas, se digna a compreender a família fora dos conceitos antes estabelecidos e reconhece, inclusive, a existência das famílias sócio-afetivas.

Neste universo, encontra-se as uniões de pares iguais que além de representar um grande desafio para os ditames sócio-culturais brasileiro é, também, um desafio para o mundo jurídico, pois que as uniões entre as pessoas, quando previstas em nosso ordenamento, referem-se a união entre um homem e uma mulher. Se não, veja-se o art. 226 da CFB/88:

*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)
§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (sic)*

Também o Código Civil brasileiro:

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (sic)

As uniões por pares iguais ademais de representar um desafio para o mundo jurídico brasileiro traz consigo uma quantidade infinita de novas demandas que o Estado brasileiro não pode se escusar ao debate sob pena de ser considerado omissor na solução dos conflitos de seus cidadãos.

Neste sentido, tem-se o tema que as pesquisadoras se dignam a investigar junto ao Grupo de Pesquisa Estudos Latinoamericanos de Direitos Humanos – EELAS, qual seja, a adoção por casais homoafetivos no sistema jurídico brasileiro. Ora, sabe-se que, em tempos atuais, o Brasil é omissor quanto a





uma legislação sobre a viabilidade ou não de adoção por casais homoafetivos e em resposta a esta omissão legislativa e atendendo as demandas interpostas por essas parcerias, o Poder Judiciário vem produzindo uma jurisprudência favorável ao tema em questão, a qual, por sua vez, toma por fundamento os princípios constitucionais, em especial o da igualdade e da dignidade humana.

Porém, um questionamento é presente em nossas investigações, qual seja, porque o Estado brasileiro não elabora uma legislação que regule a união entre pessoas do mesmo sexo? E, ainda, os possíveis conflitos sobre referidas questões, como é exemplo a hipótese desta pesquisa, é dizer, a adoção por pares iguais. De pronto, é possível afirmar que o discurso desenvolvido na elaboração desse trabalho tem como fundamentação as concepções sobre o “outro” no que se refere a construção do diferente ao humanismo ocidental-hegemônico.

Para tanto, necessitam, as autoras, transitar em outras áreas de conhecimento, bem como analisar a sociedade em épocas passadas no intuito de ultrapassar os “discursos conformados, cômodos, que alegam que todas as faces humanas já foram alcançadas e todos os sentidos possíveis à civilização apresentados” (SAYÃO, 2009, p. 234).

Por isso, as autoras admitem que apresentarão os aspectos de tal fenômeno, mas não será possível aprofundar cada um deles em este trabalho, - fato que as compromete a dar continuidade em suas pesquisas sobre o referido tema. – exigindo, para tanto, um recorte metodológico que possibilita um debate pleno, embora amplo sobre uma das demandas do tema proposto, qual seja, a compatibilidade *versus* incompatibilidade da adoção por pares iguais.

1. AS FONTES JURÍDICAS DA ADOÇÃO E DA HOMOSSEXUALIDADE NO BRASIL

Inicialmente cumpre destacar que a temática apresentada compreende a visualização de dois institutos, quais sejam a adoção e a homossexualidade. Aquela, a adoção quase sempre foi compreendida como necessária e, talvez por isso, encontra-se disciplinada pelo Estado brasileiro, já o debate em torno da sexualidade e homossexualidade não repousa em terreno sólido e sempre esteve à margem do discurso social em nossa sociedade.

Se não é assim, veja-se que a adoção para a legislação brasileira encontra-se disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente e consiste em uma medida que tem por objetivo, fundamental, possibilitar à criança ou ao adolescente uma família. É, em outras palavras, romper com a barreira da família





biológica, pois que reconhece a filiação motivada por um sentimento de afeto da criança/adolescente para com os adotantes e destes para com ela, justificando, assim, seu reconhecimento por ato judicial. A adoção, hoje, observa o princípio da convivência familiar, pois que visa, diferentemente de tempos passados, dar uma família para a criança ou adolescente e não uma criança para a família.

Por outro lado, a homossexualidade corre à margem do Direito brasileiro, isto é, não tem seus direitos e garantias equiparados aos heterossexuais – como o exemplo do casamento, antes demonstrado – e tampouco possuem uma legislação específica que discipline suas demandas. Não fosse pelos tão professados Direitos Fundamentais seria possível afirmar que os cidadãos homossexuais estariam desassistidos pela legislação nacional.

Referida circunstância, possivelmente, encontre fundamentação na ideia que a homossexualidade é reconhecida pelo Estado e sociedade brasileiros como uma mera orientação sexual, pois como aduz, VECCHIATTI (2008, p. 76) “caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo”. Ora, não resta dúvidas que a sexualidade representa a forma como o indivíduo se comporta na sociedade, posto que é fruto de sua intimidade e personalidade, merecendo, assim, cuidado dos debates sócio-acadêmicos e das políticas públicas em torno da segurança social dos diferentes grupos.

Não se permite, em tempos atuais, um debate arraigado a padrões de conduta que marginaliza a sexualidade humana e termina por gerar um silêncio da norma brasileira sobre referido instituto. É fato que as sentenças prolatadas pelo Poder judiciário tem formado jurisprudência no Estado brasileiro, mas é necessário o reconhecimento de tais grupos no sentido de gerar paridade entre os grupos de minoria e o poder hegemônico, principalmente, no que se refere ao tema proposto.

2. DA (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A ADOÇÃO E A HOMOSSEXUALIDADE NO CURSO DA HISTÓRIA OCIDENTAL

Curioso é destacar que os institutos da adoção e da homossexualidade conviveram harmonicamente durante todo o período antigo de nossa história ocidental, pois a homossexualidade, a esta época, era institucionalizada e “vista como de procedência natural, ou seja, no mesmo nível das relações entre casais, entre amantes ou de senhor e escravo. [...] o preconceito da sociedade romana decorria da associação popular entre passividade sexual e impotência política” (DIAS, 2006, p. 27).





É a partir do entrelaçamento da história com a religião – em especial as crenças judaica e cristã para o mundo ocidental – que passa-se a compreender o sexo dentro do casamento com valor estritamente procriador, afastando, assim, o ato homossexual do que determinava a vontade de Deus (VECCHIATTI, 2008, p. 49).

Tal compreensão ganha vulto com a chegada da Idade Média, período em que se consolida o Cristianismo, a Igreja Católica e a preponderância do Direito Canônico – onde se observou um verdadeiro declínio da adoção, pois o estado não tinha qualquer interesse nesse instituto, já que se uma pessoa, nesta época, morresse sem herdeiros, seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou pela Igreja (BORDALHO *In*. MACIEL, 2006, p. 180.).

Quanto ao posicionamento sócio-jurídico dado ao homossexualismo nesta época SPENCER aduz que

as multas se tornavam maiores de acordo com a idade do homem pois presumia-se que, quanto mais novo, menor compreensão tinha da suposta, imoralidade do ato, mas se não fossem pagas em 10 dias, o criminoso era despido, atado pelas genitais, forçado a desfilar nu pelas ruas, surrado e depois expulso da cidade. Um homem acima de 33 anos devia ser queimado e toda a sua propriedade confiscada pela cidade. O acusado não tinha direito a advogado ao apresentar a sua defesa. A fogueira parece ter sido reservada para os casos mais graves como estupro homossexual (1999, p. 123.).

Em um salto histórico podemos observar que surgem, com a idade moderna, as três primeiras legislações que previam a adoção. Segundo SZNICK (1999, p. 69), quais sejam, o Código promulgado por Christian V, na Dinamarca, em 1683; o Código Prussiano, na Alemanha, promulgado em 1794 por Frederico Guilherme II e o Código Napoleônico³²² de 1804, o qual teria sofrido influência da legislação prussiana e que no que se refere a adoção, foi, na França, precedido pelo Decreto de 18 de janeiro de 1792, que a incluiu no plano das leis civis.

Cumprir lembrar a grande influência do Código Francês nas legislações modernas dos diferentes Estados. Fato que, por sua vez, leva o instituto da adoção a ser discutido e inserido em todos os diplomas legais ocidentais.

³²² Importante aqui destacar que Napoleão foi um dos defensores da inserção da adoção no Código Civil então em elaboração, pois como não conseguia ter filhos com sua imperatriz, pensava em adotar. Pondera Bordallo (in: MACIEL, 2006, P.183): “Com o seu retorno aos textos legais, a adoção transformou-se em mecanismo para dar filhos a quem não pode tê-los”.





Já no que se refere a homossexualidade FOUCAULT nos esclarece que

Até o final do século XVIII, três grandes códigos (...) regiam as práticas sexuais: o direito canônico, a pastoral cristã e a lei civil. Eles fixavam cada qual à sua maneira, a linha divisória entre o lícito e o ilícito. Todos estavam centrados nas relações matrimoniais: o dever conjugal, a capacidade de desempenho, a forma pela qual era cumprido, as exigências e as violências que o acompanhavam, as carícias inúteis ou indevidas às quais servia de pretexto, sua fecundidade ou a maneira empregada para torná-lo estéril, os momentos em que era solicitado (períodos perigosos da gravidez e da amamentação, tempos proibidos da quaresma ou das abstinências), sua frequência ou raridade: era sobretudo isso que estava saturado de prescrições. O sexo dos cônjuges era sobrecarregado de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das restrições; era, sobretudo dela que se falava; mais do que qualquer outra tinha que ser confessada em detalhes. Estava sobre estreita vigilância: se estivesse em falta, isso tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunhas (1988, p. 38.).

Mais tarde o mundo se envolve na Primeira Grande Guerra Mundial que, por sua vez, relega um número quase que infinito de crianças e adolescentes à orfandade e ao abandono. Fato que levou a uma comoção da população e uma preocupação para os governos que passaram a incentivar o instituto da adoção a partir do conceito de “bem estar da criança e do adolescente”.

Veja-se que vivia-se a idade da razão, da ciência e, assim, a homossexualidade passou a ser compreendida como uma patologia. Freud (*apud* SPENCER, 1999, p. 53), inclusive, compreendia o homossexualismo como uma desordem no desenvolvimento da sexualidade humana, no sentido de que a ausência paterna durante a infância e a violência repressiva do pai ensejaria respectivamente, a homossexualidade masculina e a feminina.

Neste tempo, a grande maioria dos médicos entendia que a homossexualidade era uma “degeneração” e, por isso, estava justificado a busca da cura para essa doença através de tratamentos desumanos como são exemplos terapias de choques convulsivos, lobotomia e terapias por aversão (VECCHIATTI, 2008, p. 59). Circunstâncias que, por sua vez, aumenta a concepção social condenatória inclusive com implicação no âmbito penal.

Somente no século XX os homossexuais passam a se organizar em uma clara movimentação de luta por espaços que foi reforçada pela publicação dos estudos de Alfred Charles Kinsey através dos livros: *Comportamento Sexual dos Homens* (1948) e *Comportamento Sexual das Mulheres* (1953). Os livros traziam os resultados de uma década de pesquisa, realizada com milhares de americanos, revelando seus hábitos entre quatro paredes (ou em outros ambientes,





dependendo da preferência de cada um). Assuntos que eram tabus – como masturbações, sexo antes do casamento e traição –, foram abordados sob o ângulo imparcial das estatísticas e resultaram no que se conhece hoje por Relatório de Kinsey, considerado o “grande marco deste século” (VECCHIATTI, 2008, p. 50.). Até mesmo porque foi em razão dos estudos de Kinsey, que em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria removeu a homossexualidade da lista de distúrbios mentais, recusando-se a continuar considerando os homossexuais como diferentes ou passíveis de correção. Mais tarde, em 1986 a Organização Mundial de Saúde (OMS) também passou a não considerar a homossexualidade como uma doença.

Hoje, em pleno século XXI, o mundo ocidental, – apesar do grande preconceito machista e da influência religiosa de alguns setores sociais de diferentes Estados, principalmente da América Latina – se apresenta em um período de conquistas de direitos. Se não, note-se que países como a Holanda aprovou em 12 de setembro de 2000 Lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-os aos casamentos heterossexuais e permitindo a esses casais adoção de crianças e adolescentes. A Alemanha (2001), Suécia (2002), Bélgica (2003), Espanha (2005), Noruega (2008), Os Estados Unidos, em vários de seus estados; Canadá, e México, bem como Argentina (2010) e África do Sul (2002) seguem o modelo holandês.

3. CONTEXTUALIZANDO NO BRASIL

No Brasil, a luta por espaços pelo movimento homossexual ainda é grande, mas pouco a pouco é possível observar o reconhecimento de referido instituto pela legislação brasileira. Se não é assim, veja-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a partilha de bens após a separação; a pensão por morte do companheiro e auxílio reclusão, a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual, desde que comprove a união estável e dependência econômica para com o segurado, regulado pela Resolução Normativa n.º 25 de 2000 da Previdência Social e dependência em plano de saúde.

O Poder Judiciário tem muito contribuído para o aumento dos direitos deste público em especial no pertinente ao reconhecimento das parcerias homossexuais como entidade familiar do tipo união estável, como o fez o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento (5-5-2011) conjunto da Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento





de Preceito Fundamental (ADPF)132, acatando parecer do relator – o Ministro Carlos Ayres Britto –, que chegou a este entendimento através da analogia e aplicação dos princípios constitucionais.

Em consequência da citada decisão, o judiciário tem possibilitado o casamento e a adoção por essas parcerias. Como demonstra ISHIDA (2014, p.121): Nesse sentido “a juíza de Direito Renata Bittencourt Couto da Costa, da Vara da Infância e Juventude do foro regional da Lapa-SP, julgou procedente o pedido contido na ação da qual uma mulher requeria a adoção unilateral de uma criança, filha biológica da companheira. A MM juíza entendeu a união homoafetiva como possível de gerar uma entidade familiar. No entender de MÚNERA e outras a Corte Constitucional tem sido muito favorável na maioria de suas sentenças a proteção individual das pessoas homossexuais, pois que considera a obrigação de respeitar os direitos fundamentais dessas pessoas (2000, p. 53).

No entanto, o que se pode averiguar é que não existe um reconhecimento da legislação propriamente dita, ou seja, uma previsão legal que discipline os direitos e garantias dos homossexuais em suas relações pessoais. Todo o entendimento no sentido de patrocinar referidos direitos e/ou garantias consiste em uma construção jurisprudencial que depende do entendimento do julgador que deve ser livre nas suas convicções. Convicções estas que, geralmente, encontram-se eivadas de elementos culturais, sociais, familiares e até religiosos.

Neste sentido, era possível observar sentenças que negavam o reconhecimento da filiação sócio afetiva através do registro com o nome de duas mães ou dois pais, mas em 2015, a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homossexual, consolidando, assim, a jurisprudência no que se refere a tal possibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho visa através de uma breve análise histórica compreender os institutos da adoção, homossexualidade e a possibilidade de união entre esses institutos. O que se pôde observar é que a adoção, bem como a sexualidade de maneira geral, quase sempre, foram consideradas tabus que ora serviam ao Estado, ora serviam a Igreja. Sem contar o grande preconceito em torno daqueles considerados órfãos ou desviados na sua sexualidade.





Talvez por esse motivo, os Estados tenham tido pouca preocupação em conceder direitos e garantias a esses públicos. No caso da adoção, note-se que somente com o Código Napoleônico se disciplina referido instituto e, mesmo assim, para a proteção de uma família que não tinha filhos, ou seja, a preocupação não era com a criança ou adolescente órfão, mas com uma família que necessita dar continuidade ao seu poder de consumo.

A preocupação em dar uma família à criança e não uma criança à família, surge em decorrência da Primeira Guerra Mundial, quando os Estados viram-se obrigados a manter os direitos fundamentais de inúmeras crianças órfãs da Guerra e estavam despreparados economicamente para tanto.

Surge, então, reflexão no sentido que o tema da adoção quase sempre foi mantido pelos diferentes Estados em uma condição de segundo plano e quando esses se dignavam a debatê-la era porque o tema estava diretamente relacionado a conceitos econômicos de um sistema fundamentado no capital.

Diferentemente não foi e, não é, com o tema da sexualidade e mais precisamente homossexualidade. Neste sentido, nos reportamos as palavras de VECCHIATTI quando aduz

Que o modelo econômico capitalista começou a ganhar força, com estímulo da competitividade entre os homens, o que passou a inibir qualquer contato mais amistoso, especialmente amoroso, entre eles. (...) o que fez que o amor homoafetivo fosse visto como um entrave ao consumismo desejado pelas elites de então. (...). Isso se explica pelo fato de que a família heteroafetiva tinha uma potencialidade consumista maior do que a família homoafetiva, ante a incapacidade desta de gerar descendentes. Vislumbra-se uma época em que a adoção praticamente não existia.

Hoje, diferentemente, de antes, visualizam-se nesses públicos um poder de consumo, quiçá maior que o dos heterossexuais. No entanto, o preconceito fundamentado no machismo e na religião ainda é muito visível na América Latina principalmente e, talvez por isso, os Estados continuem se negando a legislar sobre essa matéria, cabendo à jurisprudência a construção jurídica dos anseios sociais de uma minoria.

No entanto, cumpre destacar que tal construção jurisprudencial não consiste na observância e reconhecimento de um direito ou garantia cumpridas pelo Estado a essas minorias, pois que não significa paridade de direitos à sociedade hegemônica. Faz-se necessário, em nossa convicção, que a legislação reconheça o outro enquanto igual em um sistema de paridade no intuito de diminuir as diferenças sociais.





REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O preconceito & a Justiça*. 3.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FOUCAULT, M. *Historia da Sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza de Albuquerque e J. Guilherme de Albuquerque. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MÚNERA, Carolina Restrepo; PINEDA, Sandra Milena Sánchez; e SEPÚLVEDA, Catalina Tamayo. *Derecho & diversidad sexual*. Medellín: Sclo Editorial, 2000.

SAYÃO, Sandro Cozza. “Ética, responsabilidade e reconfiguração da subjetividade em Emmanuel Levinas: O argumento da paz”. In: PELIZZOLI, Marcelo. *Cultura de paz: A alteridade em jogo*. Recife: Universitária da UFPE, 2009. Cap. 10. pp. 233-250.

SPENCER, Colin, *Homossexualidade: uma historia*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SZNICK, Valdir. *Adoção: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional*. 3.^a Ed. São Paulo: Universidade de Direito, 1999.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Homossexualidade: da possibilidade Jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2008)



ASSOCIAÇÃO NUVEM VITÓRIA

A **Associação Nuvem Vitória** nasceu em 2016, tem como missão principal contribuir para melhorar o sono das crianças em hospitais ou outras instituições que por motivos de saúde ou outros, as retirem dos seus ambientes familiares e tem como objetivo principal a criação e implementação de rotinas, que visam a hora de desligar aparelhos eletrônicos, arrumar brinquedos e preparar para dormir, retomando o hábito da leitura da história para adormecer, muitas vezes esquecido em ambiente hospitalar.

A privação do sono na criança está associada a efeitos negativos a curto e longo prazo em diversos domínios, como o desempenho cognitivo e aprendizagem, a regulação emocional e do comportamento, o risco de quedas acidentais, obesidade e hipertensão arterial. Apesar de não se tratar exatamente de privação do sono, em contexto hospitalar, este sobre muitas alterações. As crianças estão doentes e fragilizadas fisicamente, longe do ambiente familiar e confortável havendo ainda a rotina hospitalar, os inevitáveis ruídos, luzes, entrada e saída de pessoas do quarto, enfim, toda a rotina do deitar e do sono é perturbada. Se mesmo sem doença o sono é vital para todos, a importância de uma noite bem dormida é definitiva na recuperação de uma criança hospitalizada, quer em termos físicos quer em termos emocionais.

Contar histórias de embalar permite a sublimação dos ambientes hostis em que a criança está mais fragilizada. Alguns autores reforçam que a leitura em contexto hospitalar pode ajudar o diagnóstico do paciente, na prevenção do aparecimento de novas doenças e na diminuição dos problemas emocionais.

Por momentos, as crianças (e cuidadores) são remetidos ao mundo maravilhoso da imaginação tornando a estadia no hospital mais amena. Temos testemunhos das educadoras, enfermeiras e mães no site... e alguns cuidadores que já são voluntários, uma vez que viram o efeito das histórias com as suas crianças internadas.





Crianças; Pediatria; Sono; Histórias de Embalar; Voluntários

Fernanda Freitas, mãe, mulher, voluntária, jornalista empreendedora; Presidente da Direção da Associação Nuvem Vitória.





DAS VIRTUDES VÁRIAS (AINDA HOJE ESQUECIDAS) DO APADRINHAMENTO CIVIL

Rita Guimarães Fialho d'Almeida
(Mestre em Direito das Empresas pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra)

Afiliação: Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria

Resumo: Nas últimas décadas, o Direito da Família tem assistido a uma profunda metamorfose, fruto da transformação da sociedade em geral e das famílias em particular. Neste contexto de contínuas mudanças, também a criança já ocupou diversos lugares, e eis que chega o século, por muitos intitulado, “da criança”.

Pensado precisamente para protecção de crianças e jovens, em particular daqueles que se encontram, desde há muito institucionalizados, o apadrinhamento civil constitui uma medida tutelar cível, a meio caminho entre a tutela e a adopção restrita (entretanto revogada), mediante a qual se edifica uma relação jurídica quase familiar, assente na vinculação afectiva, de carácter tendencialmente permanente, orientada para a integração da criança ou do jovem no agregado familiar dos padrinhos, sem que, com isso, se pretenda afastar forçosamente os seus pais.

Pese embora a circunstância de o apadrinhamento civil acrescentar, efectivamente, uma nova saída definitiva para as crianças e jovens, o certo é que essa medida tutelar cível apresenta, ainda, uma reduzida expressão no panorama jurídico português, resultado, porventura, do desconhecimento deste instrumento por parte de muitos dos operadores judiciais, mas, sobretudo, da sociedade em geral.





Palavras-chave: apadrinhamento civil; medida tutelar cível; responsabilidades parentais; desinstitucionalização de crianças e jovens.

1. NOÇÃO DE APADRINHAMENTO CIVIL

Nos termos do art. 2.º do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil (aprovado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro)³¹⁶, o apadrinhamento civil estabelece “uma relação jurídica, tendencialmente de carácter permanente, entre uma criança ou jovem e uma pessoa singular ou uma família que exerça os poderes e deveres próprios dos pais e que com ele estabeleçam vínculos afectivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento (...)”.

A razão da terminologia adoptada consta da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 253/X, nos termos que seguem:

Neste contexto, supõe-se que as expressões “apadrinhamento civil”, “padrinho”, “madrinha” têm vantagem sobre outras quaisquer, na medida em que são conhecidas pela população com um sentido relativamente aproximado do que se pretende estabelecer na lei civil: o padrinho ou madrinha são substitutos dos pais no cuidado das crianças e dos jovens, sem pretenderem fazer-se passar por pais.

Constituindo embora uma medida tutelar cível, que visa suprir o exercício das responsabilidades parentais por impossibilidade, incapacidade ou vontade dos pais, mediante o exercício, pelos padrinhos, de um conjunto de poderes funcionais sucedâneos ali compreendidos, o apadrinhamento civil não constitui um mero instituto de suprimento da incapacidade em razão de menoridade, desde logo, por se não pretender afastar forçosamente os progenitores.

Outrossim, atendendo a que é desígnio do instituto assegurar uma medida de conteúdo flexível, com vista à sua adequação aos interesses da criança ou jovem, o art. 7.º, n.º 1, *in fine*, vem expressamente admitir a possibilidade de se limitarem os poderes funcionais que constituem o núcleo essencial próximo do das responsabilidades parentais, seja por vontade dos pais e padrinhos, seja por decisão judicial, sem que, com isso, repare-se, se pretenda conferir aos pais e futuros padrinhos, nem tão-pouco ao tribunal, um poder arbitrário, ou de natureza absolutamente discricionária, pois, como bem recordam ALFAIATE & RIBEIRO (2014), “a conformação do conteúdo de poderes funcionais na relação jurídica de apadrinhamento impõe uma vinculação legal ao prumo do

³¹⁶ Doravante, os artigos mencionados sem referência a qualquer fonte pertencem a esta Lei.



instituto”, a saber, o suprimento do exercício das responsabilidades parentais pressupondo, para tanto, a concretização de uma relação de cuidado (“vínculos afectivos”, nos dizeres do art. 2.º).

Nova relação jurídica alternativa às soluções até agora existentes de integração das crianças e jovens em meio familiar, esta medida tutelar cível não se dirige apenas às situações de crianças e jovens em perigo (embora este seja, por excelência, o seu público alvo), podendo antes surgir, também, como resposta para os casos de crianças ou jovens que, não estando em perigo, se considera poderem desenvolver-se mais harmoniosamente fora do núcleo familiar biológico.

Como se deixou antever ao leitor, o apadrinhamento civil pressupõe, em regra, a presença da família biológica, pois se é verdade que os padrinhos assumem o exercício de um conjunto de poderes funcionais essenciais, não é menos certo que os direitos conferidos por lei aos pais, em especial os previstos no art. 8.º, salvaguardam, ainda, um núcleo mínimo de direitos destes e, em consequência, a indisponibilidade e a irrenunciabilidade das responsabilidades parentais (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014). Em todo o caso, existirá sempre um outro âmbito de aplicação do instituto, que se encontra nos casos das crianças e jovens institucionalizados e, de entre estes, aqueles para quem se tornou inviável a adopção.

Com o apadrinhamento civil estabelece-se uma relação jurídica para-familiar, de carácter tendencialmente permanente, orientada para a integração da criança ou do jovem no agregado familiar dos padrinhos. Muito embora não possa afirmar-se que este instituto cria uma verdadeira relação jurídica familiar nova, em razão de o art. 1576.º do CCiv. permanecer, ainda, inalterado, o certo é que o contexto em que aparece e os efeitos que produz conduzem-nos a ampliar o leque de situações ligadas às relações jurídicas para-familiares. Mas, indo mais longe ainda, podemos mesmo afirmar, com ALFAIATE & RIBEIRO (2014), que o apadrinhamento civil constitui uma relação jurídica quase-familiar, pois que os laços de solidariedade que lhe subjazem se conservam mesmo depois da maioridade do afilhado, sendo, por isso, mais que um simples instituto de suprimento de incapacidade por menoridade.

2. CAPACIDADE PARA APADRINHAR E SER APADRINHADO

Podem apadrinhar os maiores de vinte e cinco anos (art. 4.º), abstendo-se a lei de determinar um limite máximo de idade para os padrinhos.





Para além deste requisito objectivo, os padrinhos poderão ser candidatos espontâneos ou as pessoas indicadas pelos pais, pelo representante legal, pelo guardião de facto ou pela criança ou jovem. Assim sendo, “podem [neste segundo caso] ser designados como padrinhos os familiares, a pessoa idónea ou a família de acolhimento a quem a criança ou o jovem tenha sido confiado no processo de promoção e protecção ou o tutor” (art. 11.º, n.º 5), mas pode também, no caso dos candidatos espontâneos, que não dirigem a sua candidatura ao apadrinhamento de qualquer criança ou jovem especificamente, ser alguém que não tem, no momento da candidatura, qualquer relação com a criança ou jovem que venha, no futuro, a apadrinhar.

Por seu lado, pode ser apadrinhada toda a criança ou jovem para quem o exercício das responsabilidades parentais pelos pais ou qualquer forma de suprimento deste – jurídica ou de facto – não se mostrem adequados para acautelar o seu superior interesse (cfr., a respeito, o art. 5.º).

Contudo, e atenta a sua especificidade, quando a iniciativa caiba aos pais, a criança ou jovem não pode ser apadrinhado por mera impossibilidade ou vontade daqueles, sendo antes necessário que se anteveja uma impossibilidade de desenvolvimento integral junto dos pais, assim como a emergência de suprimento do exercício das responsabilidades parentais até à maioridade e, correspondentemente, a transferência para um terceiro dos direitos e deveres próprios daqueles, daí em diante (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Por todo o exposto, a adequação da medida de apadrinhamento deve ser aferida, caso a caso, de acordo com aquelas que são as reais necessidades e interesses da criança ou jovem (“desde que o apadrinhamento civil apresente reais vantagens para a criança ou o jovem e desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção”, diz-nos o art. 5.º, n.º 1), de modo a que o instituto preserve flexibilidade bastante para lograr abarcar as situações da vida, sempre mais ricas e complexas do que as previstas na lei (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Repare-se ainda que a relação de apadrinhamento inicialmente constituída pode ser alargada a novos padrinhos, concretamente ao cônjuge do padrinho ou da madrinha ou a pessoa com quem este viva em união de facto, bastando, para tanto, que cumpra os requisitos legais de habilitação e a tramitação do processo de constituição do vínculo e que o referido alargamento se afigure conforme ao superior interesse do afilhado. Afastada encontra-se a hipótese de, em relação ao mesmo afilhado, se constituírem sucessivos apadrinhamentos por pessoas que não vivam em família, até porque deixaria de ser possível





cumprir um dos desígnios do instituto, qual seja o da integração da criança ou do jovem no agregado familiar do padrinho (art. 6.º).

Por outro lado, nada parece obstar a sucessivos apadrinhamentos pelo mesmo padrinho ou madrinha, não apenas no caso mais comum das fratrias, como também de crianças ou jovens sem qualquer laço prévio entre si, desde que, claro está, a inserção dos novos elementos no agregado familiar comum não prejudique o sucesso das relações de apadrinhamento civil já existentes.

3. OBJECTO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE APADRINHAMENTO E RELAÇÕES ENTRE PAIS, PADRINHOS E AFILHADOS

O exercício das responsabilidades parentais compete apenas aos pais, razão pela qual todas as formas de suprimento da incapacidade daqueles para o exercício destas responsabilidades constituem institutos sucedâneos, com conteúdo e poderes próprios, atribuídos a terceiros, em nome da protecção do interesse público orientado para o instituto da representação daquela concreta criança ou jovem. Se assim é, o n.º 1 do art. 7.º deve ser interpretado restritivamente na parte em que se refere a uma transferência do exercício das responsabilidades parentais, pois que o que está em causa é a atribuição ao padrinho de faculdades que integram as responsabilidades parentais, mas não do direito em si, o qual, reitera-se, pertence ainda aos pais (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Em todo o caso, na génese e fins do apadrinhamento civil, sempre se dirá existir um conteúdo mínimo de poderes funcionais que forçosamente devem ser reconhecidos aos padrinhos, sob pena do desvirtuamento do conteúdo mínimo do instituto. São eles os poderes de guarda e educação da criança ou do jovem, onde se incluem, designadamente, o poder de fixar residência, de educação religiosa, para intervenções médicas, relativos à educação e do domínio da administração de bens (cfr., a este respeito, o art. 7.º, n.ºs 2 e 3). Será, em todo o caso, admissível, como logo se vê, a previsão de um direito de visita ou, por exemplo, de períodos de férias da criança ou jovem com os pais (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Ora, a legitimidade para o afastamento dos titulares das responsabilidades parentais em benefício de decisões tomadas por terceiro, concretamente pelo padrinho, resultará, como logo se vê, de uma situação de incapacidade duradoura dos pais para exercerem as responsabilidades parentais; o mesmo é dizer, da incompetência declarada ou decidida dos pais para corresponderem





à funcionalização essencial à manutenção do respectivo poder funcional. Por essa razão, em se tratando de uma situação de incapacidade temporária ou ocasional, a constituição da relação de apadrinhamento civil deixa de fazer sentido, pois que ela é subsidiária de formas menos restritivas da capacidade de ser pai (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

O art. 9.º vem estabelecer determinados princípios orientadores das relações entre pais e padrinhos. Assim sendo, eles têm um “dever mútuo de respeito e de preservação da intimidade da vida privada e familiar, do bom nome e da reputação” e “devem cooperar na criação das condições adequadas ao bem-estar e desenvolvimento do afilhado”.

Cabendo embora aos padrinhos a educação, o bem-estar e o cuidado do afilhado, na medida dos poderes de representação legal reconhecidos aos pais, e sendo embora eles, enquanto representantes legais dos afilhados, quem tem o poder de decisão, não podem, ainda assim, excluir liminarmente os pais, sendo certo que em caso de divergência entre pais e padrinhos relativamente a decisões ou princípios adoptados pelos últimos, apenas lhes é exigível a tentativa de adesão dos pais. Frustrado o acordo, compete aos padrinhos decidir, uma vez que a estes cabe o cuidado e, claro está, também, os poderes de representação legal.

Em contrapartida, e não estando embora expressamente previsto qualquer incidente processual para os casos de incumprimento do compromisso ou da decisão, o incumprimento do dever de promoção da adesão pelos padrinhos poderá conduzir à alteração do conteúdo da relação jurídica constituída ou, no limite, à própria revogação do apadrinhamento (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Quanto à relação entre padrinhos e afilhados, e face à descrição quanto ao conteúdo dos poderes funcionais, não há muito mais a dizer. Acrescente-se apenas que os afilhados, enquanto tais, devem respeito e obediência aos padrinhos, em termos semelhantes ao dever para com os pais e representantes legais.

4. PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO DO APADRINHAMENTO CIVIL

No respeitante à *legitimidade para a constituição do apadrinhamento* (art. 10.º), o legislador, embora generoso (chegando mesmo a reconhecer legitimidade processual activas aos pais e à própria criança ou jovem), optou por excluir os potenciais padrinhos, não lhes reconhecendo qualquer posição processual activa, nem em termos de impulso, nem tão-pouco para efeitos de





recurso sobre parecer negativo ou decisão de não constituição de apadrinhamento civil. Quer dizer, os candidatos a padrinhos não podem, em momento anterior ao da constituição do vínculo, impulsionar verdadeiramente o processo, estando-lhes reservada apenas a posição de candidatos espontâneos, a integrar eventualmente a lista mencionada no art. 11.º, n.º 1 e no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro (“Regulamentação do Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil”, doravante Regulamento). Só assim não sucederá nos casos em que o candidato a padrinho seja já representante legal da criança ou jovem ou seu guarda de facto (cfr. art. 10.º, n.º 1, al. d)), embora o impulso que aí lhes é concedido decorra, não da sua qualidade de candidatos a padrinhos, mas antes dos efeitos jurídicos emergentes de uma relação jurídica ou de facto previamente estabelecida com o afilhado.

Constituído o vínculo de apadrinhamento, e só após esse momento, naturalmente que o padrinho passa a ser parte no processo relativo às vicissitudes que venham a ocorrer, pois, a partir de então, é-lhe reconhecido um interesse digno de tutela em razão dos poderes jurídicos que lhe são conferidos.

A *designação* do padrinho (art. 11.º) pode acontecer previamente à *habilitação*, sempre que a mesma esteja já orientada para o apadrinhamento de uma criança ou jovem em concreto, com quem o candidato já tem uma relação afectiva estabelecida. Pelo contrário, nos casos de candidaturas espontâneas, a designação ocorrerá em momento ulterior à habilitação, pois que esta terá de observar, nestas situações, dois momentos distintos: um primeiro momento, como habilitação em abstracto, ou seja, não orientada para qualquer criança; um segundo momento, após designação, em que se funcionaliza a avaliação dos factores de habilitação ao projecto de vida de uma criança ou jovem em concreto.

Como se compreende, a habilitação dos padrinhos foi objecto de uma preocupação exaustiva por parte do legislador. De entre as circunstâncias aptas a permitir averiguar da autonomia e idoneidade dos candidatos para a assunção dos poderes funcionais inerentes à condição de padrinhos, contam-se, designadamente, a personalidade, maturidade, capacidade afectiva e estabilidade emocional; as capacidades educativas e relacionais para responder às necessidades específicas da criança ou do jovem e para promover o seu desenvolvimento integral; as condições de higiene e de habitação; a situação económica, profissional e familiar; a ausência de limitações de saúde que impeçam prestar os cuidados necessários à criança ou ao jovem; a motivação e expectativas para a candidatura ao apadrinhamento civil; a disponibilidade para



respeitar os direitos dos pais ou de outras pessoas relevantes para a criança ou o jovem; a capacidade e disponibilidade para promover a cooperação com os pais na criação das condições adequadas ao bem-estar e desenvolvimento da criança ou do jovem; a posição dos membros do agregado familiar dos candidatos, e por outros familiares com influência na dinâmica da família, face ao vínculo do apadrinhamento civil (art. 3.º do Regulamento).

Naturalmente, a fase administrativa de habilitação de padrinhos é pressuposto essencial para que o candidato possa, no futuro, ser sujeito da relação jurídica de apadrinhamento. Somente após a habilitação, realizada pelo Organismo de Segurança Social ou Instituição equiparada, é que a pessoa vê reconhecida a sua capacidade jurídica para vir a ser sujeito de uma relação de apadrinhamento civil.

Pese embora a circunstância de não se encontrar previsto na lei qualquer momento processual ou procedimental de *avaliação prévia* da viabilidade e sucesso do vínculo de apadrinhamento a constituir, essa necessidade subjaz às diligências a realizar, quer em fase prévia e graciosa, junto das entidades administrativas e para-administrativas, quer em fase judicial, pois, como logo se vê, sendo pressuposto do apadrinhamento a criação de um vínculo duradouro, a sua constituição terá de ser antecedida de um juízo de comprovada viabilidade da relação a estabelecer entre padrinhos e afilhados. Persistindo dúvidas, então, deverão ser esgotados outros meios de protecção ou suprimento das responsabilidades parentais, de entre os quais o da confiança a pessoa idónea, da tutela ou de medidas limitativas destas responsabilidades (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Concretizada a avaliação prévia da viabilidade e sucesso do vínculo de apadrinhamento a constituir, segue-se o *acto judicial de constituição*, concretizado por meio de sentença judicial ou de homologação judicial de um compromisso de apadrinhamento (art. 13.º). Não obstante o acto constitutivo final depender sempre de decisão judicial, o certo é que, no caso de constituição judicial *stricto sensu*, o tribunal terá que sindicar que o projecto de vida da criança ou jovem passa pelo apadrinhamento (primeiro momento), que os candidatos (seleccionados ou propostos) cumprem os requisitos para o decretamento da decisão constitutiva e que estão reunidos todos os requisitos formais para que a decisão possa ser tomada. Nos restantes casos, compete-lhe tão-só averiguar o preenchimento dos requisitos formais e proceder a uma apreciação global do concreto interesse da criança ou jovem em causa, mas sem que, com isso, se proceda a uma reapreciação dos requisitos do apadrinhamento civil (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).





Para o apadrinhamento civil é necessário o *consentimento* de determinadas pessoas, logo enunciadas no n.º 1 do art. 14.º, a saber: da criança ou do jovem maior de doze anos; do cônjuge (ou unido de facto) do padrinho ou madrinha; dos pais do afilhado, mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais, e ainda que sejam menores, excepto quando tenham sido inibidos das responsabilidades parentais por terem violado culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes (n.º 3); do representante legal do afilhado; de quem tiver a sua guarda de facto. O consentimento pode ser dispensado, nos termos do n.ºs 2 e 4 da mesma disposição legal.

De entre os *princípios* a ter em conta pelas entidades competentes, destacam-se o princípio da proporcionalidade, da prevalência da família e o da subsidiariedade.

Recorde-se, a respeito deste último, que o apadrinhamento constitui uma forma de integração familiar alternativa à família biológica, mas subsidiária da adopção (“desde que não se verifiquem os pressupostos da confiança com vista à adopção”, assim reza o n.º 1 do art. 5.º), pois os desígnios de um e outro instituto não se confundem. Com efeito, enquanto o apadrinhamento civil pressupõe a coexistência entre o vínculo de apadrinhamento e o da filiação natural, mantendo-se o direito a alimentos (art. 21.º) e os efeitos sucessórios entre pais e filhos, a adopção apresenta efeitos marcadamente mais fortes e relevantes, atendendo a que há uma total integração do adoptando como filho do adoptante, os laços jurídicos com a família biológica extinguem-se, os apelidos de origem perdem-se e esta conexão será irrevogável.

Recordando, a este propósito, as palavras de Alfaiate & Ribeiro(2014):

Há uma clara hierarquização legal do modelo a favor da intervenção e da protecção do menor que passa, quer pela família biológica (...), quer pela família adoptiva, surgindo o apadrinhamento como medida intermédia, na ausência de um projecto de vida duradouro realizável em qualquer um daqueles âmbitos familiares.

Daqui decorre, segundo os mesmos Autores, que a “nova roupagem” para o princípio da prevalência da família impõe uma sua interpretação no sentido do desenvolvimento da criança em meio familiar, de carácter tendencialmente permanente, conferindo à institucionalização o papel de *ultima ratio* do sistema. Quanto se disse, repare-se, não colide com a medida de protecção de acolhimento familiar, cuja regulamentação evidencia o carácter profissional de quem acolhe e a expectativa fundada de transitoriedade, pois que, neste caso,





o projecto de vida expectável para a criança ou jovem continua a ser o regresso à família biológica, ainda que o mesmo possa não chegar a ocorrer.

Finalmente, ligado à subsidiariedade, embora autónomo desta, o princípio da proporcionalidade regula, entre outros momentos do processo de decisão, a determinação do projecto de vida, a dispensa de consentimento, a determinação do conteúdo da relação de apadrinhamento, o acto de constituição e a subsistência ou modificação do vínculo (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

Robustecendo o carácter tutelar do apadrinhamento e com vista ao seu êxito, o art. 20.º vem consagrar o apoio e acompanhamento ao vínculo. Medida de avaliação do sucesso do apadrinhamento decretado, o apoio ao apadrinhamento civil termina com a verificação dos objectivos prosseguidos com a constituição do vínculo e, em qualquer caso, pelo decurso do prazo de dezoito meses. De resto, este entendimento relativamente à importância do papel do apoio após a constituição do vínculo de apadrinhamento será aquele que melhor acautela a posição dos padrinhos civis (ALFAIATE & RIBEIRO, 2014).

5. MODIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE APADRINHAMENTO

Questão particularmente sensível é a de saber em que termos podem ocorrer modificações do conteúdo da relação jurídica inicialmente constituída, seja no sentido de alargar o remanescente de exercício das responsabilidades parentais pelos pais, seja no sentido contrário.

Independentemente da fase do apadrinhamento em que se esteja, os pais têm o direito de suscitar uma modificação da relação jurídica constituída, caso não subsistam os motivos que determinarem o seu afastamento relativamente aos filhos.

Relativamente à segunda hipótese, o art. 8.º, n.º 2, vem prever a possibilidade de o tribunal limitar ou mesmo excluir os direitos de contacto e/ou visita do filho quando os pais, no exercício desses mesmos direitos, ponham em risco a segurança ou saúde física ou psíquica da criança ou jovem ou comprometam o êxito da relação de apadrinhamento civil.





6. EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE APADRINHAMENTO

Pese embora o carácter tendencialmente permanente da relação jurídica de apadrinhamento civil (art. 24.º, n.º 1), a mesma poderá extinguir-se por uma de duas formas: i) revogação em sentido próprio, resultante de uma decisão consensual dos interessados que pretendem pôr termo ao compromisso firmado ou de uma situação em que os padrinhos e o afilhado não pretendem manter a perpetuidade do vínculo (art. 25.º, n.º 1, als. a) e f), respectivamente); ii) revogação judicial.

CONCLUSÃO

Relação jurídica assente no afecto e no reconhecimento da família como ambiente privilegiado para o desenvolvimento, o apadrinhamento civil constitui um contributo inestimável para uma abordagem integrada da família e da criança ou jovem, que enfatiza a funcionalidade e o efeito da integração familiar, sobretudo em relação aos “esquecidos” do sistema de protecção, quais sejam as crianças e jovens acolhidos em instituição, impossibilitados de retornar à família de origem e sem perfil de adopção, ou cuja possibilidade de virem a ser adoptadas se afigure remota.

Pese embora a circunstância de a implementação efectiva da medida tutelar cível em causa tardar e de os números serem ainda pouco expressivos, não se pode olvidar que todas as novidades carecem de tempo para serem suficientemente acolhidas, no sentido de se tornarem visíveis.

Importante será que as entidades com competência em matéria de infância e juventude, as comissões de protecção, a Segurança Social, as instituições de acolhimento e os tribunais se mobilizem, de modo coordenado e articulado, para fazer vingar o instituto, designadamente através de uma campanha de informação e sensibilização da sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFAIATE, Ana Rita & RIBEIRO, Geraldo Rocha (2014). “Reflexões a propósito do apadrinhamento civil”, in: FAZENDA, M.^a Helena (dir.), *A tutela cível do superior interesse da criança*, e-book CEJ, tomo II, 2014 pp. 54-78. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoII.pdf.







O ESTILHAÇAR DOS LAÇOS SOCIAIS

Raquel Marta,
Instituto Superior de Serviço Social do Porto, Portugal

Resumo: O presente artigo persegue o bosquejo do questionamento atinente à conversão do terreno movediço da incerteza onde a sociedade de hoje, ao suprimir as comunidades estreitamente unidas que outrora delimitavam as normas e velavam pelo seu cumprimento, nos colocou. A partir conceitos ilustrados no filme “A esperança está onde menos se espera”, discutimos a progressiva decomposição político-institucional-societal numa época de individualismo em que cada um quer tornar-se o actor da sua própria vida e em que o sofrimento individual gera angústias profundas espelhadas na privatização da existência.

Palavras-chave: moral; incerteza, laços sociais, Joaquim Leitão

*– Odeio o mundo. O mundo está uma grande merda
– Está mesmo...*

*– Menos as damas – sorriso
Joaquim Leitão, 2009, A esperança está onde menos se espera*

*As performances estéticas não podem fazer nada porque não vivemos hoje num tempo de respostas. Estamos demasiado na merda. É tempo de tornar as coisas visíveis, de mudar a forma como as percebemos, bem como à situação.
Slavoj Žižek*

Uma tal deflagração de palavras é, à primeira vista, de uma brusquidão sem transição. Encaremo-la como um encontro de instintos espontâneos que





emergem da inconsistência – tantas vezes antinómica – da nossa experiência da realidade. Vem-nos ao espírito a análise de inspiração hegeliana proposta por Žižek: o que subjaz nesta atitude linguística é uma certa violência *simbólica* encarnada na linguagem, ela própria *meio-ambiente* e *meio-instrumento* que permite aos homens conviver no seu permanente e inevitável debate. As suas formas, inerentes às condições sociais do capitalismo, emanam da imposição que a linguagem procede de um certo universo de sentido e que se entrelaça com uma certa forma de violência sistémica, fundada e dimanada pelo funcionamento dos nossos sistemas económico e político (ŽIŽEK, 2008, 2017).

FRANCISCO, O *TURISTA* AGORA *VAGABUNDO* OU O ESPELHO A AGUARDAR O REFLEXO

Em *A esperança está onde menos se espera*³¹⁷, Joaquim Leitão, fazendo jus à afirmação deleuziana de que o “cinema não apresenta apenas imagens, envolve-as num mundo” (DELEUZE, 2006: 95), filma a alegria e a tristeza, a riqueza e a pobreza, a vitória e a derrota, a união e a desunião, os laços sociais e a ausência destes, as convicções e os temores, a descrença e a esperança, o homem “dessubjectivado”, os altos e baixos das malhas do papel social para, simultaneamente, se afastar de incautas referências a uma realidade exterior à ficção cinematográfica e – num exercício compressão tempo/espço – captar na lente a transformação em curso dos parâmetros da condição humana. De um modo mais ou menos directo, coloca também o problema da conectividade interdependente, onde todos os diferentes domínios estão ligados e em que todos interagem em transacções positivas ou negativas. De certa forma, configura a necessidade de uma análise integrada e interrelacionada das actividades económicas, sociais, culturais e políticas envolvidas numa diversidade de instituições, de lugares e de pessoas ligadas por inúmeras cadeias invisíveis (ELIAS, 2004b).

No centro de *A esperança esta onde menos se espera* encontra-se o enigma da depressão de um homem. Que esse homem, Francisco Figueiredo – a personagem encarnada pelo actor português Virgílio Castelo – está deprimido é,

³¹⁷ A obra cinematográfica de Joaquim Leitão datada de 2009 e aqui referenciada, segue uma linha algo diferente da que tem vindo a ser trilhada nos modos de ver a sociedade portuguesa. Leitão aborda-a e comunica com ela de uma forma que serve de laço comunicacional entre o nível de realidade vivida e o real na sua dimensão mais ameaçadora, o qual é compreendido e argumentativamente explicado a partir daquilo que se passa no entrecruzamento da realidade vivida com o real, do colectivo com o singular.





aparentemente, óbvio no mesmo grau em que parecem óbvias as razões da sua depressão: o desemprego, a fragilidade dos vínculos afectivos e relacionais com o seu filho e o *amor líquido* da sua mulher, que sai do país. Portanto, o nexos causal parece claro e desprovido de ambiguidades: através da interferência que a sua decisão despoletou, Francisco é o causador de todos os problemas na vida da família (capitalistamente) feliz cujos traumas, ilusoriamente niilistas, provoca.

Mas o interessante é que, incorporadas no argumento, múltiplas forças e significados se cruzam, digladiam ou associam – sem se evaporarem na multiplicidade de pontos de vista possíveis – indiciando um amplo universo de traços e registos num entrelaçado de franjas política, social, económica e cultural, numa vulnerabilidade contemporânea que perpassa fronteiras ao nível das emoções e dos sentimentos da forma de se estar e de sentir, remetendo simultânea e inelutavelmente quer para os valores universais, quer para a amplitude do pensar e da existência, do passado, do presente e do futuro. Só podemos admirar a fineza do conteúdo desta realização a relembrar a *Estação de Serviço* de Walter Benjamin (2004): a edificação da vida passa neste momento muito mais pela pujança dos feitos do que pelos valores que lhe subjazem; quando um acto de decisão – como aquele do personagem Francisco Figueiredo – se apoia numa cadeia de razões, ele colora aquilo com que estamos a lidar na actual sociedade de risco: aqui, estamos perante uma escolha verdadeiramente livre e, precisamente por isso, é vivida ainda de maneira mais frustrante, tanto mais quanto a anuição da livre escolha reporta à liberdade em relação à incerteza (BAUMAN, 1999). É sabido que nos encontramos constantemente na posição de ter de decidir sobre questões que afectam fundamentalmente as nossas vidas. Mas a liberdade de decidir através da qual o indivíduo da sociedade de risco frui “não é a liberdade de alguém que pode decidir livremente o seu destino mas a liberdade «fonte de ansiedade» de alguém que é constantemente obrigado a tomar decisões sem ter consciência das suas consequências” (ŽIŽEK, 2009: 336) e (BECK, 1992, 2009, 2016; CASTEL, 2003, 2009); porque a decisão é tomada sem dispor de um fundamento adequado em termos de conhecimento, o epílogo é imprevisível.

Visto de fora, o personagem principal – Francisco – parecia estar simplesmente amodorrado, quando na realidade vivia um pesadelo. O fosso entre as ilusões do protagonista e a realidades do futuro imediato foi preenchido pela retracção económica por referência ao início do argumento: a diferença entre a mudança económica e o ajustamento social (Judt, 2009; Sen, 2003, 2010) e a personificação em realidade humana do desdém do *turista* pelo *vagabundo*





“não pelo que o vagabundo é mas pelo que o turista pode vir a ser” (BAUMAN, 1999: 106) acontece. A inversão vertiginosa é produzida como se de um demolidor olhar ricochete se tratasse. Enquanto momentos em declínio, os momentos individuais do *turista* agora *vagabundo* mas ainda protagonista, fundem-se entre si até ao amorfo. Que longe estamos da dignidade.

A pergunta é inevitável, porque falar de esperança hoje, numa época de risco e de incerteza em que *tudo o que é sólido se dissolve no ar*³¹⁸? (BAUMAN, 1999, BERMAN, 1989). Em primeiro lugar, porque não podemos continuar a avaliar o nosso mundo e as escolhas que fazemos num vácuo ético, valorativo e moral. O impasse último da era da incerteza em que vivemos reside nessa distância que vai entre o conhecimento e a decisão, entre a cadeia de razões e o acto que resolve o conflito. Embora o protagonista do filme não conheça o desfecho aquando a tomada de decisão – impulsionada e sustentada pela primazia dos valores – é impelido a tomá-la uma vez que é preciso tomar decisões (ŽIŽEK, 2009). O indivíduo encontra-se assim numa situação kafkiana em que é capaz de nem sequer saber do que é culpado: eternamente perseguido pela perspectiva de já ter tomado decisões que o colocarão em perigo, consubstancia a assumpção baumaniana de que a responsabilidade é sempre incerta: “excedemos tão facilmente como não chegamos a cumprir as exigências da «acção responsável» por isso a vida moral é uma vida de incerteza interminável” (BAUMAN, 2007a: 14-15). Nesse caso, como resolver o seguinte equívoco: “e se o que nos aparece como incoerência ou fracasso no momento em que delineamos todas as consequências da nossa atitude ética for, pelo contrário, a sua condição positiva de possibilidade?”

FRAGILIDADE DOS LAÇOS SOCIAIS: O ESTILHAÇAR DA MORAL

Em 1759, Adam Smith – o pai fundador da economia clássica – escrevia na sua obra *The Theory of Moral Sentiments*, que “a disposição para admirar, quase para adorar, os ricos e os poderosos, e para desprezar, ou pelo menos negligenciar, pessoas de pobre e miserável condição ...[é]... a grande causa, e a mais universal, da corrupção dos nossos sentimentos morais” (SMITH, 1999: 72). Em 2010, Tony Judt substantiva: “os nossos sentimentos morais foram na verdade

³¹⁸ Título de um distinto livro do filósofo Marshall Berman, publicado em 1981, retirado do *Manifesto do Partido Comunista* de Karl Marx.





corrompidos” (JUDT, 2010: 36) e (JUDT, 2009). O perigo de tal corrupção que corre na sociedade contemporânea é claramente apreendido por Zygmunt Bauman. Na sua obra *Vida Fragmentada*, dedicada aos *Ensaio sobre a Moral Pós-Moderna* (2007a), mostra que a estirpe dos problemas morais se engolfa na fragmentação da textura social e no carácter episódico das experiências vividas, denúncia máxima da fraqueza e do fracasso de políticas sociais – aparentemente racionais – de alienação da vida social. Conforme nota Žižek, uma das coisas que alienação significa é que a “distância faz parte do próprio tecido social da vida quotidiana. Ainda que viva ao lado dos outros, o meu estado normal é ignorá-los. Não me é permitido aproximar-me demasiado de outras pessoas. Movo-me num espaço social em que interajo com os outros obedecendo a certas regras exteriores ‘mecânicas’ sem partilhar o seu mundo interior” (ŽIŽEK, 2009: 59) e (ŽIŽEK, 2006a, 2017), numa gradual demissão de propósitos, numa qualidade egoísta da vida que não é intrínseca à condição humana, logo, de uma inumanidade humana gritante (BAUMAN, 2007a, 1989; JUDT, 2010; 2009). Que deneguemos uma exclusiva consideração aos movimentos fortuitos, paradoxalmente estacionários, não implica que denigramos o papel significativo que desempenha na ideia de coexistência. Transfigurar esta força centrípeta que dilacera o *estar com* e constringe impeditivamente o *existir para* na sua abertura ao Outro, na explosão não planeada de não-indiferença (BAUMAN, 1996, 2007b), implica a produção de um sentido colectivo – construído a partir das interações de indivíduos individualizados – que proporcione completa e continuamente um quadro *social de existir*. Na realidade, para retirarmos sentido da nossa existência, termos de trepar para dentro dela e desafiar esse sublime e aterrador sentimento latejante sob toda a vida contemporânea onde *ser-se si próprio cansa* (BAJOIT, 2006, 2008; EHRENBURG, 1995, 2000).

Acrescentemos a isto uma proposição central: que um dos efeitos possivelmente mais expressivos do crescente padrão da autonomia e de responsabilidade que se faz acompanhar do declínio da tradicional configuração do laço social³¹⁹ na época contemporânea, nos é apresentado por uma linha ténue, mas que é todavia lúcida, sob a forma de interconexão com as consequências do privilegiar dos fluxos de capital económico em detrimento do intercâmbio relacional humano (BAUMAN, 1999; BOURDIEU, 1998; BOUVIER, 2005).

³¹⁹ Para um aprofundamento da trajectória histórico evolutiva do conceito, veja-se o denso ensaio de Pierre Bouvier (2005), *Le Lien Social*, Paris, Gallimard.





Ainda que conscientes de que, por entre mudanças do mundo de trabalho, não haverá um único caminho para perspectivar a possibilidade de objectivos a longo prazo numa sociedade, perguntamos em uníssono com Sennett (1999) como se pode procurar objectivos de longo prazo numa sociedade a curto prazo? Como se podem manter relações duráveis num quadro de existir incompleto e descontínuo? Para nos arengarmos em defesa de um *fordista*, onde a divisão técnica do trabalho não era separável das relações sociais de produção contra um *flexibilizado* espelho jubiloso de um individualismo que exalta a diversidade e fragmentação (BOURDIEU, 1998; CASTEL, 2003, 2009; TOURAINE, 2005), ou vice-versa, não temos nos amofinar com a identificação de qual deles garante a moldura social de forma mais primorosa e vantajosa para a inversão da inumanidade humana acima referida. Pensar a possibilidade de que haja uma alternativa perfeita exigiria um esforço gigantesco de omnicompreensão em cada um deles, incluindo a gestão relacional que cada um comporta, e ainda assim não implicaria a necessidade de que a apreendêssemos por referência no momento de aquilatar os valores – mais ou menos meritórios – das restantes alternativas. Na verdade, em face de uma realidade que repousa sob o espectro da incerteza, o homem torna-se não só mais confuso como igualmente mais complexo: descobre-se parcialmente desorientado num mundo em que ordem, unidade e sentido parecem emaranhadas. Na presença de uma realidade fragmentada e flutuante, ele questiona a sua própria identidade, a sua própria realidade. E porquanto esta está indefinida, a ambivalência do questionamento confere uma maior profundidade à sua responsabilidade enquanto ser moral e torna-a, simultaneamente, mais pesada do que nunca (BAUMAN, 2007a, 2007b). Innerarity converge para o mesmo ponto focal ao afirmar que “numa cultura secularizada, o que antes era visto como um acontecimento de carácter não dominável, tem agora o carácter das nossas consequências” (INNERARITY, 2009: 156). É a moldura do capitalismo a obrigar a sociedade à demolição progressiva das disposições colectivas e a confinar a raiz fundacional de uma nova ordem ao culto do indivíduo individualizadamente autónomo agora exposto a novas formas de insegurança, de precariedade e desfiliação (BOURDIEU, 1998, 2001; CASTEL, 2003, 2008, 2009). Rapidamente se instala uma espécie de senescência moral e social e, ao mesmo tempo que vemos decadência temerosa onde outrora havia magnanimidade, obtemos a chave de leitura para o exclamativo reticenciar de Leon Shestov: “como podemos ajudar estando com medo!... Nós só vemos perigo, perigo somente...” (*How can we help being afraid!... We see danger, danger only...*),





(LEON SHESTOV, s.l., citado por BAUMAN 1996: 1). Ora, o que encontramos aqui é a ambivalência temerosa – actualmente constitutiva – e intrínseca do indivíduo: alimentado pelo sentimento de medo e reflexo último da prática da evanescência na realidade, movimenta-se enquanto a perplexidade aumenta, e, mais tarde ou mais cedo, cede à ruptura ameaçando a secessão do *estar junto*.

A entrada no viveiro das incertezas pela portentosa mão de Bauman (2007b), mostra-nos que essa chaga de tortura que continuamente nos diz em surdina: *preparemo-nos para tudo*: o nosso mundo é novo; “os seus riscos e oportunidades não têm precedentes” (JUDT, 2009: 14), um tudo que pode ser nada. Produto da forte individualização das relações sociais e humanas, a fragmentação e desorganização da sociedade que caracterizam o actual período histórico, dão lugar à metafórica sociedade líquida baumaniana (BAUMAN, 1999, 2006a, 2007b, 2010) que emerge como exemplo da mutação da nossa maneira de reflectir e de abordar o mundo em. Bauman descreve um mundo muito real em que a fruição do indivíduo pelo real é tão vaga e incerta que a sua vida é marcada por uma permanente efervescência fragmentária e descontínua (1996, 2007b, 2010). Graças às novas modalidades de (des) compromisso o quotidiano evoca malévola e silenciosamente as numerosas experiências que se multiplicam à luz de tal fluidez existencial. Trata-se, como sublinha Soulet, de uma “violência moral, de um atentado à integridade do indivíduo que, não reconhecido como sujeito, como actor simbólico, o encerra na sua própria história biográfica” (2007: 12). Mas, uma vez que se admita tal contingente, o que vem a significar o papel das comunidades que o acolhem? A inércia completa e mesmo complacente da comunidade perante um rumo de acontecimentos vertiginosamente mutáveis encontra-se igualmente num estado caracterizado pelo fluido, pela indeterminação, pela total confusão da plenitude dos elementos; nela predomina a desconfiança perante os outros e respectivas intenções, ao mesmo tempo que uma atitude que recusa – ou considera inexequível – captar com a constância e a fiabilidade da companhia dos seres humanos (BAUMAN 2006a, 2010). Embora se possam respeitar, evitam-se cuidadosamente, como se o facto de se encontrarem na ligação *nós* estivesse sancionado a ser demasiado doloroso e a qualquer coisa que fracassaria. Na realidade, a comunidade não é vazia de sociabilidade, mas perante a desintegração das barreiras simbólicas protectoras que mantinham os seus elementos em relação de urdidura, ninguém quer autenticar a longo prazo da vida de outra pessoa sob tais condições (BOURDIEU, 1998; SENNETT, 1999).





Este espaço contingente onde o indivíduo agora se situa – reflexo da *deslegitimação do outro* – fechado e abrigado por assombros inomináveis a residir fora da sua forma, na impossibilidade de dizer ao *nós* porque o sentimento de inutilidade o assalta, conduz à progressiva ruptura do elo social (SOULET, 2007). De facto, como nota Le Blanc, “sem os procedimentos sociais de confirmação de estima de si, uma vida é hipotecada e mesmo destruída” (2009: 109). O esboroamento da estima social, enquanto componente indissociável da estima de si, assinala a triste condição em que nos encontramos: “na rua, é impossível não se estar ao lado dos outros. Mas tenta-se esforçadamente não estar com o outro” (BAUMAN, 1997a: 55).

A ESPERANÇA ESTÁ ONDE MENOS SE ESPERA

O mundo real, excêntrico, de sulcos irregulares, constantemente avassalado por forças que o modificam, que o dividem e fragmentam, que o esmagam ao mesmo tempo que o constituem, é um fluxo em permanente ebulição que limita a capacidade de situar a experiência no indivíduo no interior de uma totalidade dotada de sentido. O questionamento que parte da experiência vivenciada de desintegração do nosso próprio horizonte de sentido – embora permita tornar-nos conscientes da fragilidade do nosso universo – suga o que de mais elementar constitui a vivacidade da existência: o amor, afecto, a afabilidade, a atenção, a dedicação; virtudes que criam a excelência de um vínculo e que cuja ausência desune e cujas transgressões desagregam.

Na realidade, vistos do exterior, parecemos todos diferentes. *Queremos-nos* diferentes de Francisco. Mas interiormente – hoje – “somos todos iguais, indivíduos amedrontados, lançados no mundo, precisando uns dos outros” (ŽIŽEK, 2006b: 57). Afectação contemporânea do medo da irrefreável celeridade da mudança, do medo da perda de emprego, medo de perder o controlo das circunstâncias e rotinas da vida quotidiana. E talvez, como sugere Judt, “medo de que não sejamos só nós que já não conseguimos moldar as nossas vidas, mas que também as autoridades tenham perdido o controlo, para forças fora do seu alcance” (JUDT, 2009: 31) e (BAUMAN, 1999, 2006b, 2007a, 2007b; LE BLANC 2009; SOULET, 2008). Perante o caos personificado, a inversão na nossa vida social passa assim pela valorização e compreensão de tudo o que liga, e já não separa, a agudeza do espírito ao esmero sobre o corpo, e do que vai no sentido de exploração de nós próprios e dos nossos próprios limites testando, como Francisco, ao mesmo tempo as nossas possibilidades físicas e morais.





Num turbilhão de circunstâncias, um coro de umas quaisquer forças extraídas da complexão dinâmica do argumento – que não tendo vivido todas as possibilidades tem grande vontade de as viver – altera a história e o Francisco, com uma nudez de profunda assemelhação a *Lear*, o rei, ocupa o lugar dele e inicia uma nova vida com uma nova compreensão das coisas, onde a esperança o espera.

REFERÊNCIAS

- BAJOIT, Guy (2006), “O papel da confiança na formação da identidade e do vínculo social”, em Casimiro Balsa (org.), *Confiança e Laço Social*, Lisboa, Colibri.
- BAJOIT, Guy (2008), *Le contrat social dans un monde globalisé*, Fribourg, Editions Universitaires de Fribourg.
- BAUMAN, Zygmunt (1989), *A Liberdade*, Lisboa, Estampa.
- BAUMAN, Zygmunt (1996), *Alone Again – Ethics After Certainty*, London, Demos.
- BAUMAN, Zygmunt (1999), *Globalização: as Consequências Humanas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2006a), *Confiança e Medo na Cidade*, Lisboa, Relógio d'Água.
- BAUMAN, Zygmunt (2006b), *Amor Líquido – Sobre a fragilidade dos Laços Humanos*, Lisboa, Relógio d'Água.
- BAUMAN, Zygmunt (2007a), *A Vida Fragmentada – Ensaio sobre a Moral Pós-Moderna*, Lisboa, Relógio d'Água.
- BAUMAN, Zygmunt (2007b), *Tempos Líquidos*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2010), *A Sociedade Sitiada*, Lisboa, Piaget.
- BAUMAN, Zygmunt (2011), *Collateral Damage*, Polity, Cambridge.
- BERMAN, Marshall (1989), *Tudo o que é Sólido se Dissolve no Ar*, Lisboa, Edições 70.
- BECK, Ulrich (1992), *Risk Society, Towards a New Modernity*, Sage Publications, London.
- BECK, Ulrich (2009), “World Risk Society and Manufactured Uncertainties”, *Iris*, I (2), pp. 291-299. Disponível em: <http://ejour-fup.unifi.it/index.php/iris/article/viewFile/3304/2906>
- BECK, Ulrich (2016), *The Metamorphosis of the World*, Polity, Cambridge.
- BENJAMIN, Walter (2004), *Imagens de Pensamento*, Lisboa, Assírio e Alvim.
- BOURDIEU, Pierre (1998), *Contre-feux* (12ªed.), Paris, Raisons d'Agir.
- BOURDIEU, Pierre (2001), *O Poder Simbólico*, Oeiras, Difel.
- BOUVIER, Pierre (2005), *Le lien social*, Paris, Gallimard.
- CASTEL, Robert (2003), *L'insecurité sociale – Qu'est ce qu'être protégé?*, Paris, Seuil e La République des Idées.
- CASTEL, Robert (2008), *A discriminação negativa – Cidadãos ou autóctones?*, Petrópolis, Vozes.
- CASTEL, Robert (2009), *La montée des incertitudes*, Paris, Seuil.
- DELEUZE, Gilles (2006), *A Imagem-Tempo – Cinema 2*, Lisboa, Assírio e Alvim.
- EHRENBERG, Alain (1995), *L'individu incertain*, Paris, Hachette.





- EHRENBERG, Alain (2000), *La fatigue d'être soi*, Paris, Odile Jacob.
- INNERARITY, Daniel (2009), *A Sociedade Invisível*, Lisboa, Teorema.
- JUDT, Tony (2009), *O Século XX esquecido – Lugares e Memórias*, Lisboa, Edições 70.
- JUDT, Tony (2010), *Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos*, Lisboa, Edições 70.
- LE BLANC, Guillaume (2009), *L'invisibilité sociale*, Paris, PUF.
- LEITÃO, Joaquim. (2009). *A Esperança Está Onde Menos se Espera*. Portugal: MGN Filmes.
- NICHOLS, Bill (2016), *Speaking Truths with Film*, Oakland, University of California Press.
- SEN, Amartya (2003), *O Desenvolvimento como Liberdade*, Lisboa, Gradiva.
- SEN, Amartya (2010), *A Ideia de Justiça*, Coimbra, Almedina.
- SENNETT, Richard (1999), *A Corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*, Rio de Janeiro, Record.
- SOULET, Marc-Henry (2007), “Vulnérabilité sociale et souffrance individuelle”, em Marc-Henry Soulet (ed.), *La Souffrance sociale. Nouveau malaise dans la civilisation*, Fribourg, Academic Press Fribourg.
- SOULET, Marc-Henry (2008), “La vulnérabilité. Un problème social paradoxal”, em Vivianne Châtel e Shirley Roy (eds.), *Penser la vulnérabilité. Visages de la fragilisation du social*, Montréal, Presses de l'Université du Québec.
- TOURAINÉ, Alain (2005), *Um Novo Paradigma*, Lisboa, Piaget.
- ŽIŽEK, Slavoj (2006a), *Bem-Vindo ao Deserto do Real*, Lisboa, Relógio d'Água.
- ŽIŽEK, Slavoj (2006b), *A Subjectividade por Vir*, Lisboa, Relógio d'Água.
- ŽIŽEK, Slavoj (2008), *Violência – Seis Notas à Margem*, Lisboa, Relógio d'Água.
- ŽIŽEK, Slavoj (2009), *O Sujeito Incómodo. O Centro Ausente da Ontologia política*, Lisboa, Relógio d'Água.
- ŽIŽEK, Slavoj, (2017), *A Coragem do Desespero*, Lisboa, Relógio d'Água.





SEQUESTRO INTERNACIONAL INTERPARENTAL DE MENORES E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION AND THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN FACE OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Marcio Felix Cavalcanti³²⁰
Universidade Autónoma de Lisboa – UAL

Resumo: O trabalho tem por objetivo analisar as consequências da violação dos Direitos Humanos e o desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nos casos de retirada ilícita ou retenção de um menor de seu país de residência habitual em decorrência dos conflitos familiares sob a cortina da Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental de Haia de 1980 que é o documento que adota os Direitos Fundamentais das Crianças mais ratificados em todo o mundo. O estudo apresentará as dificuldades enfrentadas para se evitar a retirada de menores do convívio familiar habitual e quais medidas de proteção hábeis a prevenir os danos e as consequências causadas em face do tema.

³²⁰ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – UAL. Agente da INTERPOL. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Joaquim Nabuco, Professor de Processo Penal e Pós-Graduação em Direito Penal pela Faculdade Guararapes. Professor de Direito Processual Penal pela Faculdade de Ciências Humanas de Igarassu. Bacharel em Direito Pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Administração pela Universidade de Pernambuco. Consultor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.





Palavras-chave: Direitos Humanos, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Sequestro Interparental.

Abstract: The work has objective to analyze the consequences of the violation of Human Rights and the disregard for the Principle of the Dignity of the Human Person in the cases of illicit removal of a minor from his country of habitual residence as a result of family conflicts under the curtain of the Convention on the Civil Aspects of the Parental Child Abduction of 1980, which is the document that adopts the most ratified children's rights all over the world. The study will present the difficulties faced in avoiding the illicit removal children from usual family living together and which protective measures to prevent the damages and consequences caused by the theme.

Key Words: Human Rights, Principle of the Dignity of the Human Person, Internacional Parental Child Abduction

INTRODUÇÃO

A retirada ilícita ou retenção de um menor de seu local de residência habitual, em decorrência dos conflitos familiares, é um ato que envolve o bem-estar do menor, os pais, a sociedade e os Estados e principalmente e o respeito dos direitos humanos de todos os envolvidos. Este ato é designado no Brasil e em alguns países pelo termo Sequestro Internacional de Menores.³²¹

A Convenção de Direito Internacional Privado da Haia é uma organização intergovernamental de caráter global que procura mesclar diversas tradições jurídicas, desenvolvendo e oferecendo instrumentos jurídicos multilaterais que correspondem às necessidades mundiais.³²²

Situações pessoais, familiares ou comerciais que se inter-relacionam em mais de um país são habituais no mundo moderno. Estas podem ser afetadas

³²¹ Por questões técnicas de linguagem, a palavra inglesa “*abduction*”, foi traduzida para o direito brasileiro como sequestro. Entretanto, mundialmente, compreende-se que, para fins de análise e estudo da Convenção de Direito Internacional Privado da Haia, a palavra significa “transferência ou retenção irregular de crianças, tratando-se, evidentemente, de questões referentes à guarda de menores”.

³²² Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction>





pelas diferenças que existem entre os sistemas jurídicos vigentes nesses países atreladas a culturas, ideologias e crenças. Para lidar com essas questões, os Estados contratantes procuram firmar acordos multilaterais, pertencentes ao ramo do direito “Direito Internacional Privado”. Dentre suas missões mais dignificantes, está em trabalhar pela “unificação progressiva” dessas regras o que implica em encontrar enfoques internacionalmente reconhecidos para questões como a competência internacional dos tribunais, o direito aplicável, o reconhecimento e a execução de sentenças em numerosas matérias que visem, principalmente, a proteção de crianças e jovens, questões de direito matrimonial e estatuto pessoal.³²³

É bom ressaltar que a Convenção de Direito Internacional Privado da Haia trata de sequestro, mas não no seu sentido penal, e sim nos seus aspectos civis. Trata-se de situação especial cujo ato é consumado, comumente, por alguém muito próximo à criança. O sequestro de que trata a Convenção é aquele em que alguém que tem a guarda ou responsabilidade de fato sobre o menor é de outra nacionalidade ou habitava outro país anteriormente, para o qual quer voltar. Com isso, pratica o ato de remoção do incapaz ou o retém ignorando autorização legal ou regulamentação do outro cônjuge.

O Sequestro Internacional de Menores pode decorrer por vários motivos: “manifestação doentia do exercício do poder familiar”³²⁴, uma forma de “provocar o cônjuge com uma atitude vingativa”,³²⁵ ou uma forma de “fugir dos maus tratos” e “violência doméstica”³²⁶, revelando especial beligerância na disputa pela custódia da criança.

As principais vítimas dessas situações, hoje comuns no mundo globalizado, são as crianças – sujeitas a consequências perigosas e prejudiciais – que a partir do momento em que retiradas de casa, muitas vezes, são conservadas longe

³²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito>

³²⁴ MESSERE, F.L.L. *Direitos da Criança: O Brasil e Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p. 81.

³²⁵ BEAUMONT, Paul R.; McELEVAY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999.

³²⁶ CORDIN, Lora. “The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction as applied to non-signatory nations: getting to square one”. *Houston Journal of International Law*, Fall, 1997.





de coexistências sociais, impossibilitadas de criar vínculos de amizade e culturais, matriculadas em escolas alternadas e com utilização de nomes fictícios consistindo na violação de seus direitos humanos fundamentais derivados do princípio da dignidade da pessoa humana.

A cooperação entre os Estados é uma das formas mais recorrentes para solucionar ou pelo menos minimizar os problemas, perseguindo alternativas que visem preservar direitos daqueles que estão envolvidos, principalmente no que diz respeito aos direitos dos menores perante o seu convívio familiar. A previsão e proteção a esses direitos dependerá das normas de direitos internos e do direito internacional público e privado.

Com a utilização de uma metodologia dedutiva, através de estudos bibliográficos de revistas jurídicas, artigos científicos, doutrina e da Convenção de Haia Sobre Sequestro Internacional de Crianças, desenvolve-se o presente trabalho, objetivando demonstrar a necessidade de proteção desses direitos face a vulnerabilidade dos menores afetos ao tema.

1. GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE

Os direitos humanos não são criação de uma única cultura ou civilização, pois todas as manifestações religiosas e filosóficas registradas, desde os primórdios da humanidade, sempre demonstraram a predisposição histórica da luta pelo homem de alcançar e dispor certos direitos inalienáveis. Eles vieram a representar um sentimento de justiça que é tão presente nos seres humanos ao passo que a sua ausência gera uma sensação de injustiça e revolta, culminando com as insurreições, revoluções e guerras registradas ao longo da história, como ocorreram nas quedas do Império Romano, do Império de Napoleão Bonaparte, do Fascismo e do Nazismo, apenas para citar alguns exemplos.³²⁷

A primeira premissa da qual se tem que partir para estudar os direitos das pessoas é a de que tais direitos têm dupla proteção: uma interna (afeta ao direito constitucional) e uma proteção internacional (objeto de estudo do direito internacional público). À base normativa que disciplina e rege

³²⁷ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRISKE, Suéllen Pabla. Em: <https://www.questia.com/library/journal/1G1-20259187/the-hague-convention-on-the-civil-aspects-of-international>. Consulta em 19/06/2017.





tal proteção de direitos dá-se o nome de Direito Internacional de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2015, p. 895).

Apesar da diversidade de concepções acerca dos direitos humanos, BECERRA (1991, p. 16) chama a atenção para a necessária concepção integral dos direitos humanos, sem abandono das concepções particulares, e apresenta a seguinte definição:

Os direitos humanos são uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, além de uma maneira de promover paralelamente o estabelecimento de condições humanas de vida, assim como o desenvolvimento multidimensional da personalidade humana.

A evolução do sistema jurídico internacional converge o direito para uma nova ordem de valores na qual o ser humano representa o núcleo central, passando a existir um direito internacional da humanidade.

Nas lições de MAZZUOLI (2015, p. 896), faz-se necessário distinguir as expressões: “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”:

Direitos do Homem figura no cunho mais naturalista. Conota uma série de direitos naturais aptos a proteção global do homem, válidos em todos os tempos e que ainda não se encontram nos textos constitucionais ou os tratados internacionais de direitos humanos. Já os direitos fundamentais estão mais relacionados a proteção constitucional dos cidadãos pois já se encontram dispostos nas cartas magnas contemporâneas. Por fim, direitos humanos, estão positivados em tratados ou decorrentes de costumes internacionais. Tratam-se daqueles direitos que já ascenderam ao patamar de direito internacional público. “Dizer que os direitos fundamentais tem mais visibilidade que os direitos humanos por estarem positivados constitucionalmente constitui afirmação falsa. Basta compulsar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos tanto no plano internacional quanto regional para se vislumbrar seu grau de abrangência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos³²⁸, aprovada pela ONU em 1949, reconhece como direitos fundamentais de todas as pessoas, além da dignidade, o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade perante à lei, ao trabalho e à propriedade, entre outros.

A Declaração traz, ademais, uma menção específica às crianças, estabelecendo, em seu art. 25.º, § 2.º, que:

³²⁸ Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>





“A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” Tal regra permite a conclusão de que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes constituem um capítulo especial na temática dos direitos humanos.

Nesse sentido, a expressão “direitos humanos de crianças e adolescentes” não significa, apenas, a indicação de um grupo etário específico dentre os sujeitos titulares desses direitos. Ela significa, também, o reconhecimento de um status especial atribuído aos direitos fundamentais que possuam por titulares crianças e adolescentes, elegidos como sendo merecedores de distinta proteção, eis que estritamente vulneráveis no contexto social.

Ademais os direitos humanos contemporâneos apresentam características próprias que os distinguem dos demais direitos de ordem doméstica. Atributos esses necessários quando se tratada de proteção especial a ser oferecida às crianças e adolescentes.

Sendo assim MAZZUOLI (2015, pp. 899-902) explica que os direitos humanos derivam de historicidade, ou seja que vão se consolidando ao longo do tempo. São universais, pois se aplicam a todas as pessoas, isto é, basta ter a condição de “ser humano”, independente de raça, cor, sexo, opção sexual ou credo. São essenciais por natureza pois protegem valores supremos do ser humano com prevalência da dignidade da pessoa humana. São irrenunciáveis, ou seja, não permite ao seu titular abdicar de sua tutela. São inalienáveis, não se permitindo a sua cessão ou transferência, onerosa ou gratuita. E por fim são direitos inexauríveis, a eles podendo sempre ser acrescidos novos direitos a qualquer tempo.

De fato, às crianças e adolescentes são conferidos, além de todos os direitos fundamentais consagrados a qualquer pessoa humana, ainda outros direitos, igualmente fundamentais, que lhes são específicos, tais como o direito à inimizabilidade penal e o direito à convivência familiar e comunitária, podendo até mesmo a esses, serem acrescidos outros e inéditos direitos aptos de abranger proteção integral a sua existência em sociedade.

Além disso, todos os direitos fundamentais de que gozam as crianças e adolescentes são alcançados pelo princípio da prioridade, segundo o qual sua proteção e satisfação devem ser buscados (e assegurados pelo Estado) antes de quaisquer outros. Conforme PEREIRA (2008, pp. 1-23). A origem do princípio da prioridade ao direito e interesse da criança e do adolescente está ligada ao instituto do *parens patrie*. Conforme esse instituto, utilizado na Inglaterra do século XIV, conferia ao Rei a prerrogativa de proteção das





peças incapazes, no entanto, apenas no século XVIII as cortes inglesas distinguiram as competências do *parens patri* de proteção das crianças, das de proteção dos insanos.

O termo “prioridade” é definido pelo dicionário Houaiss (2002)³²⁹ como: “condição do que é o primeiro em tempo, ordem, dignidade; possibilidade legal de passar à frente dos outros; preferência, primazia; condição do que está em primeiro lugar em importância, urgência, necessidade, premência”.

O mesmo dicionário define o termo “absoluto” enquanto aquele “que não sofre nem comporta restrição ou reserva; inteiro, infinito; que não admite condições, obrigações, limites; incondicional; que não permite contestação ou contradição; imperioso; único, superior a todos os demais” (HOUAISS, 2002).

Dessa forma, não se pode definir o princípio da absoluta prioridade ao direito da criança e do adolescente se não enquanto a soma de seus vocábulos, ou seja, a primazia incondicional dos interesses e direitos relativos à infância e juventude.

Essa salvaguarda especial atribuída aos direitos humanos de crianças e adolescentes encontra-se consagrada em diversos diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989.

A necessidade de respeitar os direitos das crianças e dos adolescentes lembrando que eles são pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito, e que, portanto, também tem um conjunto de direitos fundamentais. Se queremos que os nossos direitos fundamentais sejam respeitados, já que somos adultos, porque não respeitar também os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes?

Por fim, em se tratando de sequestro ou retenção interparental no plano internacional. É grave o fato de um pai ou uma mãe saírem do país onde se estabeleceu a união e fugirem para outro local, com os filhos, sem o assentimento do outro, é revelador de situação-limite, um conflito potencial ou já instaurado.³³⁰

Esse é o drama humano que as autoridades devem enxergar, além do processo. Porque os filhos não são propriedade dos pais – são titulares dos seus próprios direitos. A ambos incumbe zelar pelo seu crescimento sadio. Mas ambos têm o direito de tê-los em sua companhia.

³²⁹ Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#0>

³³⁰ SIFUENTES, Mônica. “Sequestro interparental.” *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n.º 1582, 31 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10595>>. Acesso em: 22 jun. 2017.





2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Segundo RAMOS (2016, pp.188-203), a indivisibilidade diz respeito à necessária proteção unitária dos direitos, pois “consiste na constatação de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna”.

O recurso à dignidade é retomado na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)³³¹, adotada na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em seu preâmbulo:

*“Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm **origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana**, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização”...*
(grifo nosso)

A dignidade é o valor intrínseco que emana do homem como fim em si mesmo, nunca como meio para outros homens, ou outros fins.

Referindo-se a dignidade ABBAGNANO (2012, pp. 222-284), explica-a da seguinte forma:

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant, como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente com um meio” (...). Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa equivalente; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade”. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele “não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa é, portanto, a condição da dignidade do homem, e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não tem preço.

³³¹ Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>





Portanto, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito deve ser tomada, consoante PIOVESAN (1997, p. 59) “como núcleo básico e e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.

Insta destacar que o texto normativo da Declaração Universal da ONU de 1948, em seu artigo 1º, vem ressaltar a importante contribuição acerca da dignidade da pessoa humana, tornando-a universal. Senão, vejamos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais **em dignidade e direitos**. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. (GRIFO nosso)

Não obstante, o respeitável constitucionalista Jorge Miranda disserta que “pelo menor, de modo direito e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e têm sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. (MIRANDA, 2013, p. 59)

Apesar da conceituação de dignidade da pessoa humana passar por um processo permanente de construção e desenvolvimento, verificamos que ele como princípio é visto como qualidade intrínseca da cada pessoa, indubitavelmente, tem caráter irrenunciável e inalienável, não podendo de maneira alguma dele ser convencionado.

O Princípio do Melhor Interesse é aquele em que o Estado assume a responsabilidade pelos indivíduos considerados juridicamente limitados, quais sejam os loucos e os menores. Aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, no que toca ao sequestro ou retenção interparental, o exercício da guarda sobrepõe-se ao Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir. Em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta.

Segundo JÚNIOR (2014, p. 14) a dignidade humana possui uma dupla direção protetiva. Isso significa que “ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade”.

A criança que é retirada de seu ambiente de costume, e levada para outro país ou retida em lugar adverso tem sua dignidade humana extirpada. Sendo assim, devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso



para que os filhos, ou dependentes possam usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família.

Conforme PIOVESAN (1997, pp. 23-127) a guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto (não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido) direitos essenciais básicos como saúde, segurança e principalmente educação.

A referência a dignidade da pessoa humana, faz incluir proteção à criança e ao adolescente, pois se encontram num estado incompleto de desenvolvimento, sendo necessário um especial respeito à sua condição de pessoa humana, ao passo que, seria mais correto afirmar que é dever de todos: família, sociedade e, inclusive, do Estado, resguardar o menor de qualquer ofensa ou ato atentatório contra sua dignidade.

3. A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

A convenção sobre os direitos da criança adotada pela ONU em 1989, destaca-se como o tratado internacional de direito humanos com o mais elevado número de ratificações. Nos termos dessa convenção, criança é definida como “todo ser humano menor de 18 anos de idade, a não ser que pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”³³².

Esse diploma acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direitos a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Além da proteção à vida, essa norma garante a proteção contra a pena capital, o direito de ter uma nacionalidade, proteção frente a separação dos pais, o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país e o direito de não ser levada ilicitamente ao exterior. (PIOVESAN, 1997, p. 293)

O problema da transferência e retenção ilícita de crianças em outro país, violando os direitos de guarda de um menor é objeto da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental de Haia de 1980.³³³

³³² Disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

³³³ Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>



A convenção de Haia fundamenta-se na necessidade de defender os interesses superiores da criança e de protegê-los contra os efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou de retenções ilícitas. Ela prevê expressamente medidas administrativas e ou judiciais, voltadas a promover a restituição dos menores ilicitamente transferidos do país de residência habitual a outro país. Sua aplicação dá-se por princípios de proteção à criança em geral cujos direitos devem ser preservados em caráter prioritário.

Nas lições de PORTELA (2012, p. 752):

O diploma atua em nível de leis, instituições, das atitudes e, em última análise, da ética, das medidas políticas e práticas. Trata-se de uma abordagem integrada dos direitos da criança, ao reconhecer que o desenvolvimento pleno da criança implica a realização dos seus direitos sociais, culturais, econômicos e civis que proporcione o equilíbrio entre os direitos das crianças e dos seus responsáveis legais. O objetivo da convenção, nos termos de seu artigo inicial, é assegurar o retorno imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer estado contratante, ou nele retidas indevidamente, e fazer respeitar nos estados envolvidos, os direitos de guarda e de visita existentes. Seus preceitos se aplicam a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita, sendo irrelevante a nacionalidade do menor. Sendo relevante frisar que a aplicação das mediadas cessa, quando a pessoa atingir dezesseis anos.

Para fazer cumprir devidamente convenção, os Estados deverão designar Autoridades Centrais que são definidas em casa Estado Contratante pelos seus ordenamentos e organização interna. Autoridade Central é o órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica de um Estado, e sua constituição decorre da ratificação de um tratado internacional que determine seu estabelecimento. A Autoridade Central detém a atribuição de coordenar a execução da cooperação jurídica, podendo, quando necessário, propor e fomentar melhorias no sistema de cooperação e de efetivação de um tratado internacional.³³⁴

Conforme esclarece PORTELA (2012, p. 753), basicamente o interessado deve procurar a autoridade central do Estado de residência atual habitual da criança pedindo assistência para assegurar o retorno do menor. O pedido é encaminhado à autoridade central onde se encontra a criança que deverá tomar, inicialmente, medida para entrega voluntária, outrossim, devendo se posicionar a respeito do pleito até seis semanas após a apresentação da lide.

³³⁴ Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/autoridade-central>.





Os requisitos que caracterizam a transferência ilícita são: os Estados envolvidos no pedido de retorno devem ser signatários da Convenção; a criança deve ter residência habitual no Estado requerente; Deve ter havido violação do direito de guarda ou de visita, de acordo com a lei do país de residência habitual da criança; a criança deve ter idade inferior a 16 anos completos; o pedido deve ser feito no prazo de 01 ano da retirada ou retenção da criança do país e para que um pedido seja aceito é preciso que a retirada da criança ou sua retenção em outro país tenha violado o direito de guarda ou visitas do requerente, sendo considerada ilícita pelas leis vigentes no país de residência habitual da criança.³³⁵

Nas lições de PORTELA (2012, p. 753), configurando-se os requisitos que caracterizam a transferência ilícita, deve a criança retornar ao Estado de onde foi levada, independentemente do mérito da decisão que, no Estado de origem, conferiu a guarda ou regulou as visitas. “ Não há espaço para discricionariedade: o Estado não pode negar pedido de restituição de menores se os requisitos da Convenção se fizerem presentes”.

Tradicionalmente os Estados mantêm formas de solução de controvérsias sem o uso da força. Os primeiros tratados multilaterais já previam dispositivos para solução pacífica de conflitos expressamente previstos na Carta da ONU.

Conforme VARELLA (2014, p. 446) os instrumentos não jurisdicionais de solução de controvérsias que tem por objetivo principal criar um cenário favorável para que as partes cheguem a um acordo no litígio sem necessidade de uma decisão para o caso concreto. Se incluem a negociação diplomática (de iniciativa dos próprios Estados envolvidos). A investigação, que se dá quando as partes nomeiam uma comissão para apurar os fatos envolvidos. A técnica conhecida como bons ofícios é aquela em que um terceiro contribui para restabelecer o diálogo entre as partes. A mediação conduz a solução dos conflitos e a conciliação, além de conduzir a solução de conflito, estabelece o direito aplicável a ele.

Porém, o artigo 20.º da Convenção de Haia estabelece que o retorno da criança poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Também poderá ser recusado o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha provar: que o detentor da criança não exercia

³³⁵ *Idem, ibidem.*



efetivamente o seu direito de guarda à época da transferência ou retenção ou que havia consentido ou concordado com o deslocamento do incapaz. E ainda, que existe um risco grave, de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica e de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. (PORTELA, 2012, p. 754).

Por fim, as exceções as regras de devolução da criança devem ser interpretadas restritivamente sob pena da Convenção se tornar inaplicável estimulando práticas ilícitas. Outrossim, as exceções devem ser consideradas do ponto de vista humanitário, visando evitar que a criança seja enviada a uma família perigosa ou abusiva, ou a um ambiente social perigoso, como um país em plena convulsão.

CONCLUSÃO

Analisando a História da humanidade, as sociedades lutam pelo reconhecimento de direitos, proteção e a atribuição de autonomia à criança e ao adolescente, tais como os atribuídos aos adultos. Isso não sugere a outorga de privilégios a ninguém, mas deve-se ter “sempre em conta a natural situação de fragilidade das crianças e adolescentes: seu paulatino desenvolvimento físico e mental”.

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos é um princípio novo que veio bater de frente com uma cultura onde os meninos e especialmente as meninas eram objetos das mais variadas crueldades, desumanidades e autoritarismo por milênios de anos de história da humanidade.

O reconhecimento universal de que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais só veio ocorrer de fato com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no item 2 do artigo XXV, onde se dispôs claramente que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”. Somente em 1989 é que, por meio da adoção pelas Nações Unidas, da Convenção Internacional relativa aos Direitos da Criança, a criança passa a ser considerada como cidadão dotado de capacidade para ser titular de direitos e passa a vigorar em setembro de 1990 e no Brasil a partir de outubro deste mesmo ano, conforme consta no preâmbulo do Decreto 99.710/1990, que promulgou a Convenção.

Foi nesse contexto histórico que em 1980 na cidade de Haia foi assinada a Convenção Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Interparental, que foi pioneira





ao elaborar normas de cooperação internacional que resguardassem o menor objeto de deslocamento internacional forçado.

A Convenção de Haia de 1980 tem por pressupostos: cooperação judiciária internacional; busca; apreensão e restituição do menor. Isto é, buscando cumprir a medida solicitada, a autoridade central do país requerido precisará de um mandado judicial para busca, apreensão e restituição do menor.

Conforme se verifica, o embate deriva da busca constante uma cooperação internacional entre Estados, e não de um problema de direito de família ou disputa entre países. O interesse maior é que a criança seja entregue para o genitor com guarda regulada no país de residência habitual sob a cortina primordial de respeito aos direitos humanos fundamentais sob a ótica do que seja melhor para o incapaz, livrando-o de riscos e situações intoleráveis.

Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta quem oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação do menor, bem como, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, deve essa relação ser assegurada, sem prejuízo das demais relações de afetividade serem preservadas por meio do direito de visitas.

Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre os responsáveis pelo menor, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6.^a ed. São Paulo: WMF Martins, 2012. ISBN 978-853-3608658.

BECERRA, José Antônio Garcia. *Teoria de Los Derechos Humanos*. Mexico: UAS, 1991. ISBN ISBN: 968-6063-08-0.

JÚNIOR, Nelson Nery. “Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.” 5.^a ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014. ISBN 978-85-203-5246-5.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Curso de Direito Internacional Público.” 9.^a rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015. ISBN 978-85-203-5806-1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed.^a Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-0419-3.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. ISBN 978-857-1476615.





PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3.^a ed. São Paulo: M. Limonad, 1997. ISBN 85-86-300128.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 4.^a ed. Salvador: Juspodium, 2012. ISBN 85-77-614212.

RAMOS, Aandré de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Sariva, 2016. ISBN 978-854-7203511.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-16443-7.

SIFUENTES, Mônica. “Sequestro interparental.” *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n.º 1582, 31 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10595>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

MESSERE, F.L.L. *Direitos da Criança: O Brasil e Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: UniCeub, 2005, p. 81.

BEAUMONT, Paul R.; McELEAVY, Peter E. *The Hague Convention on International Child Abduction*. New York: Oxford University Press, 1999.

CORDIN, Lora. “The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction as applied to non-signatory nations: getting to square one”. *Houston Journal of International Law*, Fall, 1997.





PROTEÇÃO À CRIANÇA EM TEMPOS DE AUSTERIDADE: IMPLICAÇÕES SOBRE AS CONDIÇÕES SOCIOLABORAIS DOS ASSISTENTES SOCIAIS.

Manuel Menezes,
(Doutorando em Serviço Social no ISCTE-IUL,
Doutor em Ciências da Comunicação pela Universidade Nova de Lisboa,
Mestre em Serviço Social pelo ISSSL, Professor do ISMT);
Jorge Ferreira
(Doutor em Serviço Social pelo ISCTE-IUL, Professor do ICSTE-IUL).

Afiliação: Manuel Menezes (ISMT); Jorge Ferreira (ISCTE-IUL).

Resumo: O presente artigo apresenta resultados de um estudo sobre as práticas do Serviço Social no Sistema de Proteção à criança, desenvolvendo uma análise dos impactos do contexto de austeridade sobre o bem-estar das crianças e famílias, bem como sobre o agir quotidiano dos assistentes sociais nas CPCJ. Um dos impactos analisados respeita ao modo como a crise e as políticas de austeridade, ao se repercutirem sobre o bem-estar dos agregados familiares e as condições laborais, influenciaram o desempenho quotidiano dos assistentes sociais na promoção e proteção da criança.

O estudo integrou os assistentes sociais da modalidade restrita de 100 CPCJ criadas nas autarquias da área territorial de abrangência da Coordenação Regional do Centro da CNPDPCJ. Para a recolha da informação utilizámos o inquérito por questionário (*online*) ao qual responderam 85 assistentes sociais de 62 CPCJ e realizámos uma sessão de *focus group* com a participação de 11 assistentes sociais de oito CPCJ.

Os resultados concluem que as políticas de austeridade adotadas por Portugal tiveram impacto, tanto nos cidadãos sujeitos de atenção/intervenção, como nos profissionais e suas famílias que intervêm no sistema de proteção à criança. As repercussões sobre as condições laborais foram, igualmente, negativas, evidentes





na redução dos técnicos nas equipas, no aumento da sobrecarga do trabalho e numa exigência de maior disponibilidade temporal. Não obstante, para a maioria dos colaboradores a situação pessoalmente vivenciada não influenciou negativamente o seu desempenho profissional.

Palavras-chave: Austeridade, Assistentes Sociais, CPCJ, Portugal.

1 – INFLUÊNCIAS DA AGENDA POLÍTICA NEOLIBERAL NAS PRÁTICAS DO SERVIÇO SOCIAL

Em resposta à crise financeira que se desencadeou a partir de 2008 em termos mundiais, assistiu-se um pouco por toda a Europa à adoção de medidas de austeridade matizadas por um ataque aos gastos públicos, reestruturação de políticas sociais e do mercado laboral (P. FERREIRA, 2014). Os impactos negativos propugnados por este modo de governação de viés neoliberal no modelo de estado de Bem-estar e, por consequência, na vida dos cidadãos foram por demais evidentes. No caso concreto português, as políticas implementadas no quadro da vigência da *Troika* (maio de 2011 a maio de 2014), redundaram em consequências bastante problemáticas para a maioria dos cidadãos comuns (e, em especial, os mais vulneráveis, designadamente as crianças) visto terem sido os mesmos forçados a “pagar” uma parte significativa da crise. (MUIŽNIEKS, 2012; AAVV, 2013; UNICEF, 2014; CAPUCHA, 2015; EAPN, 2015; WALL *et. all.*, 2015; RODRIGUES *et. all.*, 2016).

Neste contexto, tal como outras profissões, também o Serviço Social tem vindo a ser afetado pela ofensiva neoliberal. Desde há alguns anos a esta parte, tem-se vindo a assistir em distintos países europeus³³⁶ a um aumento significativo da regulamentação da prática, i.e., uma prática pautada pela diversidade, incerteza, estruturada em crescendo, tecnocrática, onde os valores mediadores da mesma são cada vez mais colocados em causa (Ferguson, 2012; SPOLANDER *et. all.*, 2014).

Socorrendo-se de estudos realizados em distintos países, SPOLANDER *et. all.* (2014), aborda as implicações neoliberais sobre a vida das pessoas e

³³⁶ Como é lógico estas questões não se restringem aos países europeus. Um estudo de 2004 envolvendo profissionais de 9 países de diferentes continentes mostrou como, em nenhum desses espaços, o Serviço Social escapou às pressões da globalização neoliberal (Ioakimidis *et. all.*, 2014).





as práticas. No quadro de um processo de mercantilização do social, assinala os desafios colocados à profissão por via da restrição/privatização de serviços, a diminuição da aposta na intervenção preventiva, o aumento da supervisão managerialista em decorrência da adoção de um novo *modelo de gestão pública* que passou a aplicar aos serviços públicos modelos de gestão empresarial. No Reino Unido, os diferentes modelos de gestão implementados ao longo de 18 anos (1979-1997) de governos conservadores, conduziram a uma subordinação em crescendo da profissão à autoridade da gestão e, por consequência, ao aumento da desmoralização e desilusão entre os assistentes sociais (CLARKE *et. all.*, 2000; BAHLE, 2003, ROSE, 2004, DUSTIN, 2007; ROGOWSKI, 2012). Durante a governação dos trabalhistas (1997-2010), a par de um aumento da vigilância sobre as práticas por via do recurso às TIC, o Serviço Social passou gradativamente a ser imbuído por uma cultura empresarial, de performance com práticas cada vez mais normalizadas, estandardizadas e rotinizadas direcionadas para a obtenção de resultados (DOMINELLI, 1999, 2010; WEBB, 2006; LANGAN, 2000; HOWE, 2002; ROGOWSKI, 2012; TREVITHICK, 2014). Seguindo o mesmo viés, as reformas conexas com a organização e o funcionamento da profissão, viriam a ser prosseguidas pelos conservadores que os sucederam no governo a partir de 2010. Podendo-se, portanto, concluir que durante este período a par da desvalorização do estatuto profissional, se assistiu, em muitas situações, à desvalorização das competências analíticas e interpretativas, a uma redução da criatividade/liberdade de ação e, por isso, à consubstanciação de profissionais menos qualificados para a intervenção.

Embora com especificidades próprias, as práticas do Serviço Social em Portugal também não ficaram imunes à agenda neoliberal. Desde os finais da centúria de novecentos e, com maior premência, a partir do momento em que o país, na sequência da assinatura do memorando, entrou num contexto de austeridade, os profissionais de Serviço Social têm vindo não só a perder poder decisório nos seus contextos de trabalho (diminuição do controlo sobre o seu exercício profissional), mas também a experienciar uma diminuição dos espaços tangíveis para esse mesmo exercício. Num contexto socioeconómico que parece cada vez mais desenhar-se em contramão a todos os fundamentos do Serviço Social e cujas feições ameaçam consubstanciar-se como a negação da essência do Serviço Social (NÚNCIO, 2014), têm sido várias as mutações nas práticas dos assistentes sociais em Portugal, nomeadamente por via: de uma intervenção cada vez mais instrumental (BRANCO *et. all.*, 2011; GRANJA,





2014); da ultrarracionalização e padronização das práticas conducentes a um finalismo metodológico (AMARO, 2012; CARVALHO *et. all.*, 2014, 2015); de um agir onde, não obstante marcar presença o perfil científico-humanista, tem vindo a ganhar realce o perfil científico-burocrático (AMARO, 2012); do aumento da pressão para a obtenção de resultados, entre outras. Deste modo, constatamos que, estas mutações, ao evidenciarem uma aproximação ao modelo tecnocrático, para além de diminuírem o tempo disponível para a construção de relações empáticas, têm vindo a contribuir, segundo FERREIRA (2014), para a gradual substituição das competências intelectuais tradicionalmente valorizadas no desempenho profissional por atividades pontuais de rápida execução.

Paralelamente, as análises desenvolvidas relativamente ao mercado de trabalho permitiram-nos constatar uma complexificação da situação com a entrada do novo milénio. A partir de 2005 aumentou o emprego precário e a empregabilidade diminuiu, assistindo-se nos anos seguintes a um aumento em crescendo do número de licenciados desempregados (MARTINS *et. all.*, 2015). Em 2016 era o curso com maior número de desempregados. Por sua vez, foi, igualmente, possível verificar como a crescente incerteza mediadora da segurança do posto de trabalho, por um lado, e as mudanças ao nível dos públicos que entram em contacto com os serviços, por outro, têm vindo a complexificar significativamente o saber-fazer dos assistentes sociais, complexificação essa que, em última instância, pode influenciar negativamente o seu desempenho.

2 – IMPACTOS DA AUSTERIDADE NAS CONDIÇÕES SOCIO-LABORAIS DOS ASSISTENTES SOCIAIS

Com relação aos impactos do contexto de austeridade sobre as condições sociolaborais dos profissionais, uma primeira dimensão tomada em consideração remeteu para *representatividade dos assistentes sociais* e a sua *precariedade laboral* nas CPCJ. Relativamente à primeira variável, os dados recolhidos mostram uma tendência no sentido da diminuição dos assistentes sociais, ou seja, a maioria dos colaboradores considerou que se tem vindo a assistir a uma





diminuição dos mesmos – mais ou menos/bastante (54,1%)³³⁷; contudo, para 23,5% dos inquiridos essa não se consubstanciou como uma realidade. No tocante ao aumento da precariedade, a análise revela alguma indecisão (mais ou menos – 31,8%) e uma maior representatividade das categorias positivas que apontam no sentido do não aumento da incerteza no contexto de trabalho – muito pouco/nada (38,8%). Porém, não devem ser menosprezados os 25,9% para os quais se tem vindo a assistir a um aumento extremo da precariedade.

Não obstante os resultados indicarem um não aumento da precariedade, insegurança no contexto de trabalho das CPCJ, pensamos que os mesmos devem ser lidos com algum cuidado. Quer dizer, em nossa opinião, o facto de 81,2% dos inquiridos não se encontrar afeto a tempo inteiro à Comissão, poderá ter influenciado as respostas, visto possuírem um vínculo laboral relativamente estável com as suas entidades patronais. Seguindo esta lógica, e sabendo que 22,4% dos assistentes sociais trabalham no setor privado, procurámos aferir se este grupo em concreto poderia ter manifestado uma opinião com tendência para o aumento da precariedade, todavia não obtivemos resultados conclusivos.

Com o intuito de compreender de um modo mais aprofundado a forma como os *cortes orçamentais se refletiram nos contextos profissionais dos assistentes sociais*, construímos uma escala de Likert de cinco pontos por intermédio da qual procurámos avaliar o grau de concordância³³⁸ dos assistentes sociais em relação a quatro dimensões.

Os dados apresentados na figura 1, mostram que os condicionalismos levantados pelos cortes orçamentais à *realização das principais tarefas* mereceram a concordância de 45,9% dos profissionais, por comparação a 23,5% para quem esses impactos não se fizeram sentir; com 19 respostas, foi esta a dimensão a registar mais posições neutras ($M=3,17$; $Md=3,5$; $Mo=4$; $DP=1,232$)³³⁹.

³³⁷ Contribuindo certamente para um complexificar da intervenção, estes resultados vão de encontro a outros estudos onde os problemas conexos com a carência de recursos humanos e/ou a insuficiência de tempo de afetação às CPCJ têm vindo a ser salientados (*Torres et. all.*, 2008; *Borges*, 2011; *Graça et. all.*, 2012; *CNPCJR*; 2015). Em 2015 a situação agravou-se, assistindo-se a uma diminuição de técnicos nas CPCJ na sequência de novos critérios aprovados pelo *Instituto da Segurança Social*.

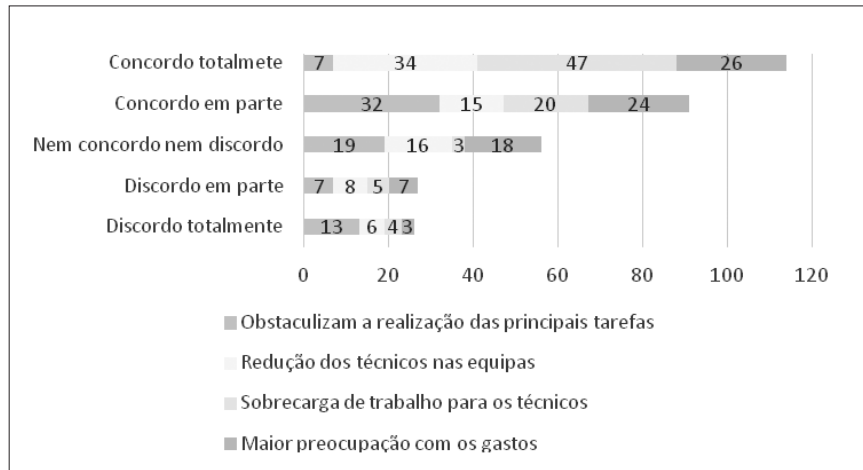
³³⁸ 1 a 2: discordância; 3: neutralidade; 4 a 5: concordância.

³³⁹ Medidas de tendência central e dispersão: M – média; Md – mediana; Mo – moda; DP – desvio padrão).





Figura 1 – Impactos dos Cortes Orçamentais nas Condições de Trabalho (Ni)



Fonte: Elaboração própria.

A concordância aumenta quando questionados sobre o modo como os cortes orçamentais contribuíram para a *redução dos técnicos nas equipas*, i.e., para 57,6% dos inquiridos essa foi uma realidade, contra somente 16,5% que discordam dessa opinião ($M=3,8$; $Md=4$; $Mo=5$; $DP=1,305$).

Mantendo-se ou aumentando as situações a exigirem a intervenção do Serviço Social em paralelo com a diminuição de recursos humanos para lhes dar resposta, não só a qualidade da intervenção se ressentiu, como o volume de trabalho aumenta. Deste modo, facilmente se percebe o porquê de a *sobrecarga de trabalho para os técnicos* ser a dimensão a merecer maior concordância (78,8%) por parte dos assistentes sociais; sendo residual (10,6%) os inquiridos segundo os quais tal não se efetivou ($M=4,28$; $Md=5$; $Mo=5$; $DP=1,132$). No que concerne à *maior preocupação com os gastos*, foi esta a segunda dimensão a registar mais posições neutras ($Ni=18$), consubstanciando-se, também, como a dimensão com a qual os profissionais mais concordaram (58,8%), logo a seguir à sobrecarga de trabalho para os técnicos; concomitantemente, só 11,8% consideraram que os cortes orçamentais não se refletiram numa maior preocupação dos serviços com os gastos ($M=3,81$; $Md=4$; $Mo=5$; $DP=1,117$).

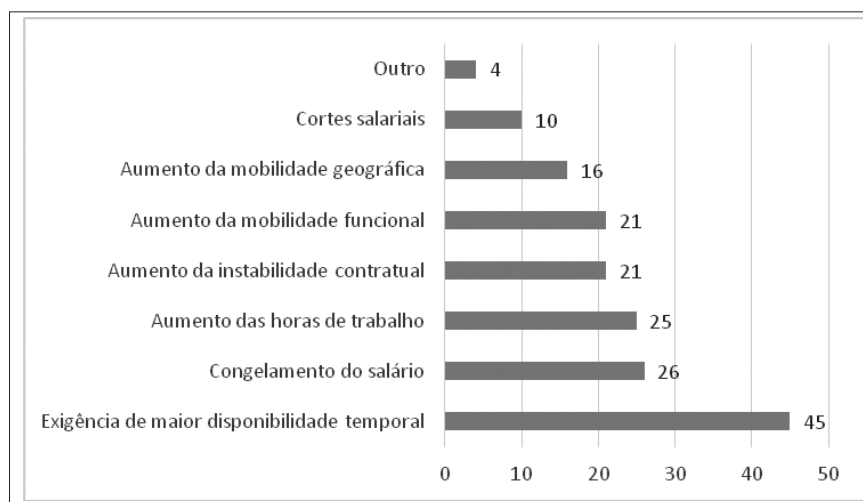




Consequentemente, podemos concluir que, para a maioria dos profissionais, os condicionalismos derivados dos cortes orçamentais se repercutiram negativamente nas condições de trabalho porque, para além de a preocupação com os gastos se acentuar, contribuíram para a redução dos técnicos nas equipas e o aumento da sobrecarga do trabalho.

Relativamente às influências dos *cortes orçamentais* sobre *as condições laborais* dos assistentes sociais, foram definidas várias categorias que agrupámos em duas dimensões, nomeadamente uma conexas com a esfera financeira e outra com as condições de trabalho (figura 2).

Figura 2 – Repercussões dos Cortes Orçamentais nas Condições Laborais (Ni)



Fonte: Elaboração própria.

Quanto às condições de trabalho, destaca-se de um modo clarividente a exigência de maior disponibilidade temporal, seguida do aumento das horas de trabalho, referidas por respetivamente 52,9% e 29,4% dos inquiridos o que, em grande medida, pode ser associado não só, mas também, à instituição na função pública do regime de 40 horas de trabalho semanais em agosto de 2013. Por sua vez, o aumento da instabilidade profissional e funcional obtiveram uma





representatividade de 24,7% e, com menor expressão (18,8%), emerge o aumento da mobilidade geográfica.

Das duas categorias constitutivas da esfera financeira, sobressai o congelamento do salário assinalado por 30,6% dos profissionais. Quanto aos cortes salariais, uma constante e com progressivos agravamentos ao longo do período de vigência do PAEF, de modo surpreendente e, quiçá, incongruente, somente foram indicados por 11,8% dos colaboradores do estudo.

Como tivemos oportunidade de sinalizar, as políticas austeritárias impactaram significativamente o bem-estar das famílias em geral e das crianças em específico. No caso dos assistentes sociais do no nosso estudo³⁴⁰ a situação não foi muito diferente, apesar de, também, surgir uma ou outra situação, para a qual de modo paradoxal o contexto socioeconómico “em nada afetou o meu agregado familiar” (AS)³⁴¹. No âmbito do questionário, esta dimensão não foi muito desenvolvida, sendo referidas, por exemplo, a incapacidade para a satisfação de necessidades, a redução do poder de compra, a necessidade de encarar o futuro com maior prudência ou, num outro caso, de modo mais desenvolvido – “eu e o meu marido somos funcionários públicos logo, os congelamentos e cortes nos nossos salários refletiram-se no orçamento familiar, tendo havido a necessidade de fazer alguns ajustes de forma a garantir os nossos compromissos e encargos mensais” (AS).

Contudo, o recurso à análise dos discursos produzidos no grupo focal permitiram-nos perceber melhor esta dimensão. Desenvolvendo uma reflexão mais aprofundada, ao longo do debate os participantes sinalizaram diferentes dimensões, das quais podemos destacar, entre outras, a emigração, situações de desemprego, redução de salários, reajustamentos dos orçamentos familiares, definição de novas prioridades, educação dos filhos, incapacidade de se precaver financeiramente para o futuro: “no meu caso em particular o meu marido teve de emigrar, aqui não havia trabalho. Antes de emigrar, durante

³⁴⁰ Quando for feita referência aos discursos dos profissionais, serão utilizados os acrónimos AS (assistente social que respondeu ao questionário) e COM 1, 2... (comissário que participou no grupo focal).

³⁴¹ No *focus group* alguns dos participantes afirmaram que os impactos foram minimizados devido ao facto de se encontrarem no topo da carreira (COM 7) ou, numa outra situação – revelando a importância da rede de proximidade –, devido aos apoios familiares e/ou do município – “eu não senti muito, vivo em casa dos meus sogros, tenho apoio da família e os apoios à natalidade por parte da Câmara Municipal, também, ajudaram aquando do nascimento das minhas duas filhas” (COM 11).





um certo período, faltou o rendimento dele e nós tivemos de fazer grandes cortes no orçamento, tivemos de gerir o orçamento de uma forma mais apertada E, obviamente, estando um dos pilares da casa fora teve impacto na educação das minhas filhas” (COM 2); “senti esse impacto, porque houve uma redução com a austeridade. Somos ambos funcionários públicos e os nossos salários sofreram uma redução, deixámos de receber subsídio de férias e de Natal. E, com os impostos, houve, também, um aumento das despesas. Tínhamos os nossos compromissos (empréstimo da casa...), tivemos que nos adaptar, pensar muito bem quais eram as nossas prioridades e negociar as mesmas entre os diferentes membros do agregado. Tenho uma criança, ela passou a ser a nossa prioridade tentando ao máximo que ela tivesse o essencial. Antes tínhamos a vida muito mais facilitada e, a partir de determinado momento, deixamos ter possibilidades de poupar, de pôr algum dinheiro de lado” (COM 3); “ao longo deste período eu vivenciei uma situação de desemprego que teve obviamente muita influência na minha vida pessoal. Exigiu uma reorganização na forma como eu geria o dinheiro e como me geria enquanto consumidora – tínhamos dois telemóveis, passámos a ter um, comprava numa determinada gama, tive de descer. Não olhava a preços nos supermercados e comprava as marcas que gostava, passei a optar por marcas brancas, passei a fazer listas de compras priorizando os alimentos” (COM 6); “o impacto sentimos, estamos na função pública e foram anos um bocado difíceis. No meu caso, faço viagens longas e tive uma série de constrangimentos financeiros, adaptamos a nossa vida a essas circunstâncias: trazemos marmitta, preparamos sempre o nosso almoço, combinamos boleias, fazemos a nossa gestão da melhor forma possível, embora nem sempre se consiga o ideal” (COM 10).

Será que as repercussões negativas sobre o bem-estar dos seus agregados familiares influenciou o *desempenho dos profissionais* nas Comissões? Na resposta a esta questão obtivemos três posicionamentos. Para a maioria dos assistentes sociais (55,3%), essa situação não se refletiu negativamente na sua performance quotidiana junto das famílias e crianças. Sendo, contudo, mencionada a dificuldade em conciliar o trabalho desenvolvido nas entidades empregadoras com as exigências das CPCJ. Nestas, o volume de trabalho aumentou e as situações complexificaram-se, requerendo, por isso, maior disponibilidade temporal (horário pós-laboral e/ou trabalho desenvolvido em casa) o que, segundo alguns profissionais, acabou por prejudicar o tempo dedicado à família.



Com relação aos profissionais para os quais o desempenho foi influenciado negativamente (30,6%), as razões aventadas foram de vária ordem. Em primeiro lugar, sabendo que “quanto mais estável e tranquila for a vivência pessoal maior é a disponibilidade” (AS), foram vários os inquiridos a dar conta da diminuição da motivação e, conseqüente, disponibilidade, comprometimento, “empenho nos casos em acompanhamento” (AS). Na sessão do grupo focal, os colaboradores aduziram mais alguns argumentos: “claro que sim, a disposição já não era a mesma, a inquietação era outra, para além do trabalho tinha a inquietação familiar, a preocupação acrescida e, obviamente, a disponibilidade emocional, o discernimento para acompanhar determinadas situações complexificou a minha intervenção” (COM 2); “as pessoas encontram-se mais desmotivadas, nós não nos sentimos bem. Exigem tanto de nós e, ao mesmo tempo, vão-nos retirando algumas regalias que acabamos por desmotivar, ter menos disponibilidade em relação ao tempo que damos à casa. Começamos a pensar mais em nós, a ser mais egoístas porque, necessariamente, o contexto leva-nos a isso” (COM 3); “eu assumo que, atualmente, o meu desempenho não é o desempenho com o qual eu me identifico. Não só pela sobrecarga de trabalho, mas por toda a situação que temos vindo a vivenciar nos últimos anos” (COM 5); “também se faz sentir nos técnicos, no modo como nós nos posicionamos em relação à profissão. Há um desgaste muito grande, tudo isto se reflete no nosso trabalho técnico” (COM 8).

Em segundo lugar, mudanças ocorridas no agregado familiar, nomeadamente o nascimento de filhos, também contribuíram para uma diminuição da ênfase colocada no trabalho desenvolvido, visto as novas exigências familiares se traduzirem numa menor disponibilidade para o exercício de funções além do horário normal – “apesar da responsabilidade profissional se ter mantido, a liberdade de horário e atuação fica sempre condicionada” (AS). Por fim, a complexificação das situações a par com a falta de recursos humanos, aumentaram não só o grau de dificuldade, como diminuíram a qualidade/rendimento da intervenção devido à “falta de tempo que os AS têm para acompanhar as situações de perto” (AS).

Quanto ao terceiro posicionamento, de acordo com vários profissionais o contexto vivenciado no seu seio familiar acabou, igualmente, por revelar uma dimensão positiva, visto o contacto com situações muito mais graves do que as da sua família, ter propugnado a consciencialização da complexidade desses contextos e o, conseqüente, aumento da empatia no trabalho desenvolvido com as crianças e as suas famílias – “a situação de desemprego permitiu-me,





em termos profissionais, ter uma outra visão das coisas, ser mais compreensiva em determinados momentos com os utentes, mas, também, um pouco mais exigente ao nível da gestão dos bens” (COM 6). Outros depoimentos caminharam no mesmo sentido, ao darem conta do: (i) aumento da resiliência em relação ao contexto vivenciado no seio do próprio agregado familiar – “ao trabalharmos neste meio consideramos a nossa própria vida muito boa. Às vezes podemos ter baixos, mas como trabalhamos com a desgraça, com todos estes problemas, consideramos a nossa ótima” (COM 4); (ii) recurso à própria experiência como exemplo e/ou ao desenvolvimento de novas estratégias de intervenção – “eu uso a minha experiência para transmitir às pessoas com quem trabalhamos que até nós fazemos gestão e que resulta connosco. Neste momento temos *coaching* para desempregados, procuramos desta forma capacitar ao nível do modo de pensar, de interpretar a realidade, porque isso pode mudar completamente as atitudes e as reações das pessoas” (COM 11).

Dos três posicionamentos sinalizados, convém olhar com especial atenção para o segundo no sentido de procurar minorar os efeitos negativos decorrentes do mesmo, pois quando o desempenho é influenciado negativamente a ação protetiva ressent-se e as crianças em acompanhamento poderão experienciar novas situações de perigo.

BIBLIOGRAFIA

AAVV (2013). *A Anatomia da Crise: Identificar os Problemas para Construir as Alternativas*. Coimbra, 272 pp. CES. URL: <http://bit.ly/2ho2LMo>

AMARO, Inês (2012). *Urgências e Emergências do Serviço Social. Fundamentos da Profissão na Contemporaneidade*. Lisboa, 300 pp. Universidade Católica Editora.

Bahle, Thomas (2003). “The Changing Institutionalization of Social Services in England and Wales, France and Germany: Is the Welfare State on the Retreat?”. *Journal of European Social Policy*, 13, 1. London, pp. 5-20 Sage.

BORGES, Beatriz Marques (2011). *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*. Coimbra, 423 pp. Almedina.

BRANCO, Francisco; Inês Amaro (2011). “As Práticas do Serviço Social Activo no Âmbito das Novas Tendências da Política Social: uma Perspectiva Portuguesa”. *Serviço Social & Sociedade*, 108. São Paulo, pp. 656-679 Cortez Editora.

CAPUCHA, Luís (2015). Impacto do Programa de Austeridade na Pobreza em Portugal. In Rodrigues, Maria de Lurdes; Pedro Adão e Silva (Org.) (2015). *Governar com a Troika: Políticas Públicas em Tempo de Austeridade*. Coimbra, pág. 457-467 Almedina.





CARVALHO, Maria Irene; Carla Pinto (2014). Serviço Social em Portugal: Uma Visão Crítica. In Carvalho, Maria Irene; Carla Pinto (2014). *Serviço Social: Teorias e Práticas*. Lisboa, pp. 3-26 Pactor.

CARVALHO, Maria Irene; Carla Pinto (2015). “Desafios do Serviço Social na Atualidade em Portugal”. *Serviço Social & Sociedade*, 121, São Paulo pp. 66-94 Cortez Editora.

CLARKE, John; Sharon Gewirtz; Eugene McLaughlin (2000). Reinventing the Welfare State. In Clarke, John; Sharon Gewirtz; Eugene McLaughlin (2000). *New Managerialism, New Welfare?* London, pp. 1-26 Sage.

CNPCJR (2015). *Relatório Anual de Avaliação da Atividade das CPCJ – 2014*. Lisboa, 160 pp. CNPCJR.

DOMINELLI, Lena (1999). “Neo-liberalism, Social Exclusion and Welfare Clients in a Global Economy”. *International Journal of Social Welfare*, 8, 1. Chichester, pp. 14-22 John Wiley & Sons.

DOMINELLI, Lena (2010). “Globalization, Contemporary Challenges and Social Work Practice”. *International Social Work*, 53, 5. London pp. 599-612 Sage.

Dustin, Donna (2007). *The McDonaldization of Social Work*. Burlington, 189 pp. Ashgate.

EAPN (2015). *Indicadores Sobre a Pobreza: Dados Europeus e Nacionais*. Porto, 49 pp. REAP/Portugal.

FERGUSON, Iain (2012). “De la Modernización a la Gran Sociedad: Continuidades y Cambios en el Trabajo Social en el Reino Unido”. *Cuadernos de Trabajo Social*, 25, 1. Madrid, pág. 19-31 Universidad Complutense de Madrid.

FERREIRA, Eduardo Paz (Org.) (2014). *A Austeridade Cura? A Austeridade Mata?* Lisboa, 1482 pp. AAFDL.

FERREIRA, Jorge (2014). El Trabajo Social en Portugal: Situación Actual y Desafíos. In Seller, Enrique Pastor; Maria Assunción Martínez-Román (coord.) (2014). *Trabajo Social en el Siglo XXI. Una Perspectiva Internacional Comparada*. Madrid, pp. 177-189 Editorial Grupo 5.

GRAÇA, Ana Margarida; Ana Margarida Passos (2012). “The Role of Team Leadership in Portuguese Child Protection Teams”. *Leadership*, 8, 2. London, pp. 125-143 Sage.

GRANJA, Berta (2014). “Contributos para a Análise das Formas Identitárias dos Assistentes Sociais”. In Carvalho, Maria Irene; Carla Pinto (2014). *Serviço Social: Teorias e Práticas*. Lisboa, pp. 57-83 Pactor.

HOWE, David (2002). “Surface and Depth in Social Work Practice”. In Parton, Nigel (Ed.) (2002). *Social Theory, Social Change and Social Work*. London, pp. 77-97 Routledge.

IOAKIMIDIS, Vasilios; Clara Cruz Santos; Ines Martinez Herrero (2014). “Reconceptualizing Social Work in times of Crisis: An Examination of the Cases of Greece, Spain and Portugal”. *International Social Work*, 57, 4. London, pp. 285-300 Sage.

LANGAN, Mary (2000). “Social Services: Managing the Third Way”. In Clarke, John; Sharon Gewirtz; Eugene McLaughlin (2000). *New Managerialism, New Welfare?* London, pp. 152-168 Sage.





MARTINS, Alcina; Rosa Tomé; Virgínia Alves Carrara (2015). “A Emigração dos Assistentes Sociais Portugueses: Faces do Trabalho e do Desemprego em Tempos de Crise e Austeridade”. *Serviço Social & Sociedade*, 121. São Paulo, pp. 95-124 Cortez Editora.

MUIŽNIEKS, Nils (2012). *Report on Visit to Portugal. Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*. URL: <http://bit.ly/2mw3ptV>

NÚNCIO, Maria José (2014). “Serviço Social: A Ética em Contextos de Mudança”. In Carvalho, Maria Irene; Carla Pinto (2014). *Serviço Social: Teorias e Práticas*. Lisboa, pág. 273-288 Pactor.

RODRIGUES, Carlos Farinha (coord.); Rita Figueira; Vitor Junqueira (2016). *Desigualdade de Rendimento e Pobreza em Portugal: As Consequências Sociais do Programa de Ajustamento*. Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 168 pp.

ROGÓWSKI, Steve (2012). “Social Work with Children and Families: Challenges and Possibilities in the Neo-Liberal World”. *British Journal of Social Work*, 42. Oxford, pág. 921-940 BASW.

ROSE, Nikolas (2004). *Powers of Freedom: Reframing Political Thought*. Cambridge, 321 pp. Cambridge University Press.

SPOLANDER, Gary *et. all.* (2014). “The Implications of Neoliberalism for Social Work: Reflections from a Six-country International Research Collaboration”. *International Social Work*, 57, 4. London, pp. 301-312 Sage.

TORRES, Anália *et. all.* (2008). *Estudo de Diagnóstico e Avaliação das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens – Relatório Final*. Lisboa, 215 pp. ISCTE-IUL

TREVITHICK, Pamela (2014). “Humanising Managerialism: Reclaiming Emotional Reasoning, Intuition, the Relationship and Knowledge and Skills in Social Work”. *Journal of Social Work Practice*, 28, 3. London, pp. 287-311 Routledge.

UNICEF (2014). *As Crianças e a Crise em Portugal: Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*. Lisboa, 69 pp. Comité Português UNICEF.

WALL, Karin (coord.) *et. all.* (2015). *Impactos da Crise nas Crianças Portuguesas: Indicadores, Políticas, Representações*. Lisboa, 220 pp. ICS-UL.

WEBB, Stephen A. (2006). *Social Work in a Risk Society: Social and Political Perspectives*. Basingstoke, 278 pp. Palgrave Macmillan.







O INTERESSE SUPERIOR DAS CRIANÇAS E SUA AUDIÇÃO PELO TRIBUNAL NOS CONFLITOS FAMILIARES

THE BEST INTERESTS OF CHILDREN AND ITS HEARING BY THE COURT OF FAMILY CONFLICTS

Helena do Passo Neves³⁴²
Tancredo Ferreira da Costa³⁴³

Resumo: Este trabalho aborda o direito de a criança ser ouvida pelo Tribunal nos conflitos familiares que envolvam seu interesse, respeitados determinados limites e procedimentos, coerentes com a defesa inafastável de seu melhor interesse. Trata-se de pesquisa descritiva, cujas fontes abarcam doutrina, legislação e jurisprudência atinente aos aspectos centrais do objeto da reflexão e seus desdobramentos. A aplicação do superior interesse da criança e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por consequência, da isonomia, afetividade são vetores para sedimentar a relação entre pais e filhos. A participação das crianças na tentativa de solução de conflitos familiares, atendidos determinados requisitos, propicia o conhecimento e reflexão sobre as necessidades e anseios dos mais vulneráveis, o que pode favorecer o acordo parental. A ingenuidade e espontaneidade da criança é muito positivo, pois dissipa equívocos e esclarecem malentendidos familiares, acabando por desconstruir, em alguns casos, a ideia da família maravilhosa, da fotografia

³⁴² Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda da Universidade do Minho. E-mail: helenapneves@hotmail.com

³⁴³ Advogado, especialista em direito de família, mestrando em Direito das crianças, família e sucessões pela Universidade do Minho. E-mail: tancredoferreira@ig.com.br



perfeita do porta retrato e ajudam na recontextualização do litígio familiar. A atuação do magistrado é muito importante pois não deverá permitir que seja exercido nenhum tipo de pressão na criança para assegurar o seu superior interesse nos processos realizados com a participação dos menores.

Palavras-Chave: Superior Interesse da Criança; Requisitos à participação criança no processo.

Abstract: This work investigate the right of the child to participate in the mediation of family conflicts involving your interest, respect certain limits and procedures, consistent with the defense of their best interest. This is a descriptive research, whose sources include doctrine, legislation and case law regarding the central aspects of the object of reflection and its offshoots. The application of the best interests of the child and of the constitutional principle of human dignity and, consequently, of equality, affectivity are vectors for sediment the relationship between parents and children. The participation of children in family disputes, according to certain requirements, provides the knowledge and reflection on the needs and desires of the most vulnerable part of the conflict, which may encourage mediation and parental agreement.

Key Words: Defense of Child's best interests; Child's participation in the process.

INTRODUÇÃO

O conflito familiar possui características próprias, porque advém de relação especial entre pessoas que, supostamente, tem convívio cotidiano, na intimidade e por longo tempo. Portanto, decorre dessas circunstâncias que, quando a relação conjugal entra num estágio de “tempestades” e desavenças, muitos casais recorrem ao divórcio, o que não raro, tem consequências que atingem os filhos.

No intento de minorar tal repercussão perante os filhos, sem esquecer dos antigos parceiros de uma relação na qual se apostou no ideal romântico de “foram felizes para sempre”, no presente estudo, defende-se que audição da criança pode significar uma forma diferente de tratar do conflito”³⁴⁴.

³⁴⁴ CORSI, MICHELE e SIRIGNAMO, CHIARA, *La mediazione Familiare: problemi, prospettive, esperienze*, Milano, Vita e Pensiero, 1999





Na mesma celeuma, insere-se a dificuldade em que a separação de casais envolve dramas como a disputa pela guarda do(s) filho(s), ou questões similares, as quais, em alguns casos, se admitem a manifestação da criança ou adolescente, para expressar seu “desejo” ou “opinião” sobre o assunto, o que requer sobretudo preparo técnico e humano do magistrado, tendo em vista impedir definitivamente que um problema vivido pelos adultos venha a agravar ainda mais seu sofrimento ou prejudicar sua formação.

Diante desse grave problema, o presente estudo tem os seguintes objetivos:

Delinear aspectos relativos à formação e preparo interdisciplinar do magistrado para atuar em conflitos familiares mormente naqueles que envolvem interesses de crianças e adolescentes.

Analisar possibilidades e limitações à audição de crianças e adolescentes nos conflitos familiares que envolvam seus interesses.

Pretende-se demonstrar através deste estudo, que, apesar da audição da criança constituir um direito fundamental do infante, nem sempre tal premissa é aplicada pelos Tribunais portugueses, tendo em vista que, parte da jurisprudência entende que dependendo da forma como a audição é realizada, poderá causar violação ao superior interesse da criança, colocando o menor – um ser ainda em processo de desenvolvimento, em situação de extrema dificuldade e discernimento para resolvê-las, podendo provocar consequências traumáticas na vida de uma criança.

1. A PROTEÇÃO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA NOS CONFLITOS FAMILIARES

O interesse superior da criança traz implícito o pressuposto de que a proteção dos filhos deve preponderar sobre quaisquer outras demandas e necessidades. A expressão *melhores condições* constitui cláusula geral, janela aberta a ser preenchida pelo legislador e pelo hermeneuta, no exame do Direito, caso a caso.

Com esse suporte, cabe aos pais compreender que a carência afetiva interfere decisivamente na formação da personalidade e desenvolvimento sadio dos filhos³⁴⁵, causando, entre outras consequências, problemas de auto-estima, indisciplina, tristeza e revolta.

³⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. In: www.conjur.com.br. Acesso em 13 de março de 2017, p. 1.





Como sabido, a família desempenha papel significativo na formação moral e do caráter de crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que os prepara para as responsabilidades futuras.

Numa vertente de análise interdisciplinar e com fundamento em estudos da Psicologia, sublinha-se que, de longa data, Erich Fromm³⁴⁶, em paralelo à importância do amor entre pais e filhos, chama atenção aos riscos de sequelas do abandono afetivo do filho, tais como: neurose, histeria, alcoolismo, depressões, dentre outras.

Avançando na reflexão sobre o tema, Eligio Resta³⁴⁷ propõe a abordagem do Direito Fraternal, discutida na Europa (em especial na Itália). Essa perspectiva assenta-se no valor da amizade, na necessidade de convívio fraternal, impregnado de um mínimo de humanidade nas relações interpessoais, buscando a construção de um Direito mais justo. O Direito Fraternal resgata a solidariedade como requisito à humanização das relações interpessoais.

Por se tratar de um conceito indeterminado, o professor Dr. Paulo Guerra o define “*como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o dos outros adultos terceiros, devendo ser densificado e concretizado através de uma rigorosa avaliação casuística, numa perspectiva global e sistêmica, de natureza interdisciplinar e interinstitucional, visando a satisfação da premente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de amor, aceitação e bem estar, promovendo-se a criação de ligações afectivas estáveis e gratificantes*”³⁴⁸.

Maria Clara Sottomayor entende que o princípio do superior interesse da criança “*só adquire eficácia quando referido no interesse de cada criança, pois há tantos interesses de crianças como crianças*”³⁴⁹.

De acordo com os ensinamentos dos doutrinadores acima citados, somente é possível aplicar o princípio do superior interesse da criança ao nos deparar-

³⁴⁶ FROMM, Erich. Tradução: Nathanael C. Caixeiro *Ter ou Ser?* 4.ª ed. Rio de Janeiro: Gen, pp. 48-57.

³⁴⁷ RESTA, Eligio. *Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, pp. 132 a 136.

³⁴⁸ BOLIÉRO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família – Uma questão de Direito (s)*. Coimbra, 2.ª edição, Julho de 2014, p. 339.

³⁴⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal no caso de divórcio*, 3.ª edição, revista, aumentada e actualizada, Almedina, julho de 2000, p. 26.





mos com o caso concreto, ocasião que a criança deverá ter a oportunidade de participar dos atos do processo, com opinião e voz, pois a audição da criança no procedimento em que é parte nada mais é do que a concretização do Princípio do Superior Interesse da criança.

O superior interesse da criança ganha voz quando o magistrado decide pela audição do menor, sempre de forma cautelosa, preparada e seguindo alguns requisitos.

2. A IMPORTÂNCIA DA AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS NOS CONFLITOS FAMILIARES

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é sem dúvida o instrumento universal vigente de maior relevância na história da infância, que tem como tema principal a proteção dos direitos da criança. Não se trata de um mero reconhecimento de hipossuficiência e vulnerabilidade, mas sim um documento internacional capaz de refletir as necessidades e ir de encontro aos anseios da criança, identificando o seu lugar na sociedade e igualando-a às demais pessoas, passando a ser considerada como sujeito de direitos.

O Referido tratado incorporou ao ordenamento jurídico interno, além dos princípios da não discriminação e do superior interesse da criança, o princípio da participação e da audição da criança nos assuntos da sua vida.

Sob essa perspectiva, é do maior relevo o respeito ao artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (Resolução 44/25 de 1989), ratificada por Portugal em 1990, quando estabelece que os Estados garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade (n.º1).

Complementarmente, o Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro de 2003 no artigo 41.º, n.º 1, alínea c, estabelece o direito da criança ser ouvida. Também não se pode ignorar o teor do artigo 1878.º do Código Civil, artigo 5.º do recente Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015 de 8 de Setembro), os quais igualmente asseguram à criança o direito de ser ouvida e de que sua opinião seja levada em consideração, nas decisões de qualquer índole que lhe digam respeito.

Em que pese constar do diploma Universal de Direitos das Crianças de 1989, o princípio do respeito pelas opiniões da criança ainda é pouco usual pelos Tribunais portugueses, tendo argumentos a favor e contra a audição





judicial da criança, dependendo da situação do caso concreto. Segundo a publicação da revista CEJ n.º 1 de 2015: “É frequente os juizes não terem formação sobre como comunicar com crianças e é raro recorrer-se aos serviços de profissionais especializados para que os auxiliem nessa tarefa, mesmo as crianças pequenas são capazes de exprimir os seus pontos de vista com clareza se forem corretamente ajudadas e apoiadas³⁵⁰”.

De acordo com o Sr. Conselheiro Salazar Casanova, em artigo publicado na revista *scientia jurídica*, 306.º, páginas 205 ss, a audição da criança não precisa obrigatoriamente ser efetuada pelo tribunal, “podendo ser suficientes elementos que venham ao conhecimento do tribunal por via de relatório ou informações prestadas por aqueles que contactaram com a criança³⁵¹”. Assim, para parte da doutrina e da jurisprudência, a prova testemunhal ou o relatório da equipe especializada poderá suprir a necessidade de audição da criança, desde que não seja aconselhável ouvi-la.

Isso porque, nos processos de jurisdição voluntária o juiz não está adstrito ao que está disposto na Lei, podendo deixar de aplicá-la se julgar necessário para proteger um bem jurídico de maior relevância, como é o caso dos processos em que envolve crianças e jovens. Nesta matéria, a jurisprudência e a doutrina têm se dividido, sendo que, em alguns arestos encontramos sustentada a posição de que é obrigatória a audição da criança, uma vez que é seu direito participar dos atos do processo, e conseqüentemente poder opinar nas situações que lhes afetem, não podendo haver flexibilização no procedimento previsto no artigo 5º da Lei n.º 121/2015³⁵².

Segundo a Ilustre Magistrada e Professora, atual Juíza do Tribunal Constitucional Maria Clara Sottomayor:

³⁵⁰ Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 1 de 2015, p. 114. Acessado em 24.01.2017. Disponível em linha: <https://books.google.com.br/books?id=KR1DCwAAQBAJ&pg=PT188&lpq=PT188&dq=o+direito+a+ser+ouvida+%C3%A9+um+direito+fundamental+da+crian%C3%A7a&source=bl&ots=6EYOxpK0J3&sig=nSUB0V7BKJ5u9OqtzKkyb9QVdA&hl=ptPT&sa=X&ved=0ahUKEwiqtomv0NDRAhXEvxQKHcbhDf4Q6AEINjAG#v=onepage&q=o%20direito%20a%20ser%20ouvida%20%C3%A9%20um%20direito%20fundamental%20da%20crian%C3%A7a&f=false>

³⁵¹ *Revista scientia jurídica*, 306.º, p. 205 e ss. – O regulamento CE n.º 2201/2003 do Conselho e o Princípio da Audição da Criança.





a audição da criança é mais importante, nos casos em que esta recusa as visitas, para investigar os seus motivos e proceder a apoio psicológico, se necessário. Já para determinar com qual dos pais a criança deve viver, nas situações de litígio, em que ambos reclamam a guarda da criança, a audição pode ser traumatizante, uma vez que é quase inevitável que a criança se sinta responsável pela escolha e que prefira afastar-se do conflito³⁵³.

Para Profa. Dr.^a Maria Clara Sottomayor, portanto, a audição do menor é necessária quando há um comportamento da criança a ser investigado, mas não nas situações de conflito entre os pais, uma vez que, neste último caso, expressar a sua opinião poderá lhe ser prejudicial.

O mundo adulto parece ter “terceirizado” as relações que possuem com as crianças e muitas vezes não há sequer oportunidade para ouvir o que elas têm a dizer, deixando-as a sós com seus sentimentos e experiências, sem qualquer autonomia para participarem dos assuntos que envolvem as suas vidas.

Pensando assim, para que a jurisdição caminhe em direção aos Direitos da criança, a lei precisa ser aplicada em seu favor, conseqüentemente, em homenagem à aplicação do princípio do superior interesse da criança, é plausível que haja uma formação contínua de juizes, para que sejam preparados para ouvir o que as crianças têm a dizer, através de recursos específicos que sejam capazes de identificar o mais íntimo sentimento da criança, com o auxílio de profissionais que tenham formação específica em lidar com o comportamento infantil, que saibam interpretar as suas diferentes “falas”, pois a criança se expressa, mas nem sempre verbalmente, ela tem forma de se comunicar completamente diferente dos adultos.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco, em “O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar³⁵⁴ esclarece que, nas situações em que se discute a guarda de uma criança, a opinião desta muitas vezes é desconsiderada pelos pais. Isto porque, se estão atentos ao melhor interesse da criança, já sabem em companhia de quem ela estará em condições mais favoráveis à continuidade de seu desenvolvimento. Ocorre que a carga emocional implicada em um processo de separação costuma alçar a criança do

³⁵³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal no caso de divórcio*, 5.^a edição, revista, aumentada e actualizada, Almedina, maio de 2011, p. 111.

³⁵⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. “O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar”. Acesso em 23.01.2017. Disponível em linha: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>





lugar de um sujeito implicado com esta história para o lugar de um objeto de disputa, de agressão mútua entre o casal e de tentativa de solução de conflitos que, em última análise, nada tem a ver com a relação de cada um com a criança e desta com cada um dos elementos do casal, mas, sim, com conflitos do próprio casal.

E ainda acrescenta que, resgatá-la para a condição de sujeito, com desejos, expectativas e relações estabelecidas, é de fundamental importância para preservar e fortalecer sua subjetividade e dignidade. Fazer a oitiva da criança não significa utilizá-la como testemunha de um dos elementos do casal, o que a dividiria e criaria conflitos desnecessários, tendo em vista que ela mantém uma relação afetiva com cada um dos pais. Para o autor, ouvir a criança significa considerar, em seu discurso explícito e/ou implícito, com qual dos dois houve a criação de um vínculo afetivo mais estável, seguro e satisfatório, que permita a continuidade de seu desenvolvimento integral de forma mais adequada. Auxiliá-la a manter sua subjetividade e dignidade, considerando-a como um sujeito em desenvolvimento, mas que no desenvolvimento precedente construiu sua própria história, (Gustavo Ferraz de Campos Monaco. *O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar*).

Não obstante, há que se ter sempre presente que o Tribunal precisa estabelecer uma ligação com a criança, não só do ponto de vista judicante, mas também psicológica condizente com a sua idade, ou seja, pensar que ali naquele momento está presente um ser ainda em processo de desenvolvimento e formação de personalidade, pois age e pensa como criança, vez que não possui maturidade como os adultos e por este motivo, necessita de um olhar individualizado e focado nas suas particularidades, visando primordialmente proteger o seu superior interesse.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS NOS CONFLITOS FAMILIARES

Ampla jurisprudência tem se pronunciado quanto à necessidade de audição dos menores nos processos relativos a responsabilidades parentais, estabelecendo que tal audição se consagra como a forma mais legítima de





auscultar o superior interesse da criança³⁵⁵, (a título exemplificativo Ac.R.E 14/04/2011. Col. II/266, relatado pelo Desembargador Eduardo Tenazinha, in www.dgsi.pt).

Note-se porém, que a jurisprudência, ao menos nos arestos consultados, se tem debruçado sobre a audição de menores, com pelo menos 10 anos de idade. No entanto, a jurisprudência não é uníssona em relação ao tema, sendo necessário avaliar cada situação individualmente, como é o caso do acórdão – Ac. R.L. 5/6/2007³⁵⁶, relatado pela Ilustríssima Desembargadora Maria José Simões, numa decisão em que se encontrava em causa a guarda de uma criança com 9 anos de idade, após a avaliação psicológica concluir que a mesma exteriorizava sofrimento e angústia em ser a pessoa responsável pela decisão que definiria o seu futuro.

Destarte, pelo que se percebe, de acordo com os acórdãos citados, o entendimento exarado pelos Tribunais Superiores está longe de alcançar o objetivo disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, dado que, ainda que seja a hipótese de divórcio, a criança não precisa necessariamente ser intentada a resolver o seu futuro, mas pode, perfeitamente, ser ouvida, desde que a audição seja realizada com cautela e seja oportunizado à criança emitir a sua opinião livre, tendo em mente que, para compreender o sentimento de uma criança é necessário que o Magistrado saiba escutá-la.

Portanto, o artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança que determina que qualquer decisão relativa a criança tenha em conta o seu superior interesse somente se aperfeiçoa se conjugado com o artigo 12, pois um estabelece o objetivo de alcançar o superior interesse da criança, e o outro oferece a metodologia para lograr o objetivo de escutar a criança. Não sendo possível uma aplicação correta do artigo 3 sem se respeitar a regra do artigo 12.

³⁵⁵ Acórdão disponível em: www.dgsi.pt,. Ac.R.E 14/04/2011. Col. II/266, relatado pelo Desembargador Eduardo Tenazinha

³⁵⁶ Acórdão disponível em: www.dgsi.pt, processo 3129/2007-1.





Alguns autores,³⁵⁷ não são favoráveis, pois acreditam que a criança poderá ser levada a tomar partido de um dos progenitores, por receio ou constrangimento e, o que é mais importante, pelo eventual prejuízo da exposição direta da criança ao litígio. Em todas essas hipóteses, pode-se imaginar que sejam duplamente vítimas da dor e consequências do conflito parental³⁵⁸.

Ademais, é oportuno pressupor a dificuldade dos pais em expor seus sentimentos na presença dos filhos, ou seu desapontamento com a escolha dos filhos. Como se referiu, em defesa do melhor interesse da criança, todas as situações adversas precisam ser evitadas, através da eficiente atuação do julgador.

Nem sempre é recomendada a audição das crianças nos processos judiciais, casos como grande conflituosidade entre progenitores, contra a vontade dos menores ou em casos de crianças muito pequenas e sem capacidade cognitiva.³⁵⁹

Nessa direção, é imprescindível a adequada formação do julgador, o que envolve o domínio além de conhecimentos jurídicos e de ciências humanas e sociais, psicanálise, além de técnicas, jogos, sala específica para escuta do menor, entrevistas, que favoreçam a interação, em ambiente de respeito mútuo e, portanto, propício ao diálogo, à manifestação de sentimentos e expectativas e propostas.

O magistrado deverá ter formação adequada em dinâmica familiar experiência com trabalho com criança, curso de formação em audição de crianças para estabelecer o elo de confiança com o menor e saber como colocar as questões pois o menor não pode sentir que está naquela audiência para decidir ou escolher.³⁶⁰

O local da realização da audição do menor deve ser acolhedor para propiciar uma melhor integração das partes envolvidas.³⁶¹

³⁵⁷ PARKINSON, L., *Mediação Familiar*, Lisboa, Ágora Comunicação, 2008 e M.Saldanha, *Curso de Formação em Mediação Familiar*, Lisboa, Instituto Português de Mediação Familiar, 2008, p. 102.

³⁵⁸ BIENENFELD, F. Drapkin. *The power of including children in custody mediation*, C.A. Everett (Ed), *Divorce Mediation: perspectives on the field*. New York: Haworth, 1985, pp. 63-95

³⁵⁹ BESSNER, Ronda, *The Voice of the Child in Separation/Divorce mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes - A Literature Review*, Family, Children and Youth Section, Department of Justice, Canada, 2002, <<http://www.justice.gc.ca>>

³⁶⁰ *Idem*, p. 858

³⁶¹ CRUZ, Rossana Martingo. *Alguns desafios na prática da mediação familiar*. Disponível em <http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/27092016%20RossanaMaringo.pdf>





CONCLUSÃO

É indiscutível que o lugar da criança não é o mesmo em todos os processos em que está envolvida: Por vezes é o tema central da tomada de decisões, como é o caso das ações em que se discute as responsabilidades parentais, adoção, medidas de proteção...; outras vezes é apenas atingida pela questão principal, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal dos genitores. Fato é que, independente do lugar ocupado pela criança no processo, qualquer decisão que possa de alguma forma ter repercussão em seu mundo, obrigatoriamente deverá ser racionalizada em seu favor, levando-se em conta, sempre que possível, a opinião da criança.

Mas para tanto, torna-se mister a realização de um trabalho conjunto entre todos os participantes do processo, com a colaboração de técnicos com formação específica, advogados, psicólogos com técnicas de entrevista infantil, assistentes sociais e Magistrados capacitados, sendo que a audição deverá ser realizada dentro de um ambiente reservado que seja apropriado para ouvir as crianças. É preciso que todos trabalhem unidos para o mesmo fim, que não é outro senão o bem estar da criança.

Todavia, por mais intrigante seja esse tema, deve-se estimular o estudo mais profundo sobre o princípio da audição da criança não só pelo Tribunal, mas também nas suas relações sociais e familiares, pois, a mudança legislativa já se deu, o que falta agora é a mudança de mentalidade por parte do judiciário e da sociedade, para que possam olhar para a criança não apenas como um “miúdo”, mas como pessoa com voz, titular de Direitos como todos os outros.

Diante de tão complexa e diversa problemática a intermediar, é crucial que o julgador esteja devidamente preparado para detectar e corresponder às reações, aos impulsos, aos mecanismos de defesa, angústias, subjacentes aos conflitos e aflições de cada um dos envolvidos.

Enfrentando problema que deu origem à presente reflexão, cumpre assinalar que como em outros casos, nos conflitos de índole familiar, o superior interesse das crianças implica respeitar o direito de ser ouvidas, percebendo-as como pessoas reais dotadas de identidade própria, mas particularmente vulneráveis quando participam de conflito familiar, anda que indiretamente.

Por certo, são pessoas capazes de exprimir suas vontades e de participar ativamente da solução de situações de conflito que as envolvam.

Todavia, em nenhuma hipótese a criança deve ser “obrigada” a participar do processo contra sua vontade. As intervenções a serem realizadas junto a





crianças devem ser planejadas e executadas com muita cautela e profissionalismo, por meio de magistrado com formação técnica, com experiências de convívio respeitoso com o grupo infanto-juvenil. Tudo isso requer qualificação solidamente fundamentada tendo em vista a competência crítica para interagir e conquistar a confiança desse grupo tão vulnerável que se depara com sofrimento psíquico de elevada monta.

Problemática tão complexa e de natureza multidisciplinar requer legislação que preveja aspectos essenciais como, por exemplo, a fiscalização dos magistrados, protocolos para nortear a condução da participação de crianças e adolescentes nos processos estabelecendo idade mínima, condições ambientais adequadas para a efetividade dos procedimentos e dinâmicas de escuta ou outras formas de investigação das manifestações dos filhos, além da definição de circunstâncias em que crianças não poderão participar para proteção do superior interesse da criança.

Além disso, nos casos que envolvam crianças ou adolescentes, seja qual for a metodologia aplicada, em nenhuma hipótese se pode admitir procedimento que entre em choque com a garantia do melhor interesse da criança, sobejamente assegurado em diferentes diplomas legais de abrangência local ou internacional...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSNER, Ronda, *The Voice of the Child in Separation/Divorce mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes - A Literature Review, Family, Children and Youth Section*, Department of Justice, Canada, 2002, <http://www.justice.gc.ca>.

BIENENFELD, F. Drapkin. *The power of including children in custody mediation*, C.A. Everett (Ed), *Divorce Mediation: perspectives on the field*. New York: Haworth, 1985.

BOLIERO, Helena; GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família – Uma questão de Direito(s)*. Coimbra, 2.^a edição, Julho de 2014

CORSI, MICHELE e SIRIGNAMO, CHIARA, *La mediazione Familiare: problemi, prospettive, esperienze*, Milano, Vita e Pensiero, 1999.

CRUZ, Rossana Martingo. *Alguns desafios na prática da mediação familiar*. Disponível em <http://www.adfas.org.br/admin/upload/conteudo/27092016%20Rossana-Martingo.pdf>

FROMM, Erich. Tradução: Nathanael C. Caixeiro *Ter ou Ser?* 4.^a ed. Rio de Janeiro: Gen,

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder Familiar. Acesso em 23.01.2017.





Disponível em linha: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/28373-28384-1-PB.pdf>

PARKINSON, L., *Mediação Familiar*, Lisboa, Ágora Comunicação, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A afetividade como fonte de obrigação jurídica*. In: www.conjur.com.br. Acesso em 13 de março de 2017

RESTA, Eligio. *Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004

Revista do Centro de Estudos Judiciários, n.º 1 de 2015, p. 114. Acessado em 24.01.2017. Disponível em linha:

<https://books.google.com.br/books?id=KR1DCwAAQBAJ&pg=PT188&lp-g=PT188&dq=o+direito+a+ser+ouvida+%C3%A9+um+direito+fundamental+da+crian%C3%A7a&source=bl&ots=6EYOxpK0J3&sig=nSUB0V7BKJ5u9O-qtzukKyb9QVdA&hl=ptPT&sa=X&ved=0ahUKEwiqtomv0NDRAhXEvxQKH-cbhDf4Q6AEINjAG#v=onepage&q=o%20direito%20a%20ser%20ouvida%20%C3%A9%20um%20direito%20fundamental%20da%20crian%C3%A7a&f=false>

Revista scientia jurídica, 306.º, pp. 205 ss. – O regulamento CE n.º 2201/2003 do Conselho e o Princípio da Audição da Criança).

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal no caso de divórcio*, 3.ª Edição, revista, aumentada e actualizada, Almedina, julho de 2000.





A MULHER RECLUSA MÃE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO PORTUGUÊS. UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E JURÍDICA-FEMINISTA-CRÍTICA À INTERVENÇÃO INTRAMUROS

Marco Ribeiro Henriques

PhD in law student

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Linha temática: *Intervenção comunitária e desenvolvimento social*

Resumo: A presente resenha, que agora damos à estampa, aventa um exercício metodológico jurídico-descritivo feminista crítico, sobre o papel da mulher no sistema jurídico-penitenciário português. Estudo por nós iniciado e desenvolvido em momento precedente, com diversa amplitude – mormente em sede de mestrado.

O relevo e dimensão da intersecção entre género e reclusão justificam um desenvolvimento aprofundado da temática. Nesta sede, deter-nos-emos, tão só, numa panorâmica de soslaio sobre a história das mulheres e a prisão, lançando mão de um introito narrativo, que aventa iluminar os trilhos da reclusão, quando o recluso é uma mulher.

Na nossa abordagem, partimos da senda jurídica – nossa casa de partida – e procuramos expurgar a representação do feminino, partindo da norma jurídica até às práticas institucionais de intervenção social intra e extramuros.

Palavras-Chave: género; mulher, prisão, feminismo, intervenção comunitária

«Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer pessoa pode começar agora e fazer um novo fim»

Chico Xavier





INTRODUÇÃO

Quando nos referimos a espaços prisionais em geral³⁶², não é frequente denominar individualmente uma díade entre “prisões masculinas” – “prisões femininas”³⁶³. Em bom rigor, as mais das vezes, a classificação de género – no caso do masculino – só emerge por contraposição à de “prisões femininas” – essa, sim, uma designação imperativa, quando são mulheres, os reclusos em questão³⁶⁴. Estas mulheres, contrariamente ao conjunto masculino, parecem não viver numa verdadeira prisão, mas tão só numa “prisão feminina”.

Não será despidendo refletir estas idiosincrasias como um paradigma erigido sob a configuração social e extemporânea do género feminino. Os estudos sobre as prisões em Portugal e as conceções sobre a delinquência feminina, ao longo da história, são relativamente escassos³⁶⁵.

Segundo dados do Conselho da Europa, publicados em março de 2017, existiam em 31 de dezembro de 2015, nas prisões europeias, 1 404 398 pessoas em situação jurídica de reclusão, numa média de 115,7 cidadãos/ãs reclusos/as por cada 100 mil habitantes no espaço europeu. Desta contabilidade

³⁶² No presente artigo seguimos de perto o trabalho de SILVA, V. (2013). “Controlo e Punição: As prisões para mulheres”. *Revista Ex-aequo*, n.º 28. pp. 59-72, SANTOS, M. J. M. (1999) *A Sombra e a Luz*. Porto: Afrontamento., CUNHA, M. I. (2007) *Educar o Outro – As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas prisões portuguesas*. Braga: Humana Global. e RODRIGUES, A. M., [et. al.]. (2005) *Direitos Humanos das Mulheres*. Coimbra: Coimbra.

³⁶³ Sobre esta ideia *cf.* CUNHA M. I. (2007), *Educar o Outro – As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas prisões portuguesas*. p. 82.

³⁶⁴ Neste sentido, *cf.* PERRUCCI, M. F. (1983) *Mulheres Encarceradas*. Pernambuco: Global. p. 15-16. “Grosso modo, a criminalidade feminina, talvez por sua insignificância numérica em relação à masculina, é estudada como “parte” da criminalidade “geral”, o que vem significando, tanto para o público em geral quanto para a maioria dos autores, simplesmente “criminalidade masculina” e ainda CUNHA, M.I. (1994) *Malhas que a reclusão tece: Questões de identidade numa prisão feminina*. Lisboa: CEJ.

³⁶⁵ Um paradigma um pouco inverso ao europeu, onde ainda no último quartel do século XIX já havia estudos e numerosos trabalhos desenvolvidos em contexto prisional e sobre criminalidade feminina, como é disso exemplo os trabalhos de Lombroso e Ferrero, Marro, Louis Proal, Paula Tarnowski, etc.





prisonal, ressaltam escassos 5,2% representativos das mulheres que vivem espaços prisionais europeus³⁶⁶.

Estes dados trajam uma necessidade intrínseca de provocar a emergência de estudos académicos, que tragam reflexão ao plano do género e à prisão. Não se conhecem muitos trabalhos jurídico-empíricos sobre contextos penitenciários de mulheres, mães em contexto de reclusão. Particularmente, desde a extinção do Instituto de Criminologia de Lisboa, ainda na segunda metade do século XX, que não são publicados estudos multidisciplinares, com o carácter e regularidade exigível a um aprofundado conhecimento sobre do modelo dominante – a prisão como solução³⁶⁷.

Este paradigma vem, desde há largos anos, envolvendo as mulheres e os homens reclusas/os, convolvendo-os em seres invisíveis, à mão dum mesmo Estado tripartido, entre o Estado que condena, o Estado que faz cumprir a pena e aquele que apresenta os resultados do seu próprio modelo, mormente, através do também recentemente extinto, ou se preferimos apenas aglutinado, Instituto da Reinserção Social.

Perfilhamos esta vacuidade, sobre a própria academia jurídica, que parece ter despertado tardiamente para a realidade penitenciária. A aplicação do direito penal *lato sensu*, mormente na sua dimensão adjetiva-penitenciária, parece não trazer preocupações suficientemente dignas à mobilização da comunidade académica – referimo-nos, particularmente, à academia jurídica – nossa *alma mater*.

O direito, enquanto ciência social, parece querer cumprir, há já largos anos, um desígnio balizado e estático, cuja elasticidade se nos aparenta oscilante, entre o dever ser e o dever estar – numa normatização tangente à regulação da ordem social – suficiente, [estamos aqui em crer] para cumprir um propósito superficial; constituir um regulador da vida em sociedade. Um regulador externo à própria vida em sociedade, bastando-se num secular dogma da *glosa* – a *law in books* – o que consideramos insuficiente.

³⁶⁶ Neste sentido, *cf.* AEBI, Marcelo F. [et. al.]. (2017) *SPACE II – Annual Penal Statistics: Persons Serving Non Custodial Sanctions and Measures in 2015. Survey 2015*. Estrasburgo: Conselho da Europa. Disponível em: «<http://wp.unil.ch>». Consultado em: 21/04/2017.

³⁶⁷ Neste sentido, *cf.* RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017) *O Direito Processual Penal no Tratamento Penitenciário, à Luz de uma Metodologia Jurídica Multidisciplinar*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Dissertação de Mestrado.





São, de resto, estas as circunstâncias que obstam a um maior desenvolvimento casuístico, sobre o problema prisional português. As questões e preocupações de género parecem, como que não querendo aparecer. A história da mulher-criminal é, por isso, escassa e está literalmente mal contada.

1. AS MULHERES E A PRISÃO

Em Portugal, como em outros países, as mulheres sempre conheceram uma presença diminuta nos espaços prisionais. Atualmente, as mulheres representam cerca de 6% da população reclusa em estabelecimentos prisionais³⁶⁸, mais concretamente 868 no caso português. Esta é porventura uma realidade arrastada da história penitenciária. Relatos há, desde que a memória é reduzida a escrito, e esses escritos se conservam até aos nossos dias, que as mulheres nunca ocuparam mais do que 10% dos lugares prisionais em Portugal³⁶⁹. O que por si só, diremos nós, trouxe à mulher uma representação social de sobremaneira secundária também no parque prisional português.

Com o advento das primeiras alas e prisões exclusivamente para mulheres, cimentou-se um respaldo de dominação normativa das suas existências, através de um conjunto de leituras institucionais de aniquilação individual, reproduções claras da cultura social patriarcal extramuros, então hodierna. Este tipo de abordagem foi amplamente implementado em vários contextos ocidentais e são reflexivos do controlo e punição sob normas de feminilidade, que, não obstante santificarem diferentes expressões, se regiam por valores patriarcais e moralizadores, tipicamente ocidentais, exercendo, de forma natural, um maior

³⁶⁸ Neste sentido *cfr.* SERVIÇOS PRISIONAIS, D.G.R. (2017). *Estatísticas Prisionais quinze-nais 2017- período 1 a 15 de maio*.

³⁶⁹ Neste sentido, *cfr.* SANTOS, M.J.M. (1999). *A Sombra e a Luz*. pp. 125-128.





controlo sobre as mulheres, nomeadamente assentes em critérios de penitência e regeneração doméstica³⁷⁰.

Veja-se, que as mulheres nunca disfrutaram de um qualquer estatuto preferencial ou particular e, até finais do século XIX, início do século XX, em Portugal, como de resto um pouco por todo a Europa, as mulheres habitavam os mesmos espaços de reclusão que os homens; partilhavam os mesmos edifícios em prisões coletivas, sujeitando-se a todo um conjunto de violências sobrepostas³⁷¹. Estas mulheres viviam comunitariamente dentro da prisão, fundamentalmente em enxovias ou salas de malta, pois, para acederem a outro dispositivo penitenciário, haveriam de cumprir com determinados requisitos³⁷², nomeadamente, sectários em função da capacidade económica,

³⁷⁰ Veja-se a este respeito, PRISIONAIS PORTUGUESES. (1953). *Acordo entre o Estado português e a Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor de Angeres*. Lisboa: DGSP. que delega a direção e administração da Cadeia Central de Mulheres em Tires, e ainda, a disposição de SALDANHA, J. (1933). *Relatório do Diretor das Cadeias Cíveis Centrais de Lisboa referente ao exercício de 1/8/1933 a 31/12/1933*. Lisboa: DGSP. p. 24, referindo-se às condições de trabalho na Cadeia das Mónicas: “(...) há uma oficina de tapetes de Arraiolos (...) e outra de sacos de papel, que teem dado óptimos resultados, não só pela ocupação dada às reclusas, mas também pela receita razoável que é recolhida. O serviço de costura e de lavandaria das roupas dos prêsos de todas as três Cadeias, é feito nas Mónicas, pelas reclusas, o que representa uma importante ocupação de trabalho e uma apreciável economia para a administração das Cadeias.” E ainda, por fim, uma breve passagem de PRISIONAIS PORTUGUESES. (1964). *Relatório da Inspeção à Cadeia Central de Mulheres em Tires, referente ao exercício de 1963*. Lisboa: DGSP. p. 21: “A assistência moral às reclusas é prestada fundamentalmente pelas Maderes. Há lições de catecismo 2 a 3 vezes por semana, aulas de educação cívica e moral e palestras diárias sobre moral com duração de 45 minutos. Existe uma máquina de projectar, fazendo-se projecções do catecismo e de outros filmes formativos.” Fonte: Divisão de Documentação e Arquivo Histórico da DGRSP.

³⁷¹ Como é exemplo, a ausência de guardas prisionais de género feminino, sujeitando as mulheres a à vulnerabilidade em face situações de violência verbal e física perpetradas por guardas e carcereiros.

³⁷² Neste sentido, *cfr.* SALDANHA, J. (1933). *Relatório do Diretor das Cadeias Cíveis Centrais de Lisboa referente ao exercício de 1/8/1933 a 31/12/1933*. Lisboa: DGSP. pp. 2-4. pp. 2 e 3: “Para as enxovias seguem os prêsos póbres, para as salas [de malta] os prêsos de fortuna média e para os grupos os prêsos ricos. (...) Quando entram, os reclusos é que escolhem o lugar para onde querem ir, depois de se informarem de quanto teem de pagar em cada estancia... (...) Só os reclusos das enxovias são obrigados a trabalho, quando o há; os restantes são dispensados da farda da Cadeia e gozam de outras regalias.”. Fonte: Arquivo da Direção Geral da Ressocialização e Serviços Prisionais.





posição social ou grau de literacia. Não se diferenciavam, as mais das vezes, entre condenadas e preventivas, prostitutas e homicidas, com reclusas de delito comum³⁷³. Esta era a realidade portuguesa, mas também europeia, já o referimos, no início do século XX³⁷⁴. As formas de enclausuramento de mulheres, na maioria oriundas de franjas sociais mais desfavorecidas, consistiram na reclusão em casas de força ou correcionais.

Estas instituições surgem no século XVI e serviam para recluír mulheres órfãs, viúvas e pobres em geral. Estas eram as chamadas *Casas de Misericórdia*. Já as *Casas de correção*, apogeu das correntes filosóficas utilitaristas, recluíam mulheres indiciadas e condenadas por crimes que atentavam aos pecados da carne³⁷⁵. Estas mulheres eram tidas como moralmente perigosas³⁷⁶, não apenas por terem perdido a sua honra, mas sobretudo por cometerem pecados

³⁷³ Cfr. *op. cit.* SANTOS, M.J.M. (1999). *A Sombra e a Luz*. p. 128. Esta, a par com a situação dos menores constituía o maior exemplo de incúria em matéria de administração prisional.

³⁷⁴ “Ainda que desde a primeira metade do século XVII tenham sido criados na Europa estabelecimentos correcionais exclusivamente destinados às mulheres, como o Spinhuis, aberto em Amsterdão em 1645, ou as Galeras espanholas, a realidade vivida nas prisões europeias no antigo regime e na América pré-revolucionária era em grande parte dos casos de completa promiscuidade de sexos (...)”. Neste sentido, *cfr. op. ult. cit.* SANTOS, M.J.M. (1999). *A Sombra e a Luz*. pp.144-145.

³⁷⁵ Expressão retirada de *op. cit.* SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 6.

³⁷⁶ “Esta é a sociedade onde se encaixa a dona de casa, «esposa e mãe». E onde se encaixa a prostituta (...). São duas faces da mesma medalha. Não se pode analisar uma sem analisar a outra. E a suprema ideologia, que é a religião oficial, sabe, consente e alimenta isto. A maior miséria moral pulula nos meios mais tradicionalmente católicos. (...) nas vidas que geram prostitutas há fome, há filhas a serem desfloradas pelos pais, há abandono, há venda de filhos. Mas, para os filhos que restam, não falha a comunhão solene, com fato de cerimónia, círios, toda a solenidade! Esta tradição de hipocrisia vem de longe. Já nas cruzadas para espalhar a fé cristã e combater os infiéis a própria igreja se encarregava das mulheres que haviam de satisfazer os apetites dos cruzados.” Neste sentido, *cfr.* CARMO & FRÁGUAS. (1982) *Putas de Prisão*. p. 197.





públicos visíveis por todos³⁷⁷. A gestão destas instituições estava entregue a ordens religiosas, sob os auspícios de um regime rígido e repressivo³⁷⁸.

Os alicerces da prisão feminina hodierna encontram a sua origem nas remotas reformas e tentativas de reformas prisionais em Portugal, no período liberal, durante o primeiro quartel do século XIX.

Estes pressupostos consubstanciaram no estado moderno, dito liberal, operando-se através de uma lógica reformista puramente legal, desenvolveram um modelo normativo instituidor do atual sistema jurídico-penitenciário. Este modelo está sobretudo assente numa ideia de conjunto, reduzindo a mulher-penal a uma subrepresentatividade.

A crise de subrepresentatividade de género, que se vivenciava no espaço prisional, verifica-se, por exemplo, quanto à especificidade biológica e social das mulheres, a qual, para o legislador à época, condicionava as motivações da mulher para o crime³⁷⁹. Foi precisamente no realce do século XIX que se verificou uma forte incidência de mulheres condenadas por vadiagem, alcoolismo – sobretudo pobres e trabalhadoras – nomeadamente empregadas de servir.

Neste plano, encontramos exemplos plenos desta complexa visão regeneradora da mulher, em instituições, como a *Casa de Força de Lisboa*³⁸⁰ a

³⁷⁷ Neste sentido, *cf.* *op. ult. cit.* SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 4.

³⁷⁸ As regras obrigatórias e a vigilância a que eram sujeitas as mulheres reclusas, o isolamento, o silêncio, o trabalho e a penitência através da oração, aparentava-se aos modelos de prisão penitenciária defendidos e aplicados no século XIX. De resto, estas instituições dos finais do século XVI, que se estenderam por toda a Europa, são os antecessores mais diretos das novas formas de punir e castigar inerentes ao sistema penitenciário. Este paradigma em Portugal perdurou pelo menos até 1977.

³⁷⁹ “A atividade ilícita, criminalmente relevante, operada por mulheres, contrariamente ao estabelecido, não correspondiam ao ideal de mulher emergente na modernidade, nem se remetiam apenas aos chamados «crimes femininos» como o aborto, o infanticídio e a prostituição. As mulheres adotaram estratégias de sobrevivência, imiscuindo-se em práticas ilegais, como roubo e participação em quadrilhas.” Neste sentido, *cf.* *op. cit.* SILVA, V. (2011). *Controlo e punição : as prisões femininas : estudo exploratório de uma antropologia feminista da prisão no contexto português*.

³⁸⁰ Onde estava instalada uma repartição feminina, para mulheres dissolutas e vadias que se ocupavam a fiar algodão e a fazer costura. Neste sentido, *cf.* *op. cit.* SANTOS, M.J.M. (1999). *A Sombra e a Luz*. p. 148., citado em SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 66.





*Casa de Correção do Porto*³⁸¹ e a *Cadeia das Mónicas*³⁸², que, através de regimes de punição operados pela imposição de atividades tipicamente femininas, usavam a feminização e a domesticização como técnicas penitenciárias materialmente indecentes no tratamento prisional³⁸³.

Contudo, ainda no debalde do século XVIII, subsistiam mulheres reclusas em prisões cheias de homens que, só a partir da primeira metade do século XIX, começam a produzir alas exclusivamente femininas. É aqui que na emergência do sistema penitenciário português sobressai a energização de um projeto penitenciário para as mulheres, que promovesse a sua regeneração e reeducação, de acordo com os trâmites de feminilidade dominantes³⁸⁴.

O atual sistema penitenciário português foi efetivado durante o regime do Estado Novo. Apesar de precedentemente consagrados na lei, os princípios desta forma moderna de punição, só com a implementação da reforma prisional de 1936, que se estabeleceram, na esteira da doutrina utilitarista de Beza dos Santos, os métodos que já no século XIX se aprimoravam, a par das inovações, em matéria de correção, que já eram uma realidade em alguns países da Europa e EUA³⁸⁵.

Neste período e sob um sistema ditatorial, operam-se dispositivos de controlo mais estruturados, que vieram sobrepor, às mulheres, modelos de

³⁸¹ Para onde eram reclusas as mulheres acusadas de vadiagem e prostituição e que se situava numa ala da prisão de Aljube, desta cidade, contendo esta uma sala de trabalho para a fiação. Neste sentido, *cf.* *op. cit.* SANTOS, M.J.M. (1999) *A Sombra e a Luz*. p. 148, citado em SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 66.

³⁸² Onde a partir de 1904 funcionava como casa de correção de raparigas com sala de costura, lavandaria e engomadoria. Neste sentido, *cf.* CARMO & FRÁGUAS. (1982). *Putas de prisão*. p. 85. citado em SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 66.

³⁸³ “Algumas das formas de prisão para as mulheres, quando incriminadas de delitos comuns, como mendicidade, vadiagem e prostituição, foram a reclusão nas alas prisionais femininas das cadeias regionais, nas casas de correção e, para as mais jovens e órfãs, o recolhimento em colégios de freiras com regimes que se pautavam pela repressão violenta, o puritanismo sexual, o menosprezo pelo ensino e o cultivo dos trabalhos de mãos, chamados femininos.” Neste sentido, *cf.* *op. cit.* CARMO & FRÁGUAS. (1982). *Putas de prisão*. p. 187.

³⁸⁴ Neste sentido, *cf.* *op. ult. cit.* SANTOS, M.J.M. (1999). *A Sombra e a Luz*.

³⁸⁵ Neste sentido, *cf.* ROBERTO-PINTO, J., & FERREIRA, A. A. (1955). *Organização Prisional*. Lisboa: Coimbra.





domesticidade e feminilidade disseminados nas representações salazaristas de “mulher mãe” e da “mulher pátria”³⁸⁶.

A primeira prisão feminina, construída em Tires em 1954, empregava a ideologia do regime então hodierno, construída em pavilhões³⁸⁷, um modelo próprio do Estado Novo, o seu funcionamento esteve sempre imbuído de princípios normativos que concluíam que a reabilitação das mulheres se prestaria a consistir na discência e inculcação dos axiomas e papéis sociais, que lhes consignava a sociedade na segunda metade do século XX³⁸⁸, mormente o de boas mães e domésticas³⁸⁹. Estas aceções refletiram-se desde a conceção arquitetónica da prisão, à sua localização próxima de prisões masculinas, para onde viriam as mulheres presas em Tires a trabalhar, e ainda na gestão prisional entregue a uma congregação religiosa, que por lá ficou até 1980. Todavia, ainda hoje é possível identificar a persistência de um modelo doméstico do tratamento penitenciário em Tires e Santa Cruz do Bispo³⁹⁰. Porém, já não há resquícios do autoritarismo na sua imposição, mas antes uma linguagem de todas as práticas penitenciárias aptas a manter e promover estes modelos de feminilidade³⁹¹.

³⁸⁶ Salazar dirigia-se à “mulher-mãe” e à “mulher-pátria”, comparando o zelo do governo doméstico aos cuidados do governo do país. Este modelo poderá ser considerado como um aparato de controlo, regulação e punição que serviu para a docilização dos corpos e subjetividades femininas. Neste sentido, *cf. op. ult. cit.* SILVA, V. (2013). *Controlo e Punição: As prisões para mulheres*. p. 67.

³⁸⁷ Neste sentido, *cf.* PROVIDORIA DE JUSTIÇA. (2016). *O Provedor de Justiça, as Prisões e o século XXI: Diário de Algumas Visitas (III). Relatório da Visita ao Estabelecimento Prisional de Tires*. Lisboa: PJ. p. 2. Disponível em <http://www.provedor-jus.pt>. Consultado em 21/01/2017.

³⁸⁸ Para uma melhor compreensão, *cf.* com ROBERTO-PINTO, J. (1969). *O Tratamento Penitenciário de Mulheres*. Lisboa: DGSP. Fonte: Divisão de Documentação e Arquivo Histórico da DGRSP.

³⁸⁹ Neste sentido, *vide op. ult. cit.* CUNHA, M. I. (1994). *Malhas que a reclusão tece: Questões de identidade numa prisão feminina*. Lisboa: CEJ. pp. 33-3, e ESPINOZA, O. (2004). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM.

³⁹⁰ De acordo com o plano de actividades e regulamentação incidente na exigência de inscrição em atividades disponíveis.

³⁹¹ Neste sentido, *cf.* MATOS & MACHADO, (2007). *Reclusão e laços sociais: discursos no feminino*.





Esta nossa afirmação alicerça-se na análise efetuada aos respetivos planos e relatórios de atividade. No caso de Tires, temos por base estudos antropológicos e sociológicos publicados³⁹².

Já no caso de Santa Cruz do Bispo, uma prisão recente estrategicamente construída no norte do país, onde tivemos oportunidade de efetuar trabalho etnográfico, verificámos da nossa experiencia de observação de campo dentro do espaço prisional, que a oferta de trabalho e formação disponibilizado dentro do espaço prisional não encontra diversidade, mas tão só um modelo de perpetuação de labores educativos e alegadamente reservados a mulheres.

CONCLUSÃO

Serão suficientes, as matrizes sociais de que o direito se socorre nos processos doutrinário, jurisprudencial e legislativo? Não. Claro que não! Pensamos que o direito se aparta, confortavelmente, de buscar soluções normativas, que são, no limite, regulatórias de todo o dever ser, mas que podem ser sustentadas numa homogenia metodológica entre várias ciências auxiliares à seara jurídica, complementando-a, tornando a resposta jurídica real e eficaz, apta a consubstanciar uma explicação normativa, comunitariamente válida.

Analizando a atual população prisional feminina, concluímos que a maioria das mulheres reclusas à ordem de processo judicial detêm, via de regra, poucas condições económicas, menos habilitações escolares do que os homens reclusos e são, na sua maioria, condenadas, por crimes relacionados com o tráfico de droga, a altas penas de prisão.

As mulheres portuguesas reclusas em prisões observam condições socioeconómicas precárias, reflexivas de cadeias de pobreza, fruto do sistema político e económico neoliberal que concorre para a estratificação

³⁹² Vide em especial enfoque, *op. ult. cit.* CUNHA, M. I. (1994). *Malhas que a reclusão tece: Questões de identidade numa prisão feminina.*, CUNHA, M. I. (2007). *Educar o Outro – As Questões de Género, dos Direitos Humanos e da Educação nas prisões portuguesas.*, e ainda RESENDE, C. (2008). "Normalização: Um conceito-chave na filigrana das dinâmicas prisionais". Em M. I. (Org.), *Aquém e além da prisão* (pp. 79-109). Braga: 90.º Editora. Conforme ainda nossa posição defendida em sede precedente. Neste sentido, *cfr.* RIBEIRO-HENRIQUES, M. (2016). "Prison and health of women, when maternity leave coincides with imprisonment. Results of a study conducted in prisons." *Atención Primaria*. Vol. 48, n.º 7 ago.-set. 2016. p. 100.





socioeconómica e sexual e impõe, ainda, um modelo de domesticidade, que a prisão não se permite bloquear, pelo menos ao nível da linguagem institucional.

Esta crise de representatividade ainda hoje é possível de vislumbrar no sistema prisional português, se atendermos, por um lado, ao recorte geográfico da localização dos atuais estabelecimentos prisionais destinados a acolher mulheres e, por outro, à centralidade e concentração atinente ao tratamento penitenciário que é consignado a mulheres em situação de reclusão.

A pena de privativa da liberdade, como modelo para a repressão penal, no ordenamento jurídico português, encontra, na população prisional feminina, um silêncio quase ensurdecido e guardado pelos muros de arame farpado da prisão.

Factualmente, o sistema prisional não se limita a impor restrições à liberdade de movimento e disposição da pessoa condenada. Continua, outrossim, a agir como seu tutor, num regime de aniquilação individual da pessoa humana. No caso das mulheres, esta aniquilação é flagrante e, muitas vezes, confundida com uma visão patriarcal, que ainda subsiste na sociedade – paradigma que deveria estar definitivamente ultrapassado.

BIBLIOGRAFIA

- CARMO, I. e FRÁGUAS, F. (1982). *Putas de prisão*. 5.º ed. Lisboa: A Regra do Jogo.
- CUNHA, Manuela Ivone. (2008). "Prisão e sociedade: Modalidades de uma conexão".
In CUNHA, M.I. (Org.). *Aquém e além da prisão*. Braga: 90º Editora. ISBN: 978-972-8964-09-2.
- _____. (2007). *Educar o Outro – As questões de género, dos direitos humanos e da Educação nas prisões portuguesas*. Braga: Humana Global. ISBN: 978-989-8098-18-4.
- _____. (2004). "A prisão e as suas novas redundâncias". *Direito e Justiça*. Vol. Especial. pp. 119-125. ISSN: 0871-0336.
- _____. (1994). *Malhas que a reclusão tece: Questões de identidade numa prisão feminina*. Lisboa: CEJ. ISBN: 972-9122-13-X.
- ESPINOZA, Olga. (2004). *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM.
- MATOS, Raquel e MACHADO, Carla. (2007). "Reclusão e laços sociais: discursos no feminino". *Análise Social*. Vol. XLII. pp. 1041-1054. ISBN: 977-000-325-733.
- PERRUCCI, Maud Fragoso de Albuquerque. (1983). *Mulheres encarceradas*. Pernambuco: Global.
- PETERSILIA, Joan. (2009). *When prisoners come home: Parole and prisoner reentry*. Oxford: Oxford University Press. ISBN: 978-0-19-538612-7.
- PRISIONAIS PORTUGUESES. (1964). *Relatório da Inspeção à Cadeia Central de Mulheres em Tires, referente ao exercício de 1963*. Lisboa: SPP.





- _____. (1961). *Serviços Prisionais Portugueses 1961*. Lisboa: SPP.
- _____. (1953). *Acordo entre o Estado português e a Congregação de Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor de Angeres*. Lisboa: SPP.
- RESENDE, Cláudia. (2008). "Normalização: Um conceito-chave na filigrana das dinâmicas prisionais". In CUNHA, M.I. (Org.). *Aquém e além da prisão*. Braga: 90.º Editora. Cap. VII. pp. 79-109. ISBN: 978-972-8964-09-2.
- ROBERTO-PINTO, J. e FERREIRA, Alberto A. (1955). *Organização Prisional*. Lisboa: Coimbra. 1955.
- _____. (1989). *O Tratamento Penitenciário de Mulheres*. Lisboa: DGSP.
- RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017). *O Direito Processual Penal no Tratamento Penitenciário, à Luz de uma Metodologia Jurídica Multidisciplinar*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique. 2017. Dissertação de Mestrado.
- _____. (2016). "Prison and health of women, when maternity leave coincides with imprisonment. Results of a study conducted in prisons." *Atención Primaria*. Vol.48, n.º 7 ago.-set. p. 100. ISSN: 0212-6567.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. (2012). "Democracia e criminalidade – entre o risco e a confiança". *Terra de Lei*. Vol.1. pp. 49-54. ISSN: 2182-424X.
- SALDANHA, Joaquim. (1933). *Relatório do diretor das Cadeias Civas Centrais de Lisboa referente ao exercício de 1/8/1933 a 31/12/1933*. Lisboa: DGSP.
- SANTOS, Maria José Moutinho. (2004). "Pensar a história das prisões em Portugal: entre resultados e desafios". *Direito e Justiça*. Vol. Especial. 2004, pp. 35-45. ISSN: 0871-0336.
- _____. (1999). *A Sombra e a Luz*. Porto: Afrontamento. ISBN: 972-36-0485-X.
- SILVA, Vera Inês da Costa. (2013). "Controlo e punição: As prisões para mulheres". *Revista Ex-aequo*. Vol. 28. pp. 59-72. ISSN: 0874-5560-30.
- _____. (2011). *Controlo e punição: as prisões femininas – estudo exploratório de uma antropologia feminista da prisão no contexto português*. Coimbra: UC. 2011. Dissertação de Mestrado.

DOCUMENTOS ELETRÓNICOS

- AEBI, Marcelo F, TIAGO, Mélanie M. e BURKHARDT, Christine. (2017). *SPACE II – Annual Penal Statistics: Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures in 2015. Survey 2015 – Executive summary*. Estrasburgo: Conselho da Europa. [Online] Disponível em: «<http://wp.unil.ch>». Consultado em 27/04/2017.
- PROVEDORIA DE JUSTIÇA, Provedor de Justiça. (2016). *O Provedor de Justiça, as prisões e o Século XXI: diário de Algumas Visitas (II) – Relatório da vista ao Estabelecimento prisional de Tires*. Lisboa: PJ. [Online]. Disponível em: «<http://www.provedor-jus.pt>». Consultado em 30/04/2017.
- RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2016). *Visitas Íntimas II. Porto: Observatório dos Direitos Humanos*. [Online]. Disponível em: «<http://www.observatoriodireitoshumanos.net>». Consultado em 20/05/2017.





SERVIÇOS PRISIONAIS, Direção-Geral da Reinserção e. (2017). *Estatísticas Prisionais do 1.º trimestre 2017*. Lisboa: DGRSP. [Online] Disponível em: «<http://www.dgsp.mj.pt>». Consultado em 26/05/2017.







TEMA V

Protecção Social e políticas de envelhecimento







CHANGES IN WELFARE MODELS AND PORTUGAL: AGEING IN THE AGE OF AUSTERITY

José Alberto Reis

(Professor Auxiliar do ISSSP)

Adriano Zilhão

(Professor Auxiliar do ISSSP e

Investigador integrado do Instituto de Sociologia da FLUP)

Abstract: Esping-Andersen (1990) considers there are three models of Welfare States: the social democratic model, the corporative or continental model and the liberal model. More recently some authors have also been referring the Mediterranean model, the dominant model in southern Europe which is defined by its low levels of social expense (consequence of a late industrialization and modernization) and by the existence of a continental type of welfare policy structures (Castels, 1995) – which do not tend to disappear by the modernization dynamics and convergence with the north (Sarasa, Moreno, 1995; Rhodes, 1997). In Portugal, as stated by Boaventura de Sousa Santos, there is, also, an important Welfare society, constituted by “an inter-knowledge relationships network, of mutual recognition and aid, based on parental and neighbourhood bonds” (Santos, 2001). Portugal is, also, a particular growing old country under the effect of two phenomena: the growth of life span and the decrease of nativity. The evolution of the population aging evolution index between 1990 and 2006 reproduces its aging well. According to the Population Projections Residing in Portugal 2000-2050 this index may overcome the 200 elders for every 100 youngsters, reaching the 242 elders for every 100 youngsters in 2050. If it is a reality that the old age population residing in a certain territory is inevitably heterogeneous under the social point of view, it is no less true that, in societies where the labour world participation constitutes a crucial factor of social integration, the changing to the “elder” social condition is bound to confront individuals with several social vulnerability manifestations or, even, with exclusion processes. In Portugal and





many other European countries, the paradigms of neo-liberal orientation where technological innovation and progress prevail in a world in which the economy, dominated by finances and subjugating the political, deepens inequality.

Key-Words: ageing, Welfare State, austerity.

1. THE PORTUGUESE ALMOST WELFARE STATE: AGEING IN THE AGE OF AUSTERITY

Esping-Andersen (1990) considers there are three models of Welfare States: the social democratic model, typical of the Nordic countries, the corporative or continental model, represented by central Europe countries, especially Germany, and the liberal model, also denominated Anglo-Saxon model, because of its practice in England and in the USA. More recently some authors have also been referring the Mediterranean model. It is in fact the dominant model in southern Europe which is defined by its low levels of social expense (consequence of a late industrialization and modernization) and by the existence of a continental type of welfare policy structures (Castels, 1995) – the Mediterranean model (which do not tend to disappear by the modernization dynamics and convergence with the north) (Sarasa, Moreno, 1995; Rhodes, 1997).

Portugal is a particular growing old country under the effect of two phenomena: the growth of life span and the decrease of nativity. The evolution of the population aging evolution index³⁹³ between 1990 and 2006 reproduces its aging well. According to the Population Projections Residing in Portugal 2000-2050 (which consider the possibility of recovery of the synthetic index of fertility to values that will, in average, eventually be situated in 1,7 children per woman), this index may overcome the 200 elders for every 100 youngsters, reaching the 242 elders for every 100 youngsters in 2050. According to the Eurostat's demographic projections (2008), the alterations of the demographic structure will also imply an increase of the dependency³⁹⁴ ratio, projecting an almost duplication for the period between 2007 and 2060. The

³⁹³ Old age index is the existing relationship between the quantity of old individuals (individuals with 65 or more years of age) and young individuals (individuals with less than 15 years of age).

³⁹⁴ Dependency ratio – ratio between inactive population (0-14 years and as from 65 years of age) and the active population (between 15 and 64 years of age).



dependency ratio aggravation could occur between 2015 and 2035, a period when the baby boom generation will reach the retirement legal age. From 1990 up to 2006, the dependency index has increased from 20 to 26 elders for every 100 individuals of active age, being expected that, in 2050, this relation will be of 58 elders for every 100 individuals in active age (according to the above mentioned Eurostat's Projections).

If it is a reality that the old age population residing in a certain territory is inevitably heterogeneous under the social point of view, it is no less true that, in societies where the labour world participation constitutes a crucial factor of social integration, the changing to the "elder" social condition is bound to confront individuals with several social vulnerability manifestations or, even, with exclusion processes.

As from the mid 70's, the Portuguese society is, in this area, crossed by a contradictory evolution. Effectively, a progressive pensioners' economic integration occurred, nevertheless marked by strong disparities which should be framed within every actual context. But simultaneously, old populations were driven to objective existential conditions which expose them to a number of marginalization forms and, even, social exclusion.

According to several authors who consider the integration and social exclusion as opposed poles of the process through which individuals take part in the social life, it is important to relieve at least three fundamental dimensions of social vulnerability: the economic dimension, implying the access to the labour market, incomes and the possibility of acquisition patterns which perform an important symbolic role and of affirmation of the social belonging; the social or relational dimension enclosing not only the participation in primary groups, but also, the institutional links or vertical solidarities and, finally, a symbolic dimension driving, on one side, to common regulations and values and, on the other side, to collective representations contributing for a very unequal distribution of the social consideration attributed to the individuals with some fragility signs.

The economic dimension of vulnerability, susceptible of affecting old age populations, is not restricted to the phenomenon of income reduction given by the pensions' system; it also respects the very opportunities individuals have to define the moment after which they consider convenient to interrupt their professional activity. Effectively, in Portugal, as in practically all European societies, there was an increase, all through the last decades, of the proportion of employees that will be prevented of continuing to participate in





the production of collective richness a long time before having reached their retirement age. As an example, between 1971 and 2003, the male employment rate in the 55-64 age group decreased around 25% in Portugal (going, according to Eurostat, from 82.1% to 61.6%). In 2008, the employment rate of workers with ages between 55 and 64 years of age (men and women) was 50.8% (Eurostat).

On the other hand, retirements intended to extend professional life span may drive to an increase of 13.6 in the workers' participation rate with ages between the 55 and 65 years of age and, despite the increase of employment rates, the projected decrease for the employed population, will cause the diminution of employees between 2020 and 2060 (Frame n.º 1).

Frame n.º 1 – Evolution of the labour market in percentage and variation in percentage points

	Employment rate 55-64			
	2007	2020	2060	Variation 2007-60
Portugal	51,0	60,5	64,5	13,6
European Union	44,9	54,5	60,0	15,1
Euro Area	42,6	54,8	60,3	17,7

Source: EPC and EC (2009), The 2009 Ageing Report

There are also reasons to consider that Portugal is among the countries combining limited contributions as to non-work risks coverage and a considerable scarcity of integration tools in the labour market. As a sequel, an important contingent of old aged actives who performed their professional activity in the private sector, as well as those who did it within the public services with low remuneration levels risk to only count on minimum social protection networks when they cannot stay inside the labour market until reaching their legal retirement age.

Relatively to the retirement pensions' system, it is important then to appreciate the quality of the protection it offers and its capacity of assuring the elderly existence conditions capable of translating the society recognition of the contribution individuals have given during their active life. It is the whole specificity problem of the Portuguese Welfare State that is set in these





terms, when it is known that 44% of individuals confronted with a situation of persistent poverty are pensioners (BRUTO DA COSTA *et. all.*, *Um Olhar sobre a Pobreza: Vulnerabilidade e Exclusão Social no Portugal Contemporâneo*, Lisboa, Gradiva, 2008 (Overview on Poverty: Vulnerability and Social Exclusion in Contemporaneous Portugal)).

So, the reforms of old age pensions in Portugal appear one after another, as it is happening for a longer time, in a great number of countries in Europe. In order that the analysis of the old age pensions' policies enhances the comprehension of the social mechanisms determining the elderly existence conditions, as well as the policies and measures for their effective social inclusion, it is important to enhance a criterious criticism of the political speech covering the financial unsustainability of social welfare.

Thus, the rupture with the common sense and with the political speech implies the recognition that the demographic ageing is not the only factor of the reforms being implemented in the systems of the social welfare. Besides this factor, it is important to relieve many others, such as the economic orientations shared at European level, the transformations of labour and society, the pressures of private assurance companies and other pensions' funds or even the new models of retirements' organization forged at international level. The employment policies constitute one of the most important components of possible solutions for the maintenance of pensions' systems within the logic of salary based solidarity.

Firstly, they may favour the raising of contributions for the social welfare, implying that a more important proportion of individuals in their active age may effectively work (reducing unemployment, giving a job to the unemployed or inactive), making people work longer (increasing the age to apply for retirement). The retirement policies themselves may contribute to rebalance the relationship between those who contribute and pensioners, stimulating individuals to work longer.

Nevertheless, as from the 80's, a number of European countries, among which France and the Netherlands are paradigmatic examples, took measures in the opposite direction, implementing policies of unemployment reduction by removing several categories of people from the labour market: women whose return to domestic tasks was favoured, youngsters by widening their studies, aged employees through measures favouring pre-retirement, by reducing the age to apply for retirement itself or by attributing invalidity pensions).





Generally, we know that such policies lowered employment rates in a number of European countries and that the employment policies enhanced after the 90's to favour the increase of employment rates, not always had significant results: in France, Italy, Belgium or Poland they were not successful, as the seniors' employment rates remained very low. Those policies intended to increase employment rates are particularly difficult to implement in those countries needing them most (old 'Bismarckian' systems, Southern and Eastern Europe). In those countries, the political and cultural model does not really favour women's work and the anticipated labour market abandon are anchored in their practices and mentalities.

It is also important to integrate in this analysis one other factor: the one linked to the improvement of work productivity happening in some countries, although at a slower rhythm during the 80's and the 90's. As a sequel, a lower number of active individuals may produce more richness.

One first question consists of knowing how this increase in work productivity is obtained: namely whether it is by an intensification of work rhythms what accelerates workers' tiredness and stimulates their desire to quit the job as soon as possible. Another important question concerning social welfare system sustainability leads to the sharing of the exceeding richness generated by the productivity results among net salary, social contributions to the social welfare and capital returns. During the 80's and 90's in the Northern countries, the productivity exceeding was mainly used to increase the capital returns, as part of the salaries in the added value decreased by 10 points. The integration of the financial markets makes the inversion of this tendency particularly difficult, because the principle of free capitals circulation allows them to be taken from one given country if the guaranteed returns are not as high as those they can have in another country.

Another reflection line leads to the macro-economic and budgeting policies adopted within the European financial integration frame. In fact, the implementation of the one market had the effect of reinforcing of the economic competition among European businesses. The labour cost became a determinant element of this competition. Eventual raisings of social contributions paid by employers come up as an aggravating factor of the work force cost. During the 70's and the 80's, most continental European countries faced the increase of retirement pensions' expenses by increasing social contributions in order to finance them. In a growing competitive context and deregulation, this solution becomes more and more unelectable.





The dominant speech about social welfare, particularly about the pensions' system, bases itself on an analysis of this system under the exclusive costs' point of view, abandoning its social purpose more and more. The maintenance of life levels prior to retirement, the safety of having an income during retirement are no longer the central objectives of the old age policy.

The projections' results point out for an increase of public expense relating old age of about 4.,7% of GIP up to 2060 inside the European Union and of more than 5% inside the Euro zone, reflecting the projected evolution for the expenses relating pensions, health care and continued assistance.

In what concerns pensions' expense, we watch that, during that period, for Portugal (2.1%), the increase is lower³⁹⁵ than for the European Union (2.4%), due to the reform of the social welfare pensions' system which was took place in 2007 and widened to CGA in the following year.

Generally, in 2009, UE countries present a higher evolution (of around 0.5%) to the expected total expenditure with old age in the Report on Aging from 2006. UE countries can be grouped in three different groups: those countries which expenditure highly increases, those that have moderate increases and those registering lower increases – where Portugal is included. It is this last set of countries that has implemented some structural reforms to their pensions' system (namely through alterations in the contributions' indexing, causing a slower rhythm of pensions' raise than salaries, substantially decreasing the total expenditure with old age) what allowed to significantly reduce the tendency for the increase in pensions' expenditure.

In Portugal, it is the reform of the pensions' system implemented in 2007 for the Social Welfare system and in 2008 for the CGA³⁹⁶ that puts this logic in place, namely when, in what concerns the replacement of income in the passage to retirement, it establishes a new calculation formula where the calculated

³⁹⁵ According to Ariana Paulo and Vanda Cunha (2009), in their study of the budget effect of the population aging in Portugal in the European Union context (GPEARI of the MFAP), the expenditure increase can be decomposed in four factors: dependency ratio, coverage ratio, employment effect and benefit ratio.

³⁹⁶ According to Ariana Paulo and Vanda Cunha (2009), the reformulation of the projection model regarding the pensions' sub-system of the public service staff admitted up to 2005 (CGA) also contributed, in a minor degree, to the revision of projections' results. Among other differences, the new model considers the subscribers' profiles and retired/pensioners, by age and gender, while the previous model considered aggregated values. This difference is particularly relevant in a closed system to new inscriptions, as it is the case of CGA since 2006.





amounts for pensions abandon the reference to the best ten years of the last fifteen of the contributing career, to be calculated bearing in mind the annual remunerations of all the above mentioned contribution career. Assuming that the pension calculation depends now of the total contribution career, the system assumes that the pensions' system may differ from the last levels of remuneration received in the career's last part – what, representing an increasing approximation to the Swedish model based on the premise that each individual should receive contributions strictly equivalent to contributions/effective discounts, consubstantiates the changing to a commutative justice conception, and abandoning the redistribution justice conception.

On the other side, the pensions' calculation was also affected by the introduction of a “sustainability factor” (Frame n.º 4) causing a decrease of the pension value as life span expectancy increases. This sustainability factor, according to Fernando Ribeiro Mendes, consists of a “discount coefficient to be applied to the statutory pension, resulting from the ratio between life span expectancy at the retirement age (65) at the moment of the introduction of the legislation (2006) and the life span expectancy at that age, at the moment it becomes effective” (2011: 123). This factor consists of one of the most relevant to ensure the contention in the future evolution of pensions' expenditure, offering the advantage of turning stronger projections to revenues of life span expectancy different from those already projected. Another measure of the 2007 reform consists on the additional penalty of the statutory pension in the case of retirement anticipation against legal age (changing from 4.5% per year to 0.5% per month)³⁹⁷.

Frame n.º 4 – Evolution of the sustainability factor

	Years						
	2007	2010	2020	2030	2040	2050	2060
Sustainability Factor	1,00	0,97	0,93	0,88	0,84	0,81	0,77

Sources: INE and Eurostat (EUROPOP 2008)

³⁹⁷ The anticipated retirements in the general regime of Social Welfare were suspended, by governmental decision, as from 2012.





This reform of the pensions' system implemented in 2007 also introduces a new indexation method for a periodic pensions' updating. Before its implementation the pensions' periodic raisings positively discriminated the lowest pensions: pensions' minimum levels rose after an explicit objective of indexing the pension's minimum level up to the national minimum salary. On account of this, between 1986 and 2005 the nominal raise of the pension's minimum level was higher than the inflation rate.

After this reform, the contributions' indexation is no longer predominantly related to the inflation rate but with the growth of the rhythm. The reference to the national minimum remuneration is also abandoned, and the social aids index³⁹⁸ (IAS) constitutes the new reference term for the pensions' periodic updating. Only pensions lower than 1.5 IAS will be able to maintain their purchasing capacity. The preal valor of pensions between 1.5 and 6 IAS will only be maintained if the economy growth will be over 3%.

We should also emphasize that this IAS introduction in the pensions' indexing mechanism, significantly questions the objective of a progressive convergence of the pensions' minimum levels of the Contributions Regime with the net national minimum salary. The calculations made by MC Murteira in the relationship between values of the national minimum salary and the pension's minimum level confirm a growing divergence between the amounts of the net national salary and the pension's minimum level even in the case of higher than 30 years contribution careers³⁹⁹.

To minimize the growing divergence between the minimum pensions of the contribution regime and the net minimum national salary, the solidary

³⁹⁸ "The IAS value is annually defined by the Government, having been determined in 2007 based on the national minimum salary and the Price Index in the Consumer. In the following years, the Indexing is adjusted bearing in mind the economic growth and inflation rates", in MC Murteira, *A Economia das Pensões (The Pensions' Economy)*, Angelus Novus Editora, Coimbra, 2011: 101). As from 2009 up to 2011 the index was maintained with the value of 419.22 Euros, while the national minimum salary was raised to 485 euros.

³⁹⁹ In 2006, the pension's minimum level, for a higher than 30 years contribution career, corresponded to the net national minimum salary (RMNL); in 2010 the same pension's minimum level only represented 89.7% of the RMNL (*Ibidem*: 102).





complement for the elders was created (CSI) addressed to elders who do not receive the pension's minimum value⁴⁰⁰.

We can thus conclude, with MCMurteira, that the system is more and more away from the objective of maintaining life levels achieved during a professional career. The measures aiming "to reform" the system inspire themselves on a predominantly assistance conception of the social welfare, very different from the one that presided to the implementation of the Welfare State.

In most European countries, like in Portugal, to guarantee pensioners the necessary level of income in order their change to retirement will not prove to be a brutal rupture in their existence material conditions, is then no longer the main objective. The contention of the system's costs is now the main objective, legitimating a long "reform" movement of the institutional tool that constitutes one of the most important components of the Welfare State. For some decades now, the word "reform" is paradoxically used to designate successive redefinitions of the calculations' rules of the retirement pensions (a right of workers leaving the labour world), as well as the pensions' amount updating mechanisms during the whole retirement period. Far from deepening the logic in the basis of the Welfare State implementation, on the contrary, such redefinitions tend to hasten its destruction, promoting a clear step back in the rights to get pensions and in what concerns their amounts.

In the social or another policy field, the priority attributed to the need of containing public expenditure has particularly aggravating consequences in the countries where the pensioners depending from the general regime of social welfare are far from receiving a pension capable of assuring an effective salary continuity and, therefore, the maintaining of the life level they achieved during their active period. In fact, this is the case in Portugal where the retirement pensions' system by sharing was implemented after the mid 70's, the relationship between the elders' equivalent medium income and the younger groups is situated in 76% and the pensioners' poverty risk reaches 18.5% in 2009, against 17.9% for the general population (INE).

⁴⁰⁰ Contrarily to the rights logic based on the professional activity typical of the contributions' system, the CSI is a contribution subject to a resources condition, covering individuals who did not integrate the contribution regime or who have incomplete contribution careers or lack family links capable of supplying an income complement. For a single individual, the resources condition refers to income lower than 358.,71 euros/month, then lower than the pension's minimum level of the contributions regime which amounted to 379.,04 euros/month in 2010.





In fact, it is important to emphasize that the Portuguese retirement pension's system has not suffered the same type of evolution as in other European countries: while in the countries with a stronger Welfare State, such as Germany, Sweden or even France, the old age protection service started by guaranteeing minimum life levels but has evolved, during the 60's and the 70's, to the safeguard of life levels achieved at the time of retirement, the objective of the social policy of the Portuguese old aged individuals is confined, in what concerns the private sector workers, to the guarantee of minimum levels.

Therefore, on account of this, the tools in use are diversified, in the European context, to lower the public system retirements of Social Welfare: disconnection between pensions evolution and salaries evolution; change of calculation parameters for the calculation of retirement amount, namely the replacement rate, increase of the contribution duration necessary to obtain the maximum pension, redefinition of the reference salary after which the latter is calculated; automatic adjustment to the evolution of life span expectancy – all these measures mean, in time, an important decrease of replacement rates offered by the public systems of retirement pensions.

Anyway, it is necessary to recall that they are chosen because a progressive growth of the social contributions level, to ensure the maintenance of the purchase capacity of future retirement pensions, is banned by the prevailing modalities of European implementation nowadays and by the macro-economic policies which are associated to it. Of a monetary and neo-classic inspiration, these policies are based on the budget orthodoxy (reduced debt and deficits, low interest rates and reduced inflation rates) and the limitation of public expenditure.

It is also under this neo-liberal orientation that a strong tendency is developed, in the European context, to preconize a growing association between financing by sharing and financing by capitalization. Within the frame of this combination, redistribution would have a restrict role, essentially limited to the elders' poverty prevention. The maintaining of income will occur by submission to strictly contribution principles (for anyone according to the real amount of his contributions), and the calculation of the pensions' amount would be more and more made in function of the calculation model typical of private insurance companies (update calculation). From then on, the increase of old age income would only depend on the individual initiative by means of the constitution of a savings personal plan for the retirement.





LOS SERVICIOS SOCIALES PARA MAYORES EN GALICIA

Luis Manuel Rodríguez Otero
Teresa Facal Fondo

Filiación: Escuela Universitaria de Trabajo Social (USC)

Resumen: Los cambios en la estructura demográfica de la población española han propiciado que el colectivo de personas mayores haya adquirido especial protagonismo social y mediático y con él el interés por el sistema de protección social y la prestación de servicios esenciales al colectivo. Esta situación demográfica resulta especialmente acusada en algunos territorios, entre ellos Galicia, la tercera comunidad autónoma en el ranking del envejecimiento en el estado español. En este estudio se analizan las coordenadas de contexto y los servicios sociales dirigidos a las personas mayores en los siete grandes ayuntamientos gallegos (A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra, Vigo, Santiago de Compostela y Ferrol).

Palabras clave: mayores, envejecimiento demográfico, servicios sociales

INTRODUCCIÓN

La atención a las personas mayores está entre los primeros servicios sociales desarrollados en España (Alemán, 2013), pero desde entonces la configuración demográfica y social del colectivo ha cambiado mucho y también el sistema de protección social y los recursos necesarios para cubrir sus necesidades. La evolución de la estructura de la población en los países de nuestro entorno, ha devenido en una situación caracterizada por un aumento progresivo y a veces alarmante del peso relativo de las personas de 65 y más años, situación más acentuada en algunos territorios. y que repercute inevitablemente en el coste de los recursos para la prestación de los servicios





esenciales. Entre ellos se encuentran los servicios sociales y precisamente en ellos centraremos la atención del presente estudio, que analiza las coordenadas de contexto y los servicios sociales dirigidos a las personas mayores en los siete grandes ayuntamientos gallegos.

SOCIODEMOGRAFÍA Y ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN

La Sociodemografía, como caracterización de los fenómenos demográficos desde la perspectiva de la organización social en su sentido más amplio, ha alcanzado en los últimos años un interés inusitado y una atención mediática sin precedentes (Pérez, 2005; Galindo, 2013; Trinquete, 2014). Los dos grandes ejes del debate son el envejecimiento demográfico y las migraciones, así como las consecuencias sociales de ambos fenómenos. En lo que respecta al primero de ellos e independientemente de otros aspectos relevantes en relación con el mismo, nos ocuparemos, en primer lugar, de dimensionar al colectivo de mayores en términos absolutos y relativos en la comunidad autónoma gallega. Según los últimos datos de población publicados por el Instituto Nacional de estadística en junio de 2017 (referencia a 1 de enero de 2017), uno de cada cinco españoles (20,1%) tiene 65 o más años. Por comunidades autónomas, Castilla y León (25,8%), Asturias (25,5%) y Galicia (25,2%) son, por este orden, las comunidades autónomas más envejecidas y en todas ellas uno de cada cuatro habitantes pertenece al colectivo de mayores. La distribución provincial de los 659.245 mayores gallegos resulta muy distinta en términos relativos, con un saldo que arroja hasta ocho puntos de diferencia entre Pontevedra (costa) y Ourense (interior):

Tabla 1. % provincial de 65 y más años sobre población total

A Coruña	Lugo	Ourense	Pontevedra
23,7	28,5	30,5	22,2

Fte. Instituto Nacional de Estadística (INE, 2017). Elaboración propia

Si tenemos en cuenta la distribución por municipios y atendiendo concretamente a los siete grandes ayuntamientos, según los datos del Instituto Galego de Estadística (IGE), basados en las estimaciones intercensales del





INE para 2016, la distribución porcentual ofrece una radiografía de la vejez en Galicia de corte rural, diluyéndose en parte las diferencias provinciales:

Tabla 2. % de mayores sobre población en los siete grandes municipios gallegos

	Población Total	Población 65 y +	%
A Coruña	241.114	56.675	23,5
Santiago	96.212	19.666	20,4
Ferrol	67.645	17.958	26,5
Lugo	97.126	19.685	20,3
Ourense	103.423	25.172	24,3
Pontevedra	80.769	15.324	18,9
Vigo	287.801	60.021	20,8

Fte. Instituto Galego de Estadística (IGE, 2016). Elaboración propia

Fruto de la preocupación por esta situación, Galicia, junto con Asturias, Aragón, y Castilla y León, redactaron y firmaron en 2013 la *Declaración Institucional sobre la crisis demográfica*, a la que posteriormente se sumaron otras comunidades autónomas y en la que se demanda una estrategia española por el cambio demográfico y un mayor peso de las variables demográficas en el modelo de financiación económica, ya que tanto la baja densidad como la dispersión de la población o el envejecimiento son factores que inciden directamente en el coste de recursos para la prestación de los servicios esenciales (educación, sanidad, atención social y dependencia).

LOS SERVICIOS SOCIALES PARA MAYORES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

La Ley 13/2008, del 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, menciona en su preámbulo, entre las características propias del contexto gallego que deben considerarse para configurar el sistema de servicios sociales, el envejecimiento de la población, que en palabras del texto normativo “alcanza valores alarmantes e insostenibles en buena parte de la Galicia interior”. La Ley

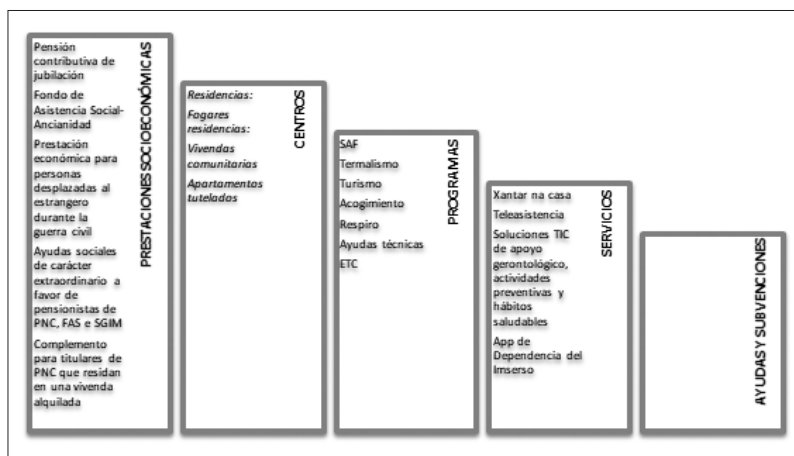


adopta un modelo de servicios sociales caracterizado por una configuración complementaria con el tercer sector, recogiendo en su articulado (2.1):

Integra o sistema galego de servizos sociais o conxunto de servizos, programas e prestacións, tanto de titularidade pública coma de titularidade privada, acreditados e concertados pola administración nos termos establecidos nesta lei.

El sistema se estructura en forma de red, con dos niveles de atención: servicios sociales comunitarios (que a su vez comprenden dos modalidades, básicos y específicos) y servicios sociales especializados. Entre los recursos específicamente dirigidos a mayores desde los Servicio Sociales en Galicia se identifican: prestaciones socioeconómicas, centros, programas, servicios y ayudas y subvenciones.

Imagen 1. Prestaciones Servicios Sociales Mayores



Fte. MATIASS (2017).

METODOLOGÍA

Objetivo General

Analizar los recursos dirigidos a mayores existentes en los siete grandes municipios gallegos: A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra, Vigo, Santiago de Compostela y Ferrol.





Objetivos específicos

- Analizar los recursos ofertados desde la iniciativa pública en las ciudades gallegas.
- Analizar los recursos ofertados desde la iniciativa social en las ciudades gallegas.
- Analizar los recursos ofertados desde la iniciativa privada con ánimo de lucro en las ciudades gallegas.

Tomando como referencia las diferentes ciudades gallegas se procedió a la búsqueda de datos secundarios mediante el *Rexistro Único de Entidades Prestadoras de Servicios Sociais* (RUEPSS). Dentro del apartado de Centros se seleccionaron las ciudades, el área de mayores y las diferentes categorías (iniciativa pública, iniciativa social e iniciativa privada con ánimo de lucro) y se identificaron los datos relativos al tipo de centro y cantidad.

Por otro lado, en referencia a los programas municipales se identificaron los datos existentes en dicha aplicación referentes al programa de Ayuda a Domicilio tanto para personas reconocidas con grado de dependencia con para la libre concurrencia. De cada programa se identificó el tipo de gestión, el número de horas ofertadas para cada modalidad y el número de horas prestadas. Identificados el conjunto de datos se realizó un análisis descriptivo de cada ciudad y se compararon los datos entre sí.

RESULTADOS

Recursos ofertados desde la iniciativa pública

Tomando en consideración los recursos ofertados por los SsSs de iniciativa pública se observa que se identifican en los siguientes programas y servicios incluidos en el RUEPSS: centros residenciales (de gran tamaño y residencias) y centros de día (generales y de personas con Alzheimer) son los recursos identificados.

No obstante se observa que a pesar de que existen centros residenciales de gran tamaño en la mayoría de las ciudades, en Vigo es donde existe un mayor número y de menor tamaño en Pontevedra y Ferrol no existen.

Así mismo, respecto a los centros de día, en Coruña no existen especializados en personas con Alzheimer y en Ourense, Pontevedra y Santiago para





población en general. Por otro lado destaca que la ciudad con mayor inversión pública es Vigo con 8 centros, seguidas de Lugo y A Coruña con 5 respectivamente; mientras que Ourense seguido de Pontevedra son las que menos inversión poseen.

Tabla 3. Recursos ofertados desde la iniciativa pública según ciudad

Recurso		Ourense	Lugo	Coruña	Pontevedra	Vigo	Santiago	Ferrol
Centro residencial	Grande		1	1	1	3	1	1
	Residencia		1	1			2	
	Mianirresidencia							
	Hogar							
Vivienda comunitaria								
Apartamento tutelado								
Centro de día	General		2	3		3		2
	Alzheimer	1	1		1	2	1	1
Club-hogar								
Total		1	5	5	2	8	4	4

También se identifica que en todos los municipios se oferta el SAF para personas dependientes, aunque en base a los datos del RUEXP no en todos los municipios (Ourense y Ferrol) se oferta a personas de libre concurrencia (no dependientes).

Tabla 4. Horas de Ayuda a Domicilio según modalidad y ciudad

Ciudad	SAF Dependencia		SAF Básica	
	Horas ofertadas	Horas prestadas	Horas ofertadas	Horas prestadas
Ourense	17064	16613	0	0
Lugo	13330	12042	2625	2525





Ciudad	SAF Dependencia		SAF Básica	
	Horas ofertadas	Horas prestadas	Horas ofertadas	v Horas prestadas
Coruña	25874	24845	1354	1354
Pontevedra	6622	5950	1916	1916
Vigo	20072	19789	7460	7460
Santiago	8930	4945	805	805
Ferrol	17050	12224	0	0

Así mismo se observa que entre las ciudades se producen diferencias, ya que Vigo es el municipio que mayor número de horas asignadas tiene y cobertura efectiva presta (98,59%) a personas reconocidas con grado de dependencia, seguido de Ourense (97,35%), Coruña (96,02%) y Lugo (90,33%); todas con más del 90% de cobertura. No obstante en las ciudades de Pontevedra (89,85%), Ferrol (71,69%) y Santiago (55,69%) también se presta servicio pero con menor cobertura. Por otro lado, respecto a la libre concurrencia (básica) el municipio que más horas presta es Coruña seguido de Vigo, Lugo, Pontevedra y Santiago.

Recursos ofertados desde la iniciativa social

Desde la iniciativa social se identifican centros residenciales (grandes, residencias y minirresidencias), apartamentos tutelados, centros de día (generales y para personas con alzheimer) y clubs-hogares.

Recurso		Ourense	Lugo	Coruña	Pontevedra	Vigo	Santiago	Ferrol
Centro residencial	Grande	3	1	2		1	1	
	Residencia	1		1		2		1
	Mianirresidencia	3		4			1	
	Hogar							
Vivienda comunitaria								





Recurso		Ourense	Lugo	Coruña	Pontevedra	Vigo	Santiago	Ferrol
Apartamento tutelado		1	2					
Centro de día	General	2		7	1	1		1
	Alzheimer			2				
Club-hogar		2	1	1	1		1	
Total		12	4	17	2	4	3	2

Tabla 5. Recursos ofertados desde la iniciativa social según ciudad.

Respecto a los centros residenciales de gran tamaño se identifica que en todas las ciudades existe al menos uno excepto en Pontevedra y Ferrol. Las residencias existen en Ourense, Coruña, Vigo y Ferrol; mientras que las mini-residencias en Ourense, Coruña y Santiago. Así mismo en Ourense y Lugo existen apartamentos tutelados y en todas las ciudades exceptuando Lugo y Santiago existen centros de día; aunque especializado en personas con alzheimer solamente existen 2 centros en Coruña. Finalmente se observa que en todas las ciudades menos en Vigo y Ferrol hay club-hogar. Por otro lado destaca que la ciudad con mayor de centros de iniciativa social es Coruña con 17 centros, seguidas de Ourense con 12; mientras que el resto de ciudades no superan los 5 centros.

Recursos ofertados desde la iniciativa privada con ánimo de lucro

Se observa que existente un gran número de recursos de procedencia privada, existiendo en las distintas ciudades los centros descritos a excepción de centros de día para personas con alzheimer y clubs-hogares. Así mismo se identifican diferencias significativas entre las 7 ciudades analizadas.

Se observa que la ciudad con mayor número de centros es Vigo, seguido de Ourense y Coruña. Siendo la diferencia respecto al resto de ciudades significativa.





Tabla 6. Recursos ofertados desde la iniciativa privada con ánimo de lucro según ciudad

Recurso		Ourense	Lugo	Coruña	Pontevedra	Vigo	Santiago	Ferrol
Centro residencial	Grande	1	2	2		1	1	1
	Residencia			1	1	14		
	Mianirresidencia	2			1	3		
	Hogar		1	1		7		
Vivienda comunitaria		7	1	3				
Apartamento tutelado						17		
Centro de día	General	6	5	9	3		4	2
	Alzheimer							
Club-hogar								
Total		15	9	16	5	37	5	3

En Ourense las viviendas comunitarias y los centros de día son los recursos más frecuentes, en Vigo los apartamentos tutelados y las residencias y en el resto de ciudades los centros de día. También destaca que en Vigo, A Coruña y Lugo existen hogares-residencia.

CONCLUSIÓN

A través de la presente investigación se aprecia que en el contexto de las 7 grandes ciudades gallegas, los recursos y servicios dirigidos hacia personas mayores tienen una gran cobertura. Estos recursos son prestados a través de la iniciativa pública pero también desde la iniciativa privada y la social. Se observa que los centros residenciales y los centros de día son los que tienen un mayor calado en Galicia. Así mismo también se identifica una fuerte presencia municipal del Servicio de Ayuda a Domicilio para personas dependientes, aunque en algunas ciudades la cobertura es relativamente baja.





Estos datos concuerdan con los datos sociodemográficos presentados sobre las ciudades gallegas, ya que en este entorno envejecido los recursos y programas dirigidos a personas mayores es notable. No obstante se produce una incongruencia en la inversión pública, ya que siendo Ferrol, A Coruña y Ourense las ciudades con una estructura demográfica más envejecida, la mayor inversión se produce en Lugo, A Coruña y Vigo. Este hecho se complementa con el análisis realizado al resto de recursos y titularidades, siendo en el caso de la iniciativa social Ourense y Coruña donde se realizan las principales inversiones y en las de ámbito privado-lucrativo Ourense, Coruña y Vigo.

REFERENCIAS

ALEMÁN, C. (2013). “Políticas públicas para mayores”. *Gestión y análisis de políticas públicas*, (9).

“Declaración institucional sobre la crisis demográfica”. *I Encuentro interterritorial por el cambio demográfico*, Oviedo, 28 de octubre de 2013. Recuperado el 5 de octubre de http://www.xunta.gal/c/document_library/get_file?folderId=579430&name=DLFE-20411.pdf

GALINDO, J. (2013). “Envejecimiento, realidad demográfica de Extremadura”. *Revista de Estudios Extremeños*, 69(3), 1881-1910.

IGE (2016). *Cifras poboacionais de referencia*. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de www.ige.eu.

INE (2017). *Cifras de población y Censos demográficos*. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de www.ine.es.

“Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia”. *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 17 de enero de 2009, núm. 15, pp. 5513-5553.

PÉREZ, J. (2005). “Consecuencias sociales del envejecimiento demográfico”. *Papeles de Economía Española*, (104), 210-226.

TRINQUETE, D.E. (2014). “La comunicación en población en el contexto de los problemas sociales de la ciencia y la tecnología”. *Novedades en población*, 10(20), 105-115.

MATIASS (2017). Inicio\Prestación SS.SS\Recursos por Colectivos\ Maiores. Recuperado el 6 de octubre de 2017 de https://matias.xunta.es/index.php?option=-com_k2&view=item&layout=item&id=70&Itemid=61





A VELHICE E O SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS PRESTAÇÕES SOCIAIS DESTINADAS À VELHICE E SUA AVALIAÇÃO CRÍTICA.

CARVALHO, Ana Sofia⁴⁰¹

OLIVEIRA, Márcia Ribeiro⁴⁰²

Resumo: O crescente envelhecimento da sociedade, na sequência de um aumento da esperança média de vida, faz notar a fragilidade e vulnerabilidade do grupo das pessoas idosas.

O art.º 72 da Constituição da República Portuguesa, além de consagrar direitos específicos das pessoas idosas, nomeadamente, a segurança económica das mesmas, impõe ao Estado, no seu n.º 2, a adoção de um conjunto de políticas que visem sobretudo garantir condições de habitação e convívio familiar, bem como a criação de oportunidades que permitam a estas gerações a sua realização pessoal. Trata-se de um verdadeiro direito social cujo objectivo primeiro se situa na protecção da dignidade da pessoa humana e no seu direito à autonomia pessoal.

O atual sistema de Segurança Social é desafiado a corresponder às necessidades cada vez mais específicas e prementes das pessoas mais idosas.

O objeto do presente artigo foca-se na análise das principais prestações sociais destinadas à protecção da velhice e na sua avaliação crítica.

Palavras-Chave: Velhice, Segurança Social, prestações sociais

⁴⁰¹ Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho; Investigadora do CIJE (UP) e do CEDIS (UNL).

⁴⁰² Mestre em Solicitadoria; Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.





I – INTRODUÇÃO

O art.º 72 da Constituição da República Portuguesa, além de consagrar direitos específicos das pessoas idosas, nomeadamente, a segurança económica das mesmas, impõe ao Estado, no seu n.º 2, a adoção de um conjunto de políticas que visem sobretudo garantir condições de habitação e convívio familiar, bem como a criação de oportunidades que permitam a estas gerações a sua realização pessoal. Trata-se de um verdadeiro direito social cujo objectivo primeiro se situa na protecção na dignidade da pessoa humana e no seu direito à autonomia pessoal.

O atual sistema de Segurança Social é desafiado a corresponder às necessidades cada vez mais específicas e prementes das pessoas mais idosas.

Nos termos do disposto no art. 23.º da Lei de Bases da Segurança Social (LBSS), o Sistema de Segurança Social abrange o sistema de protecção social de cidadania, cujo objetivo passa por garantir direitos básicos dos cidadãos e a igualdade de oportunidades, bem como promover o bem estar e a coesão sociais, o sistema previdencial, que tem por finalidade garantir, assente no principio de solidariedade de base profissional, prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas, nomeadamente, doença, maternidade, paternidade e adopção, desemprego, acidentes de trabalho e doenças profissionais, invalidez, velhice e morte, e por fim, o sistema complementar, destinando-se este, passe-se o pleonasma, a complementar a protecção oferecida pelos outros sistemas de tipo obrigatório.

Por seu turno, e de acordo com o art. 28.º da LBSS, o sistema de protecção social de cidadania engloba o subsistema de ação social, que tem como objetivos fundamentais a prevenção e reparação de situações de carência e desigualdade socioeconómica, de dependência, de disfunção, de exclusão ou vulnerabilidade sociais, bem como a integração e promoção comunitárias das pessoas e o desenvolvimento das respetivas capacidades, o subsistema de solidariedade, destinado a assegurar, com base na solidariedade de toda a comunidade, direitos essenciais por forma a prevenir e a erradicar situações de pobreza e de exclusão, bem como a garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar, não incluídas no sistema previdencial e o subsistema de protecção familiar, que visa assegurar a compensação de encargos familiares acrescidos quando ocorram as eventualidades legalmente previstas, nomeadamente: a) encargos familiares; b) encargos no domínio da deficiência; e c) encargos no domínio da dependência. E o sistema complementar compreende um regime





público de capitalização e regimes complementares de iniciativa coletiva e de iniciativa individual (cf. artigo 81.º da LBSS).

II – ANÁLISE DAS PRINCIPAIS PRESTAÇÕES SOCIAIS DESTINADAS À VELHICE

Vejamos então quais as principais prestações sociais aplicáveis a idosos, enquadrando-as no respetivo Sistema de Segurança Social⁴⁰³.

No sistema de proteção social de cidadania, a nível de prestações sociais potencialmente aplicáveis a idosos e familiares conexos, podemos encontrar:

- ao nível dos subsistema de ação social: para além das prestações pecuniárias, atividades de apoio social relativas a pessoas idosas exercidas designadamente em estruturas residenciais para pessoas idosas e pelos serviços de apoio domiciliário;
- ao nível do subsistema de proteção familiar: o complemento por dependência;
- ao nível do subsistema de solidariedade: a pensão social de velhice, a pensão de viuvez, o complemento solidário para idosos.

Concretizemos as mesmas.

O acolhimento em estruturas residenciais para pessoas idosas (vulgarmente conhecidas como lares de idosos) atualmente está sujeitas à seguinte legislação: Despacho n.º 7837/2002, de 16 de abril⁴⁰⁴, Decreto-Lei n.º 64/2007, de 14 de março⁴⁰⁵ (com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 33/2014, de 4 de março) e Portaria n.º 67/2012, de 21 de março⁴⁰⁶. As estruturas residenciais para pessoas idosas visam:

⁴⁰³ Seguimos aqui o enquadramento de Apelles J. B. Conceição, in CONCEIÇÃO, Apelles J. B., *Segurança Social*, 9.ª edição, Almedina, 2014.

⁴⁰⁴ Referente a licenciamento e fiscalização dos lares para pessoas idosas.

⁴⁰⁵ Diploma que define o regime de licenciamento e de fiscalização da prestação de serviços dos estabelecimentos de apoio social.

⁴⁰⁶ Esta portaria define as condições de organização, funcionamento e instalação das estruturas residenciais para pessoas idosas.





- a) *Proporcionar serviços permanentes e adequados à problemática biopsicossocial das pessoas idosas;*
- b) *Contribuir para a estimulação de um processo de envelhecimento ativo;*
- c) *Criar condições que permitam preservar e incentivar a relação intrafamiliar;*
- d) *Potenciar a integração social.*⁴⁰⁷.

Por seu turno, o serviço de apoio domiciliário (doravante SAD) é “a resposta social que consiste na prestação de cuidados e serviços a famílias e ou pessoas que se encontrem no seu domicílio, em situação de dependência física e ou psíquica e que não possam assegurar, temporária ou permanentemente, a satisfação das suas necessidades básicas e ou a realização das atividades instrumentais da vida diária, nem disponham de apoio familiar para o efeito”⁴⁰⁸, sendo objetivos do SAD:

- a) *Concorrer para a melhoria da qualidade de vida das pessoas e famílias;*
- b) *Contribuir para a conciliação da vida familiar e profissional do agregado familiar;*
- c) *Contribuir para a permanência dos utentes no seu meio habitual de vida, retardando ou evitando o recurso a estruturas residenciais;*
- d) *Promover estratégias de desenvolvimento da autonomia;*
- e) *Prestar os cuidados e serviços adequados às necessidades dos utentes, sendo estes objeto de contratualização;*
- f) *Facilitar o acesso a serviços da comunidade;*
- g) *Reforçar as competências e capacidades das famílias e de outros cuidadores.*⁴⁰⁹

O complemento por dependência é “uma prestação em dinheiro atribuída aos cidadãos a seguir indicados que se encontrem em situação de dependência e que precisam da ajuda de outra pessoa para satisfazer as necessidades básicas da vida quotidiana:

- Pensionistas de invalidez, velhice e sobrevivência do regime geral de segurança social e do regime do seguro social voluntário
- Pensionistas de velhice e de sobrevivência do regime não contributivo e equiparados

⁴⁰⁷ Cf. artigo 3.º da Portaria n.º 67/2012, de 21 de março.

⁴⁰⁸ Cf. artigo 2.º da Portaria n.º 38/2013, de 30 de janeiro.

⁴⁰⁹ Cf. artigo 3.º da Portaria n.º 38/2013, de 30 de janeiro.





- Beneficiários da prestação social para a inclusão
- Beneficiários não pensionistas dos regimes acima referidos que sejam portadores de doença suscetível de originar invalidez especial⁴¹⁰.

Entende-se por “necessitar da assistência de outra pessoa para satisfazer as necessidades básicas da vida quotidiana”, nomeadamente necessitar de apoio para a realização dos serviços domésticos, alimentação, locomoção e cuidados de higiene.

A situação de dependência é “certificada pelo Sistema de Verificação de Incapacidades da Segurança Social e graduada em:

1.º grau – pessoas que não possam praticar, com autonomia, os atos indispensáveis à satisfação de necessidades básicas da vida quotidiana (atos relativos à alimentação ou locomoção ou cuidados de higiene pessoal);

2.º grau – pessoas que acumulem as situações de dependência que caracterizam o 1.º grau e se encontrem acamadas ou apresentem quadros de demência grave.⁴¹¹.

A pensão social de velhice é uma prestação em dinheiro, atribuída mensalmente, a partir da idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de segurança social (66 anos e 3 meses em 2017 e 66 anos e 4 meses em 2018). Têm direito a esta prestação “os cidadãos que:

- Não se encontrem abrangidos por qualquer regime de proteção social obrigatório ou pelos regimes transitórios dos rurais ou, estando-o, não satisfaçam os períodos de garantia definidos para acesso à pensão.
- Sendo pensionistas de invalidez, velhice ou sobrevivência tenham direito a pensão de montante inferior ao da pensão social.
- Tenham rendimentos mensais líquidos iguais ou inferiores a **168,53€** caso se trate de pessoa isolada, ou **252,79€** tratando-se

⁴¹⁰ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/complemento-por-dependencia> (20.10.2017).

⁴¹¹ *Ibidem*.





de casal (corresponde respetivamente a 40% e 60% do valor do inde-
xante dos apoios sociais – IAS) – condição de recursos.”⁴¹².

A pensão de viuvez “é uma prestação em dinheiro atribuída, mensalmente, ao viúvo(a) ou pessoa que vivia em situação de união de facto com o pensionista de pensão social por invalidez ou por velhice falecido”⁴¹³.

O complemento solidário para idosos “é um apoio em dinheiro pago mensalmente aos idosos de baixos recursos, com idade igual ou superior à idade normal de acesso à pensão de velhice do regime geral de Segurança Social, ou seja, 66 anos e 3 meses e residentes em Portugal”⁴¹⁴. Os idosos que recebem o Complemento Solidário para Idosos podem ter Benefícios Adicionais de Saúde que são apoios que reduzem as despesas de saúde no âmbito de dois programas específicos, a saber:

- Benefícios Adicionais de Saúde (permite o reembolso das despesas de saúde na compra de:
 - » Medicamentos (parcela do preço não comparticipada pelo Estado) – participação financeira em 50%;
 - » Aquisição de óculos e lentes – participação financeira em 75% da despesa, até ao limite de € 100,00, por cada período de dois anos;
 - » Aquisição e reparação de próteses dentárias removíveis – participação financeira em 75% da despesa, até ao limite de € 250,00, por cada período de três anos.

- Programa Nacional de Promoção da Saúde Oral (permite aceder de forma gratuita às consultas de dentista/estomatologista, através de um cheque-dentista que é passado pelo Médico de Família).⁴¹⁵

⁴¹² Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/pensao-social-de-velhice1> (20.10.2017).

⁴¹³ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/pensao-de-viuvez1> (20.10.2017).

⁴¹⁴ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/complemento-solidario-para-idosos> (20.10.2017).

⁴¹⁵ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/beneficios-da-saude-csi> (20.10.2017).





No sistema previdencial podemos encontrar a pensão de velhice e a pensão de sobrevivência.

A pensão de velhice “é um valor pago mensalmente, destinado a proteger os beneficiários do regime geral de Segurança Social, na situação de velhice, substituindo as remunerações de trabalho”, sendo atribuída ao beneficiário que, à data do requerimento, tenha completado a idade normal de acesso à pensão (66 anos e 3 meses em 2017 e 66 anos e 4 meses em 2018) e cumprido o prazo de garantia (15 anos civis, no mínimo, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações ou 144 meses com registo de remunerações no caso de se tratar de beneficiário abrangido pelo seguro social voluntário)⁴¹⁶.

A pensão de sobrevivência é uma prestação em dinheiro, atribuída mensalmente, que se destina a compensar os familiares do beneficiário falecido do regime geral da Segurança Social e do regime do Seguro Social Voluntário da perda de rendimentos de trabalho resultante da morte deste⁴¹⁷.

No sistema complementar, encontramos o regime público de capitalização e os regimes complementares de iniciativa coletiva e de iniciativa individual.

De acordo com o artigo 82.º, n.º 1 da LBSS, “o regime público de capitalização é um regime de adesão voluntária individual, cuja organização e gestão é da responsabilidade do Estado, que visa a atribuição de prestações complementares das concedidas pelo sistema previdencial, tendo em vista o reforço da protecção social dos beneficiários”.

A constituição e o funcionamento do regime público de capitalização⁴¹⁸, bem como do respetivo fundo de certificados de reforma estão reguladas no Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de fevereiro. O legislador pretendeu “criar um mecanismo de fomento à poupança, com gestão pública, destinada ao momento em que os cidadãos passem à condição de pensionistas e de aposentados por velhice ou por incapacidade absoluta e permanente. (...) Este novo regime, instituído pela lei de bases da segurança social, é, no essencial, um

⁴¹⁶ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/pensao-de-velhice> (20.10.2017).

⁴¹⁷ Ver sítio da SEGURANÇA SOCIAL, in <http://www.seg-social.pt/pensao-de-sobrevivencia> (20.10.2017).

⁴¹⁸ Para uma panorâmica do regime público de capitalização consultar MOUCHO, Ana Isabel G. Bento, “Os regimes complementares de segurança social”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 5, número 2, dezembro de 2012, pp. 87 a 89.





regime de capitalização, de adesão individual e voluntária, cuja organização e gestão é da responsabilidade do Estado. As contribuições de cada aderente são depositadas na sua conta, convertendo-se em certificados de reforma, e integrarão um fundo autónomo. Fundo este que será gerido, em regime de capitalização, pelo Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, I. P. Com a adesão ao regime público de capitalização os aderentes formarão direitos complementares à sua pensão de reforma e de aposentação por velhice ou, nos termos previstos na lei, à sua pensão de invalidez absoluta, que estão directamente relacionados com os montantes acumulados na sua conta individual. (...) O regime complementar público permitirá a cada cidadão constituir um complemento de pensão, ou uma poupança, que será tanto mais elevado quanto mais cedo decidir aderir ao regime e quanto mais alta for a taxa pela qual optar.” (cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de fevereiro).

Por outro lado, o sistema complementar abrange ainda os regimes complementares de iniciativa coletiva (a favor de um grupo determinado de pessoas, incluindo-se aqui os regimes profissionais complementares – que “têm por objectivo conceder aos trabalhadores dependentes ou independentes, agrupados no quadro de uma empresa ou de um conjunto de empresas, de um ramo de actividade económica ou de um sector profissional ou interprofissional, prestações pecuniárias complementares das garantidas pelo regime geral de segurança social”⁴¹⁹ – e regimes de iniciativa individual (com adesão individual dos cidadãos, abrangendo-se aqui os planos de poupança-reforma⁴²⁰, seguros de vida, seguros de capitalização e modalidades mutualistas).

Já no ano de 2000 Glória Teixeira⁴²¹ fazia notar que se tem assistido em alguns países a uma tendência de privatização da segurança social, sem todavia descurar a protecção social devida aos mais pobres ou marginalizados. Prevaleciam valores como o da autonomia privada e liberdade contratual sobre os valores inerentes ao Estado providência. Com efeito, “confrontados com a incapacidade dos estados de proceder a uma eficaz redistribuição da riqueza,

⁴¹⁹ Cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 225/89, de 6 de julho.

⁴²⁰ Ver a propósito Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de julho, com as alterações do Decreto-Lei n.º 125/2009, de 22 de maio.

⁴²¹ TEIXEIRA, Glória (Coord.), “Tributação do Trabalho Dependente”, *Vida Económica*, 2000, p. 97.





tem-se assistido a uma crescente responsabilização dos cidadãos, extensível também às áreas sociais. Fala-se agora de igualdade de oportunidades e iguais possibilidades de acesso nomeadamente, em domínios vitais como os da informação, mercado de trabalho, mercados financeiros, etc.”⁴²².

Tendo em conta as seguintes premissas fundamentais:

- a) A crescente insuficiência da capacidade de cobertura da segurança social que se explica em parte pela natureza do Estado-Providência e em parte pelas mudanças demográficas e sociais verificadas desde os anos 70⁴²³. “Em larga medida, a família e o emprego hoje em dia são muito diferentes do que eram nessa época: a estabilidade com que se revestiam em larga medida foi substituída pela fluidez e mudança acelerada. Isto põe os Estado-Providência sob uma enorme pressão na medida em que se há menos indivíduos em condições de descontar, existem, por outro lado, mais indivíduos desempregados ou reformados. A combinação de novos padrões de emprego, um número crescente de pensionistas e menor crescimento económico têm tornado os esquemas de segurança social cada vez mais insustentáveis.”⁴²⁴;
- b) Os idosos estão sujeitos a uma taxa de exposição ao risco de pobreza acima dos 20%⁴²⁵, assim como persiste a exclusão social deste grupo. Com efeito, “persistem aspectos qualitativos do modo de vida urbano que estigmatizam a condição do idoso, excluindo-o da fruição de muitos consumos, por exemplo, cinema, teatro, espectáculos musicais, quase inacessíveis aos que sofrem de mobilidade reduzida ou são mais vulneráveis à insegurança da vida das cidades”⁴²⁶;

⁴²² *Ibidem*, p. 97.

⁴²³ SILVA, Filipe Carreira da, *O Futuro do Estado Social*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 71.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁴²⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion*, 2010.

⁴²⁶ MENDES, Fernando Ribeiro, *Segurança Social – o futuro hipotecado*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 102.





- c) Os idosos cada vez querem ficar mais tempo nas suas casas mesmo nas idades mais avançadas⁴²⁷. “Ora, os custos dos cuidados profissionais ao domicílio são claramente superiores aos dispensados em instituições, por óbvias razões de deseconomias de escala. (...) Seja como for, a procura de protecção pública contra estes riscos é e será muito forte.”⁴²⁸;

é possível acompanhar as sugestões de mudanças de Fernando Ribeiro Mendes⁴²⁹ no que toca a prestações sociais, das quais destacamos as seguintes:

- a) Revisão da atribuição das pensões de sobrevivência, já que as mesmas consubstanciam uma cobertura própria de um modelo familiar e laboral ultrapassado. O autor entende que a atribuição deve ser limitada em valor absoluto e, acima desse limite, ficar sujeita à verificação de condição de recursos do beneficiário;
- b) Crescimento das prestações orientadas para outros riscos de longevidade – dependência e doença crónicas, exclusão social dos idosos – tanto as pecuniárias como as ofertas de cuidados, de forma seletiva, sujeita a condições rigorosas de elegibilidade dos beneficiários;
- c) Em termos de financiamento, abandono do sistema de repartição, dado que o mesmo não é mais viável, já que desapareceu a vantagem do bem-estar que uma demografia mais jovem lhe conferia no passado, e responsabilização individual pelos novos riscos de longevidade, através de poupança das famílias, aumentando a adequação dos rendimentos totais disponíveis na velhice e não apenas das pensões públicas, o que permitirá, por outro lado, melhorar o legado às gerações vindouras, porque aumenta as possibilidades de investimento na economia nacional.
- d) A discussão sobre novas medidas de reforma deve ser empreendida quanto antes, dado que não há Estado de Bem-Estar verdadeiramente sustentável no longo prazo se não forem acautelados um crescimento económico forte e uma fundamentação ética robusta, baseada na equidade entre as gerações, de todos os sistemas e meca-

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁴²⁸ *Ibidem*, pp. 100 e 101.

⁴²⁹ *Ibidem*, pp. 137 e 140.





nismos de proteção social a preservar, para nós e para as gerações vindouras.

Com efeito, nesta matéria é fundamental levar em consideração o princípio da equidade intergeracional, também designado como princípio da salvaguarda das gerações futuras. Joaquim Freitas da Rocha considera este princípio extremamente importante porque “se trata de um meta-princípio, isto é, um princípio que enforma todos os outros princípios e sem o qual nenhum deles poderá ter operatividade e efectividade a médio e longo prazo, condenando o ordenamento à ruptura e à desagregação (...)”

Em termos globais e transversais, este princípio apela a uma exigência de intertemporalidade – uma ética do futuro (Zukunftsethik) ou um imperativo moral, que inculque nos decisores públicos a necessidade de acautelar o projecto de existência e de felicidade das gerações futuras, não pensando apenas em termos de interesses temporalmente localizados (por exemplo, em termos de ciclo político-eleitoral). (...)

Em termos jurídico-financeiros restritos, pode dizer-se que se está em presença de um princípio que apela à ponderação na distribuição dos benefícios e custos entre as diversas gerações, projectando-se num duplo sentido de exigência:

- i) Em primeiro lugar, em sentido positivo, impõe que os bens públicos e semi-públicos produzidos no presente sejam aptos a projectar as suas utilidades em momentos futuros e temporalmente afastados, procurando-se assegurar que os cidadãos, empresas e contribuintes futuros possam retirar vantagens da sua efectivação. (...) Neste sentido, pode afirmar-se que o princípio da equidade intergeracional se materializa num sub-princípio de selectividade da despesa pública, nos termos do qual a opção despesista deve ser adequadamente ponderada, apelando para o estabelecimento de um permanente e prudente nexos de causalidade entre o meio (a despesa a efectuar, o bem a produzir) e o fim (a necessidade a satisfazer). (...)
- ii) Em segundo lugar, num sentido negativo, requer que as decisões financeiras actuais não se projectem negativamente nas condições sociais e económicas das gerações futuras, exigindo-se que estas não





sejam desproporcionalmente oneradas com os encargos inerentes à satisfação das necessidades colectivas da geração presente.”⁴³⁰

O autor⁴³¹ relembra o desafio colocado aos Estados de amortecer o impacto orçamental de uma dupla realidade negativa [as despesas aumentam por via do acréscimo do número de beneficiários e as receitas diminuem por via do decréscimo do número de contribuintes (pessoas em idade ativa) e afirma que, “num quadro assim apresentado de crise do Estado social, e no que particularmente diz respeito ao Direito financeiro estadual e especificamente ao problema da selectividade das despesas públicas, o caminho não pode deixar de passar – defende (e bem) a UE – por profundas reformas nos sistemas de pensões, de saúde e de emprego, modernizando-os e adaptando-os às novas realidades”⁴³², que passarão pelo aumento da idade das reformas, de forma a “pagar a menos (beneficiários) e receber de mais (contribuintes)”⁴³³, criação de incentivos ao emprego e ao prolongamento da vida ativa, remoção de desincentivos à participação no mercado de trabalho e pela reorientação das despesas para tipos e categorias favoráveis ao crescimento económico.

O autor⁴³⁴ salienta que as reformas dos sistemas financeiros, previdenciários e de saúde têm de ser feitas de um modo juridicamente adequado, sem colocar em crise os princípios constitucionais fundamentais que enquadram estes sistemas, sob pena de inconstitucionalidade material. Rejeita assim qualquer tentativa de reforma de sistemas sociais em desconformidade com a Constituição, mesmo que eventualmente imposta por atores ou instâncias europeias. Relembra no entanto que as reformas são necessárias e se não houver alterações em termos de políticas e de comportamentos o envelhecimento

⁴³⁰ ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2014, pp. 77 a 80.

⁴³¹ ROCHA, Joaquim Freitas da, “A solidez das finanças públicas estaduais e o Direito da União Europeia. Em particular, o pacto de estabilidade e crescimento e o procedimento relativo a défices excessivos”, 2010, in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/36232/1/A%20solidez%20das%20finan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas...%20%28PEC%29.pdf> (18.10.2015), p. 5.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*, pp. 6 e 7.





demográfico colocará em risco a sustentabilidade a médio e a longo prazo da economia europeia.

Assim, assumindo que existe um dever ético de salvaguarda das condições de existência das gerações vindouras e que o mesmo se materializa posteriormente numa imposição de natureza jurídica⁴³⁵, o autor considera que, em matéria de proteção social, o respeito pelas gerações futuras impõe “um conjunto de políticas financeiras responsáveis que deverão passar desde logo por uma rigorosa gestão da despesa, seja antecipando-as e evitando-as (por exemplo por via de campanhas de promoção da boa saúde e do consequente prolongamento da vida activa e do aumento da idade das reformas), seja conferindo uma maior selectividade na sua efectivação, controlando a atribuição de prestações (dando-as efectivamente a quem delas precisa)”⁴³⁶.

Pelo que o autor conclui pela necessidade de utilização dos recursos públicos da maneira mais eficaz⁴³⁷.

III – CONCLUSÃO

Se por um lado é inegável a necessidade que as pessoas idosas carecem por parte do Estado de uma política própria, não é também menos verdade que essa política está intimamente ligada à capacidade económica-financeira do Estado. Como qualquer outro direito social, a garantia da sua efectivação está inexoravelmente ligada à sustentabilidade das finanças públicas dos Estados. Assim, e no sentido de se garantir as políticas impostas pelo art. 72.º da CRP, deverá o Estado optar por uma gestão rigorosa das suas finanças públicas aliada a um controle assertivo e rigoroso na atribuição das respetivas prestações sociais, atribuindo-as a quem efectivamente delas carece.

⁴³⁵ ROCHA, Joaquim Freitas da, “Breves reflexões sobre responsabilidade colectiva e finanças públicas”, dezembro de 2012, in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/22403/4/Responsabilidade%20e%20Finan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas.pdf> (18.10.2015), p. 137.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 140.

⁴³⁷ ROCHA, Joaquim Freitas da, “A solidez das finanças públicas estaduais e o Direito da União Europeia. Em particular, o pacto de estabilidade e crescimento e o procedimento relativo a défices excessivos”, *Op. Cit.*, p. 7.





BIBLIOGRAFIA

- CONCEIÇÃO, Apelles J. B., *Segurança Social*, 9.^a Edição, Almedina, 2014.
- EUROPEAN COMMISSION, *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion*, 2010.
- MENDES, Fernando Ribeiro, *Segurança Social – o futuro hipotecado*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011
- MOUCHO, Ana Isabel G. Bento, “Os regimes complementares de segurança social”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 5, n.º 2, Dezembro de 2012.
- ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito Financeiro Local (Finanças Locais)*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2014.
- ROCHA, Joaquim Freitas da, “A solidez das finanças públicas estaduais e o Direito da União Europeia. Em particular, o pacto de estabilidade e crescimento e o procedimento relativo a défices excessivos”, 2010, in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/36232/1/A%20solidez%20das%20finan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas...%20%28PEC%29.pdf> (18.10.2015).
- ROCHA, Joaquim Freitas da, “Breves reflexões sobre responsabilidade colectiva e finanças públicas”, dezembro de 2012, in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/22403/4/Responsabilidade%20e%20Finan%C3%A7as%20p%C3%BAblicas.pdf> (18.10.2015).
- SILVA, Filipe Carreira da, *O Futuro do Estado Social*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.
- TEIXEIRA, Glória, “Tributação do Trabalho Dependente”, *Vida Económica*, 2000.



EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO GARANTÍA SUBSISTENCIAL DEL ESTADO

Vicente Rivero Santana⁴³⁸

Resumen: El aumento de la longevidad en las últimas décadas, conlleva un cambio de paradigmas en la atención e integración de los individuos en su paulatino envejecimiento.

En esa línea, el envejecimiento activo viene a cubrir las exigencias que este nuevo rol del individuo denota, pero también, las de la comunidad social en la que está integrado, que solicita de él una participación activa en continuidad con la ejercida hasta ese momento o incluso superior.

Trasladar conocimientos, experiencias, vivencias; colaborar, participar de la vida pública, de la elección de las políticas y demás condiciones de vida de su comunidad debe tener como respuesta por parte la sociedad la atención y permanente respeto de la comunidad social hacia sus mayores. Esta simbiosis se hace cada día más patente a través del aumento del número de ciudadanos que superan determinadas edades.

Por ello, se ha de interpretar que el envejecimiento activo es una forma de acceder a una mejor calidad de vida del propio individuo a medida que envejece, pero también es una contribución social recíproca entre ciudadanos y el Estado que ofrece a éstos posibilidades de participación, colaboración e integración a cambio de los cuidados, seguridad, protección y respeto necesarios en los momentos de mayor vulnerabilidad vital.

Palabras clave: envejecimiento activo, participación, integración, ciudadanos.

⁴³⁸ Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de G.C. Profesor Asociado de la Universidad de Las Palmas de G.C.- ESPAÑA. Email: vicenterivero79@gmail.com





Abstract: The increase in the longevity of the last decades, entails a change of paradigms in the attention and integration of individuals in their gradual aging.

In that vein, the active aging comes to cover the demands that this new role of the individual denotes, but also of the social community in which it is integrated, which requests the active participation in continuity with the exerted up to that moment or even higher.

Transfer knowledge, experiences, experiences; to collaborate, participate in public life, in the choice of policies and other living conditions in their community is answered by society through the permanent care, attention and respect that the community has toward their elders. This symbiosis is every day more evident with the increase in the numbers of citizens that exceed certain ages.

Therefore, it has been to interpret that the active aging is a form of access to a better quality of life of the individual as you get older, but it is also a social contribution between citizens and the state that offers these possibilities of participation, collaboration and integration in exchange for the care, safety, protection and respect that is required at the time of greatest vulnerability is vital.

Key Words: active aging, participation, integration, citizens

Resumo: O aumento da longevidade das últimas décadas, implica uma mudança de paradigmas na atenção e integração dos indivíduos em seu envelhecimento gradual.

Nesta linha, o envelhecimento ativo vem para atender às exigências que este novo papel do indivíduo denota, mas também os da comunidade social em que está integrado, que ele solicita-lhe uma participação ativa em continuidade com que exercido até aquele momento ou Ainda mais alto.

Para traduzir o conhecimento, experiências, experiência; Colaborar, participar na vida pública, a escolha de políticas e outras condições de vida em sua comunidade é respondida pela sociedade através do cuidado, cuidado e respeito permanente que a Comunidade tem para com os mais velhos. Esta simbiose está a tornar-se mais aparente todos os dias com o aumento do número de cidadãos que ultrapassam certas idades.

Por conseguinte, tem de ser interpretado que o envelhecimento activo é uma forma de aceder a uma melhor qualidade de vida do indivíduo à medida que envelhece, mas é também uma contribuição social recíproca entre os cidadãos e o estado que oferece a estas possibilidades de Participação, colaboração





e integração em troca de cuidados, segurança, proteção e respeito necessários em momentos de maior vulnerabilidade.

Palavras-chave: envelhecimento ativo, participação, integração, cidadãos.

INTRODUCCIÓN

En los años sesenta surge la idea de que para envejecer óptimamente hay que llevar a cabo pautas de actividad, incidiendo en su continuidad en la edad adulta y en la vejez. Fue entonces cuando se inicia un largo proceso para forjar el significado de la expresión “envejecimiento activo”. Concepto que en las últimas décadas ha ido adquiriendo una razonable entidad propia.

Así, podemos definir la expresión envejecimiento activo como el sistema que “busca fomentar la participación social y la salud de las personas, con el propósito de mejorar su calidad de vida conforme envejecen. El objetivo es preservar la salud mental, física y social de los individuos, al mantenerlos activos físicamente, pero también fomentando su participación social, económica y cultural en la comunidad, de acuerdo con sus intereses, necesidades y capacidades”⁴³⁹.

Hay que tener presente que el envejecimiento de la población plantea también cuestiones primordiales a los responsables políticos. Pues se parte de la idea que el envejecimiento de la población es, ante todo y sobre todo, “una historia del éxito de las políticas de salud pública, así como del desarrollo social y económico”⁴⁴⁰. Así, puede afirmarse que “el envejecimiento de la población es uno de los mayores triunfos de la humanidad y también uno de nuestros mayores desafíos”⁴⁴¹.

En esta línea, puede advertirse como los miembros de la comunidad social en su paulatino envejecimiento vienen exigiendo nuevas sistemáticas de atención a sus necesidades, pero también cómo estos “mayores” pueden llegar a generar un valor social reseñable que su comunidad aprecia, respeta e incentiva.

⁴³⁹ FAVELA VARA, J., CORNEJO GARCÍA, *et. all.*; *Envejecimiento saludable y productivo*, Editorial Alfil, México, 2013, p. 283.

⁴⁴⁰ HARLEM BRUDTLAN, G.; “Envejecimiento activo: un marco político”, (traducción de Pedro J. Regalado Doña), *Revista Española de Geriatria Gerontológica*, número 37, Madrid, 2002, p. 75.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 75.





En los países del entorno europeo y americano parten del ideal en el que las personas de edad avanzada ofrecen valiosos recursos y realizan una inestimable contribución a su comunidad social, constituyendo la base argumental de este artículo, por cuanto estas contribuciones que cada vez serán o deberán ser más comunes en nuestras sociedades.

EL PARADIGMA DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

El denominado envejecimiento activo representa en el ámbito de la contribución social todo un descubrimiento. Pues no cabe duda que “el envejecimiento activo representa, aborda y nos descubre valores sociales necesarios en la actualidad, como autonomía personal, independencia, participación, solidaridad intergeneracional, convivencia, tolerancia, ciudadanía, diálogo, compartir”⁴⁴².

La simbiosis entre la persona que envejece y la comunidad social a la que pertenece reside en que la capacidad de aprender no envejece, los seres humanos podemos adquirir conocimientos casi constantemente en toda nuestra vida y aplicarlos de alguna manera a nuestra cotidianidad⁴⁴³. Por ello, con el envejecimiento activo se pretende mantener viva esta sistemática mental del aprendizaje formal e informal continuo, los individuos deben plantearse seguir con la mente abierta a adquirir nuevos conocimientos casi cada día, aceptar nuevas situaciones para con ello, incentivar la actividad mental cotidiana y constantemente. Está demostrado que con la experiencia vivida no se adormece la mente, los mayores más activos mentalmente son los más vitales y rejuvenecen con sus actividades cotidianas novedosas y participativas.

Teniendo en cuenta que aprender es incorporar algo nuevo, cambiar una idea o pensamiento, modificar aptitudes y actitudes, valores, hábitos, etc... Podemos afirmar que mediante el aprendizaje cotidiano, nos adaptamos al

⁴⁴² LIMÓN MENDIZÁBAL, M.R.; “El envejecimiento activo”, *Revista Crítica La reflexión calmada desenreda nudos*, 2015, p. 1. Artículo publicado el 10 de septiembre de 2015 (visitado el día 5 de octubre de 2017). Disponible en web: <http://www.revista-critica.es/2015/09/10/el-envejecimiento-activo/>

⁴⁴³ YUNI, J.A. y URBANO, C.A.; *Envejecer aprendiendo: claves para un envejecimiento activo*, Brujas, Argentina, 2016, p. 11. “Ya en la década de los 80 del siglo pasado se comenzó a plantear dentro del campo gerontológico una disciplina especializada en las dimensiones educativas del proceso de envejecimiento a nivel social e individual”.





medio. De este modo, poder aplicar estas máximas del aprendizaje al envejecimiento activo puede conseguir que el individuo incentive sus capacidades, su curiosidad, su sistema de planteamientos vitales, lo que le permite estar atento y buscar nuevas formas de valorar su vida y llenar su espíritu⁴⁴⁴.

En este sentido, “aprender es un proceso de acomodación a las necesidades actuales que son reinterpretadas a partir de la “experiencia” y “la madurez”. Aprender es la acción de exploración de potencialidades y capacidades aún no conocidas o ejercitadas y como un proceso de auto-descubrimiento que propicia una renovación, un renacer intelectual y espiritual. Aprender es descubrir/se y trazarse nuevas metas que sostengan el proyecto vital”⁴⁴⁵.

Una fórmula para entender el envejecimiento activo la encontramos en el denominado paradigma del envejecimiento. Así, según este paradigma, “el envejecimiento activo no solamente beneficia a las personas mayores, sino a todos los ciudadanos. Ayuda a las personas mayores a mantener a largo plazo, su independencia y autonomía pudiendo ser, durante más tiempo, un gran potencial humano para la sociedad. Pero también porque construye una sociedad en la que los valores y derechos de las personas se hacen más posibles para todos”⁴⁴⁶.

Por su parte, teniendo en cuenta los datos anteriormente indicados, la Organización Mundial de la Salud apoya totalmente este tesis y sostiene que “los países podrán afrontar el envejecimiento si los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil, promulgan políticas y programas de envejecimiento activo que mejoren la salud, la participación y la seguridad de los ciudadanos de mayor edad. Así pues, ha llegado el momento de hacer planes y actuar”⁴⁴⁷.

No cabe duda que una gestión inteligente por parte del Estado en materia de envejecimiento activo, pasaría por implementar políticas públicas que promocionen y estimulen a los ciudadanos, familias, entidades públicas y privadas, entre otros, a realizar y colaborar campañas y desarrollos estratégicos que

⁴⁴⁴ ESCOTORÍN, P. y ROCHE, R.; *Cómo y por qué prosocializar la atención sanitaria. Reflexiones, desafíos y propuestas*, Fundación Universitaria Martí L'humá, Barcelona, 2011, p. 8.

⁴⁴⁵ YUNI, J.A. y URBANO, C.A.; *Envejecer aprendiendo: claves para un envejecimiento activo*, cit., p. 98.

⁴⁴⁶ LIMÓN MENDIZÁBAL, M.R.; “El envejecimiento activo”, cit., p. 1.

⁴⁴⁷ OMS(Organización Mundial de la Salud); *Plan de acción internacional sobre envejecimiento: informe sobre su ejecución*, A58/19, Ginebra, 2005, p. 2.





posibiliten el acceso de nuestros mayores a un nivel de acciones y propuestas en las cuales ellos sean partícipes y artífices de su propio futuro, buscando un verdadero “envejecimiento activo” individual y social que beneficie a todos los implicados.

LAS GARANTÍAS SUBSISTENCIALES DEL ENVEJECIMIENTO ACTIVO COMO RETO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Desde un punto de vista antropológico, “a lo largo de la historia, los seres humanos han construido interpretaciones de su tránsito por la tierra necesariamente dicotómicas e idealistas, cuyo último sentido residía en oponer un pensamiento “positivo” a la cruda realidad en la que se desenvuelve la vida”⁴⁴⁸.

Una de las formas de hacer realidad ese pensamiento que se califica de idealista es el denominado envejecimiento activo. Aplicando pensamiento positivo a los sucesos y actitudes de la vida. Por lo cual, hacer realidad un sistema de envejecimiento activo individual es un proceso real y hacer realidad un sistema de envejecimiento activo colectivo o social es además de real, constatable.

En este sentido, el envejecimiento activo se constituye en un proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad del individuo o individuos, con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que envejecen⁴⁴⁹. Pero, hay que tener presente que esta definición “se aplica tanto a los individuos como a los grupos de población”⁴⁵⁰. Con este sistema integrado y colectivo de envejecimiento, se permite a las personas mantener su potencial de bienestar físico, social y mental al tiempo que participa en la sociedad de acuerdo con sus necesidades, deseos y capacidades, mientras que

⁴⁴⁸ MARTÍNEZ PÉREZ, A.; “El pensamiento positivo”, AAVV. J. Giró Miranda (coord.), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2006, p. 113.

⁴⁴⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, M. y GARCÍA RAMÍREZ, M.; “La autopercepción de la salud y el bienestar psicológico como indicador de calidad de vida percibida en la vejez”, *Revista de psicología de la salud*, número 6, Madrid, 1994, pp. 66-68.

⁴⁵⁰ HARLEM BRUDTLAN, G.; “Envejecimiento activo: un marco político”, *cit.*, p. 75.





la comunidad le proporciona protección, seguridad y cuidados adecuados, una reciprocidad simbiótica⁴⁵¹.

En un marco de envejecimiento activo, las políticas y los programas que promueven las relaciones entre la salud mental y social son tan importantes como los que mejoran las condiciones de salud física. La salud es fuente de vida y de calidad de vida. Por ello, la Organización Mundial de la Salud define el término salud como bienestar físico, mental y social⁴⁵². En este sentido, puede afirmarse que en un marco de envejecimiento activo, las políticas y los programas públicos deben promover la salud mental y social, por constituir ambas, base de unas condiciones óptimas de salud física.

Así, la expresión envejecimiento activo hace referencia a una participación continua en las cuestiones sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas⁴⁵³. Una acción permanente de integración en la sociedad que evoluciona pero no le deja atrás, la comunidad cuenta con el individuo en su envejecimiento natural como indudable valor de la misma. En este sentido, el término activo hace clara referencia a la capacidad para estar físicamente activo o participar en diferentes acciones y tareas⁴⁵⁴.

Poder mantener la autonomía y la independencia a medida que se envejece debe ser un objetivo primordial tanto para los individuos como para los responsables políticos. Además, el envejecimiento como acción natural, tiene lugar dentro del contexto social y comunitario, siendo perfectamente constatable. Por ello, “la interdependencia y la solidaridad intergeneracional (dar y recibir de manera recíproca entre individuos, así como entre generaciones de viejos y de jóvenes) son principios importantes del envejecimiento activo”⁴⁵⁵.

El niño de ayer es el adulto de hoy y será la abuela o el abuelo de mañana.

⁴⁵¹ SALMERÓN AROCA, J.A., MARTÍNEZ DE MIGUEL, S y ESCARBAJAL DE HARO, A.; *Véjex, mujer y educación: un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 71 y ss.

⁴⁵² OMS(Organización Mundial de la Salud); *Plan de acción internacional sobre envejecimiento: informe sobre su ejecución, cit.*, p. 1.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁵⁴ BOWLING, A. e ILLIFE, S.; “Psychological approach to successful ageing predicts future quality of life in older adults”, *Health and Quality of life Outcomes*, número 9, 2011, pp. 13-14.

⁴⁵⁵ HARLEM BRUDTLAN, G.; “Envejecimiento activo: un marco político”, *cit.*, p. 79.





La calidad de vida que disfrutarán como abuelos dependerá de los riesgos y las oportunidades que experimenten a través de toda su vida, así como de la forma en que las generaciones sucesivas proporcionen ayuda y soporte mutuos cuando sean necesarios.

El término “envejecimiento activo” nace con la intención de transmitir un mensaje más completo que el que proporciona el “envejecimiento saludable” y reconocer los factores que junto a la atención sanitaria afectan a la manera de envejecer de los individuos y las poblaciones⁴⁵⁶.

Hay que añadir por su importancia y relevancia que el planteamiento del envejecimiento activo se basa en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores y en los principios reconocidos por las Naciones Unidas, como los de independencia, participación, dignidad, asistencia y realización de los propios deseos⁴⁵⁷. Y que para una mayor garantía de ese reconocimiento, existen tres criterios básicos para que la dimensión instrumental sea efectiva. Así, se establece la no discriminación, la progresividad y la participación, como fuentes de garantía de los derechos humanos de las personas mayores. De acuerdo a distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, se entenderá por discriminación de las personas mayores “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales”⁴⁵⁸.

Se cambia con ello, el sustrato sociocultural que contempla a las personas mayores como objetivos pasivos en la sociedad a otra idea basada en derechos y obligaciones de recibir y atender pero también, de participar y adquirir mutua y recíprocamente valores que definen a la humanidad. Con ello, se reconocen los derechos de las personas mayores a la igualdad de oportunidades y de trato en todos los aspectos de la vida a medida que

⁴⁵⁶ KALACHE A. y KELLER, I.; *The greying world: a challenge for the 21st century*, Science Progress, 2000, pp. 33-54.

⁴⁵⁷ VÁZQUEZ, J.; “Discriminación y violencia en la vejez: mecanismos legales e instrumentos internacionales para la protección de los derechos en la edad avanzada”, documento preparado para la Reunión de Expertos sobre Envejecimiento – II Foro Centroamericano y del Caribe sobre Políticas para Adultos Mayores, , 10 al 12 de noviembre, San Salvador, 2004.

⁴⁵⁸ LIRIO CASTRO, J., ALONSO GONZÁLEZ, D. y HERRANZ AGUAYO, I.; *Envejecer participando: el proyecto “entre mayores”. Una experiencia de investigación-acción*, Miño y Dávila, Argentina, 2010, pp. 26-29.





envejecen. Y respalda su responsabilidad para ejercer su participación en el proceso político y en otros aspectos de la vida comunitaria⁴⁵⁹.

Un acercamiento al envejecimiento activo desde el ciclo vital natural que significa en sí mismo el envejecimiento, lleva implícito reconocer que las personas mayores no son un grupo homogéneo y que la diversidad del individuo tiende a aumentar con la edad. Por ello, las intervenciones que crean ambientes de ayuda y que fomentan opciones saludables son importantes en todas las etapas de la vida⁴⁶⁰.

Cada vez es más amplio el número de personas de mayor edad, es una estadística que todos los países constatan, el aumento de la longevidad que han permitido los avances tecnológicos y farmacológicos. Lo que nos lleva a la clara conclusión de que solo favoreciendo una total integración de la sociedad con el grupo de mayor edad y viceversa, pueden alimentarse mutuamente de conocimientos y experiencias y puede hacerse de esa longevidad un escenario óptimo de relaciones, aprendizaje, socialización y culturización común.

Como último apunte y no por ello menos interesante resulta la propuesta de Úrsula Lehr dentro de su investigación de los factores determinantes de la longevidad y su contribución al bienestar psicosocial, donde señala que no solamente influyen factores genéticos, biológicos, sino también otros factores como los ecológicos, la nutrición, la actividad física, el deporte, la higiene, la atención médica preventiva, los intereses, la actividad, la adaptación, entre otros⁴⁶¹. Incluso, en las últimas investigaciones respecto al tema que nos ocupa, varios autores añaden el facto humor y que aquí hemos querido acompañar como novedad que nos satisface sobremanera. Pues en este sentido, “la pedagogía del humor en la actividad profesional y en la vida cotidiana debe siempre estar presente, siendo incluso, necesaria su incorporación al currículum universitario, además de formar parte del aprendizaje a lo largo de la vida”⁴⁶².

El humor atrae a la risa y la relajación propia del acto mismo influye en la capacidad psicológica del individuo para sobrellevar determinados procesos

⁴⁵⁹ HARLEM BRUDTLAN, G.; “Envejecimiento activo: un marco político”, *cit.*, p. 79.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁴⁶¹ LEHR, U.; *La longevidad, un reto para el individuo y la sociedad*. IMSERSO, en Foro de la Sociedad Civil sobre Envejecimiento, celebrado en León, noviembre 2007, Madrid.

⁴⁶² FERNÁNDEZ, J.D. y LIMÓN, M.R., *El arte de envejecer con humor*, Algibe, Málaga, 2012, p. 22.





vitales. Por ello, por su importancia se constata que en los últimos tiempos se están potenciando en distintos espacios para mayores, talleres y actividades vinculados al desarrollo de este área concreta del humor. Así se entiende que dentro de las diferentes terapias y sistemas que colaboren a mejorar el nivel de calidad de vida de nuestros mayores, el humor ha de participar en las diferentes fases y proyectos que implementen las políticas públicas en el desarrollo del envejecimiento activo de su población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOWLING, A. y ILLIFE, S.; “Psychological approach to successful ageing predicts future quality of life in older adults”, *Health and Quality of life Outcomes*, número 9, 2011.

ESCOTORÍN, P. y ROCHE, R.; *Cómo y por qué prosocializar la atención sanitaria. Reflexiones, desafíos y propuestas*, Fundación Universitaria Martí L’humá, Barcelona, 2011.

FAVELA VARA, J., CORNEJO GARCÍA, et. all.; *Envejecimiento saludable y productivo*, Editorial Alfil, México, 2013.

FERNÁNDEZ, J.D. y LIMÓN, M.R., *El arte de envejecer con humor*, Algibe, Málaga, 2012.

HARLEM BRUDTLAN, G.; “Envejecimiento activo: un marco político”, (traducción de Pedro J. Regalado Doña), *Revista Española de Geriatria Gerontológica*, número 37, Madrid, 2002.

KALACHE A. y KELLER, I.; *The greying world: a challenge for the 21st century*, Science Progress, 2000.

LEHR, U.; “La longevidad, un reto para el individuo y la sociedad”. IMSERSO, en Foro de la *Sociedad Civil sobre Envejecimiento, celebrado en León*, noviembre, Madrid, 2007.

LIMÓN MENDIZÁBAL, M.R.; “El envejecimiento activo”, *Revista Crítica La reflexión calmada desenreda nudos*, 2015.

LIRIO CASTRO, J., ALONSO GONZÁLEZ, D. y HERRANZ AGUAYO, I.; *Envejecer participando: el proyecto “entre mayores”*. Una experiencia de investigación-acción, Miño y Davila, Argentina, 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, M. y GARCÍA RAMÍREZ, M.; “La autopercepción de la salud y el bienestar psicológico como indicador de calidad de vida percibida en la vejez”, *Revista de psicología de la salud*, número 6, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ PÉREZ, A.; “El pensamiento positivo”, AAVV. J. Giró Miranda (coord.), *Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo*, Universidad de la Rioja, La Rioja, 2006.

OMS(Organización Mundial de la Salud); *Plan de acción internacional sobre envejecimiento: informe sobre su ejecución*, A58/19, Ginebra, 2005.





SALMERÓN AROCA, J.A., MARTÍNEZ DE MIGUEL, S y ESCARBAJAL DE HARO, A.; *Véjez, mujer y educación: un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Dykinson, Madrid, 2014.

VÁZQUEZ, J.; “Discriminación y violencia en la vejez: mecanismos legales e instrumentos internacionales para la protección de los derechos en la edad avanzada”, documento preparado para la Reunión de Expertos sobre Envejecimiento – II Foro Centroamericano y del Caribe sobre Políticas para Adultos Mayores, , 10 al 12 de noviembre, San Salvador, 2004.

YUNI, J.A. y URBANO, C.A.; *Envejecer aprendiendo: claves para un envejecimiento activo*, Brujas, Argentina, 2016.







LAR DE IDOSOS – LUGAR DE VIDA E DE HUMANITUDE

Joana Guedes

Professora Auxiliar (Instituto Superior de Serviço Social do Porto)
Investigador integrado – CLISSIS – Centro Lusíada de Investigação em Serviço
Social e Intervenção Social

Sara Melo

Professora Auxiliar (Instituto Superior de Serviço Social do Porto)
Investigador integrado – Instituto de Sociologia da Universidade do Porto

Resumo: Em Portugal, os lares de idosos continuam a ser uma das respostas sociais que mais tem crescido para atender aos desafios de uma sociedade envelhecida e às vulnerabilidades associadas ao avançar da idade. Analisar os preditores de institucionalização obriga-nos a prestar especial atenção a variáveis como a idade, o género, a ausência de cuidador, a prevalência de doenças e a diminuição da capacidade funcional e cognitiva, entre outros. Em suma, na base do processo de institucionalização verifica-se uma perda de autonomia e uma vulnerabilidade crescente que se reforça com o evoluir do tempo de institucionalização.

Procurando desenvolver uma reflexão crítica acerca do funcionamento destas organizações, pretende-se fazer apelo aos contributos da gerontologia crítica e da filosofia da humanidade para a construção destes espaços, enquanto lugares de vida e de identidade. Por outras palavras, pretende-se refletir sobre práticas sociais transformadoras que fomentem a participação e a autoafirmação dos indivíduos, à medida que envelhecem, e que convoquem regras de arte do cuidar e os pilares da humanidade para a profissionalização da relação de cuidado.

Palavras-chave: Lar de Idosos, Gerontologia Crítica, Lugar de vida, Humanitude





1. DO PORQUÊ DOS LARES E DO SEU CRESCIMENTO

Não podemos deixar de reconhecer que vivemos numa sociedade longevital, apesar das significativas diferenças na distribuição mundial dos ganhos em termos de esperança de vida. Se considerarmos as diferenças, em termos de esperança média de vida em Portugal, desde a década de 60 até ao ano de 2015, a conquista de anos à vida tem sido notável. Os homens viviam, em média, até aos 61,1 anos, podendo esperar viver em 2015, 78,1 anos. Já as mulheres viviam, em média, 66,7 anos e esperam agora viver 84,3 anos. Ultrapassamos até a média da União Europeia que prevê, em média, 77,9 anos para os Homens e 83,3 para as Mulheres (PORDATA, 2015). Contudo, essa conquista de anos não se tem traduzido em anos de vida saudável. Se atendermos à média europeia, homens e mulheres esperam viver em média, depois dos 65 anos, 9,4 anos. Em Portugal, os homens podem esperar viver, depois dos 65 anos, 7 anos de vida saudável, ao passo que as mulheres apenas contam viver 5,4 anos com saúde (PORDATA, 2015). Vive-se mais mas de forma menos saudável, o que nos precipita para estados precoces de maior fragilidade. O risco acrescido de incapacidades várias, quer no plano funcional, quer cognitivo, faz-nos pensar na forma como vamos cuidar das gerações mais velhas. Essa fragilidade acrescida, associada ao declínio de fatores biológicos, psicológicos e sociais, pode comprometer a capacidade da pessoa viver de forma independente, transformando o ingresso num lar para pessoas idosas como a solução possível.

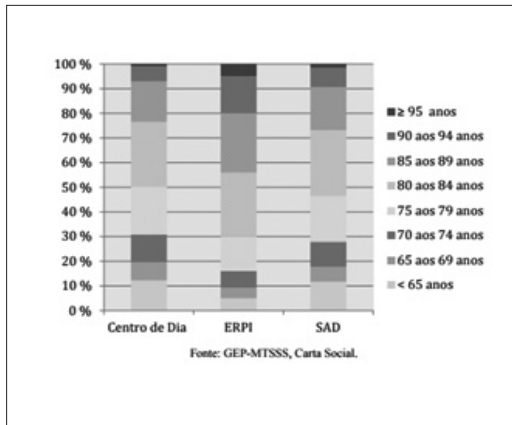
Como podemos ver no gráfico abaixo apresentado, a percentagem dos jovens-idosos a viver em ERPI (Estrutura Residencial para Pessoas Idosas) tem menos expressividade comparativamente com as respostas Centro de Dia ou Serviço de Apoio Domiciliário. O público-alvo da resposta ERPI é composto maioritariamente (84 %) por idosos com 75 ou mais anos, sendo que os utentes com idade igual ou superior a 95 anos representavam 5 % mais do que nas respostas de SAD e Centro de Dia (CARTA SOCIAL, 2015). Por outro lado, verificamos que são os idosos grandes dependentes ou dependentes os que mais estão representados em ERPI. Os autónomos estão bastante menos representados, quando comparamos com as respostas de SAD e Centro de Dia. Esta informação, retirada da Carta Social (2015), reforça-nos a ideia de vulnerabilidade associada à vivência em lar.

Se atendermos aos preditores de institucionalização, identificados por Pinto (2015) através da análise de investigações longitudinais, parece existir uma relação positiva entre a probabilidade de institucionalização e a idade



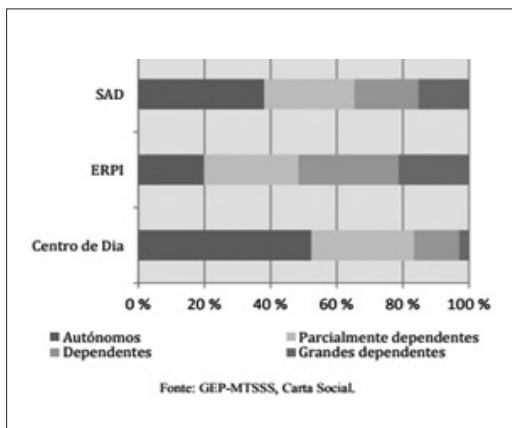


Distribuição percentual dos utentes em respostas sociais para as Pessoas Idosas por escalão etário, Continente - 2015



de um indivíduo. Por outro lado, o comprometimento cognitivo e/ou funcional, associado à menor participação nas atividades da vida diária são apontados como condições de maior vulnerabilidade para a institucionalização. O estado civil parece igualmente desempenhar um papel fundamental, apresentando-se frequentemente em situação de desvantagem quem nunca foi casado ou é divorciado. O facto de viver sozinho aumenta também significativamente o risco de institucionalização.

Distribuição percentual dos utentes em respostas para as Pessoas Idosas, por graus de dependência, Continente, 2015



Destacam-se diferenças de género marcantes entre homens e mulheres, relativas ao risco acrescido de ingressar num lar, que poderão ser explicadas quer pela esperança de vida, quer pelo facto de as mulheres apresentarem uma menor propensão para voltar a casar depois da perda do cônjuge, aumentando a probabilidade das mulheres idosas viverem sós.

Foram apontados, ainda, como fatores associados à admissão em instituições de longa permanência, a ausência de cuidador formal ou



informal e a prevalência de algumas doenças que conduzem os sujeitos à perda de autonomia funcional e consequente limitação na realização das atividades da vida diária.

Fatores de risco para a institucionalização de pessoas idosas, <i>identificados em investigações longitudinais:</i>	
Um aumento da idade	Tomiak, Berthelot, Guimond, e Mustard, 2000; Moris, 1988; Weissert, 1989; Abraham, 1994; Freedman, 1994; Klein, 1994; Severson, 1994; Metzger, 1997; Vernooi, 1997]
Menor função cognitiva e demência	Bharucha, Pandav, Shen, Dodge e Ganquill, 2004; Tomiak, Berthelot, Guimond e Mustard, 2000]
Menor participação nas atividades de vida diárias, menor capacidade funcional física	Angei, Angei, Aranda e Miles, 2004; Bharucha, Pandav, Shen, Dodge, e Ganquill, 2004
Sexo feminino	Jagger, Spiers e Clarke, 1993; Moris, 1988; Weissert, 1989; Abraham, 1994; Freedman, 1994; Klein, 1994; Severson, 1994; Metzger, 1997; Vernooi, 1997
Não ser casado ou morar sozinho	Hays, Pieper e Purser, 2003
Ausência de cuidador formal ou informal	Boaz e Muller, 1994; Tsuji, Whalen e Finucane, 1995
Maior número de doenças e lesões	Franzen, Woodward, Norton, Robinson, Butler e Campbell, 2002; Tomiak, Berthelot, Guimond e Mustard, 2000

(Pinto, 2013)

A propósito, ainda, da entrada em lar, Barenys relata-nos alguns sinais de perda de autonomia que vão indiciando a necessidade de “entregar” os idosos ao cuidado destas instituições. De entre esses destacam-se a perda de autonomia, na seqüência de doença ou acidente, implicando a necessidade de assistência mais assídua. Nestas situações, são frequentes as quedas, as intervenções cirúrgicas, ou até o agravamento de um estado de doença já existente (BARENYS, 1990).

É possível apontar a morte do cônjuge associada ao medo de estar só e não ter ninguém para acudir num momento de aflição, e a situação em que ocorre uma queda ou surge uma doença, como as circunstâncias que precedem habitualmente a institucionalização (SOUSA, FIGUEIREDO e CERQUEIRA, 2004).

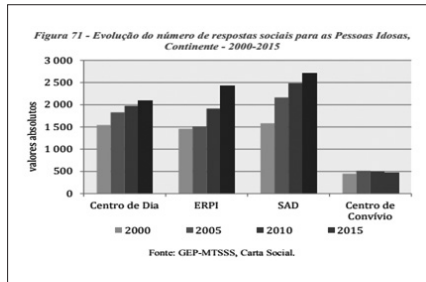
Tomando como referência um estudo realizado por Guedes (2012), acerca do impacto da institucionalização na identidade das pessoas mais velhas, podemos destacar a perda de cônjuge, a solidão, a doença e deterioração física e/ou mental, a perda ou degradação habitacional e os desentendimentos familiares e/ou indisponibilidade da família para cuidar como os motivos que estiveram na base do internamento em lar. Assinalando convergências com as conclusões de diferentes estudos ao nível de fatores determinantes para a institucionalização, Pinto (2013) obteve respostas que se dividiram entre as dificuldades



em providenciar o autocuidado (33,3%), fruto de doenças ou incapacidades, a indisponibilidade manifestada pelos familiares em proverem esse cuidado (31%) e o sentirem-se sós (16,7%).

Em síntese, considerando os motivos que estão na base do internamento em lar, facilmente verificamos que eles implicaram a diminuição das capacidades dos indivíduos, ou seja, a sua perda de autonomia, seja funcional, cognitiva, económica, emocional, familiar. A própria palavra *perda* transporta-nos para a ideia de privação, neste caso, privação da vivência de um mundo que para muitos conferia maior estabilidade emocional, liberdade, emancipação, independência. Não obstante, o lar continua a ser uma resposta imprescindível e necessária para pessoas idosas que requerem maior cuidado, para as quais as respostas de centro de dia ou SAD não são suficientes. Não podemos deixar de enunciar que “...diversas mudanças societárias provocaram uma reorganização da estrutura familiar, levando a que não seja capaz de assegurar a cada membro as funções que tradicionalmente lhe cabiam, nomeadamente, resolver os problemas que hoje se colocam aos idosos” (PINTO, 2013, p.5). O modo de vida urbano, característico das sociedades industriais, contribuiu para favorecer a predominância da família nuclear; generaliza-se o trabalho feminino assalariado, com a massificação das mulheres no sistema escolar; alarga-se o espaço económico e de mobilidade geográfica, na sequência do surgimento de empresas transnacionais de avultados capitais que favorecem a mobilidade geográfica e um forte dinamismo espacial; emergem novos mecanismos de capitalização económica, sistemas de reforma, seguros de doença e de morte, que facilitam a autonomização dos membros da família; assiste-se a uma reconfiguração da estrutura familiar que dá origem a novas formas familiares e conjugais. Em suma, estes fenómenos fazem com que a família passe a delegar em instituições especializadas as tarefas de socialização e cuidado dos mais velhos que outrora lhe cabiam. Surgem instituições e profissionais especialmente dedicados à gestão da velhice (FERNANDES, 1997, 2008).

Dados retirados da Carta Social revelam que a evolução do número das principais respostas que visam o apoio à população idosa registou, entre 2000 e 2015, um desenvolvimento muito positivo (57 %), sobretudo as respostas SAD (71 %) e ERPI (66 %) (CARTA SOCIAL, 2015), mostrando que os lares continuam a cumprir com um papel e uma função que as outras respostas não alcançam.



Seja por vontade própria, seja porque o lar se impõe como um “mal necessário”, ele coloca ao sujeito desafios adaptativos consideráveis. Assim sendo, importa refletir sobre as condições que os lares proporcionam para a preservação da identidade e da dignidade das pessoas mais velhas.

2. GERONTOLOGIA CRÍTICA E FILOSOFIA DA HUMANIDADE

Impõe-se a questão acerca de como construir respostas sociais que contrariem o isolamento e se preparem adequadamente para os múltiplos desafios que caracterizam o processo de envelhecimento. Como transformar lares para idosos, mais recentemente designados de Estruturas Residenciais para Pessoas Idosas, em lugares de vida, de identidade e de humanidade? Que soluções encontrar quando a resiliência funcional e cognitiva fica comprometida? Como garantir experiências aos mais velhos que lhes permitam sentir-se estimulados, acompanhados e acarinhados? Como é que as instituições sociais, através das suas práticas e das interações que fomentam, asseguram o reconhecimento da dignidade inerente ao ser humano?

A resposta a estas questões obriga a refletir sobre o que está por trás de formas de intervir pouco pensadas e rotinizadas, não raras vezes assentes numa conceção altamente desvalorizada das pessoas idosas. Assegurar a prática da vigilância e autorreflexividade permanente para pensar criticamente a qualidade das estruturas residenciais para pessoas idosas, obriga a convocarmos contributos teóricos que orientem as nossas práticas e a nossa observação.

De facto, até aos anos 60, as conceções dominantes sobre a velhice eram de natureza pseudouniversais, tratando-a como um fenómeno homogéneo, e centravam-se em conceitos como desligamento e atividade. Apagavam-se as diferenças e ignorava-se o efeito das estruturas e sistemas sociais na origem das desigualdades sociais.

Contrariando as conceções dominantes, Phillipson (2000) procura abordar a emergência e desenvolvimento da gerontologia crítica, identificando três correntes teóricas que, desde os anos 90, têm contribuído para a sua construção. De acordo com a sua perspetiva, os elementos críticos desta abordagem provêm de





três áreas: (1) economia política – abordando a problemática das desigualdades sociais, ligadas à questão da idade e aos constrangimentos e divisões que surgem associados à classe, gênero e etnicidade; (2) perspectiva humanista – que se vai centrar na questão da existência humana e do sentido da vida para os idosos; nas dúvidas e fragilidades que esta fase da vida comporta e que dominam as rotinas e as relações e (3) perspectiva biográfico/narrativa – salientando a imagem do idoso enquanto sujeito que subjetivamente constrói o seu “eu”, a sua identidade, através da interação com os outros, ao longo do curso de vida.

O autor tenta colocar-nos em condições de entender uma perspectiva crítica em termos de “*empowerment*”, sendo que esta noção está obviamente associada ao reforço das capacidades e à conquista de poder por parte das pessoas e grupos socialmente desfavorecidos ou vulneráveis (PHILLIPSON,2000). A gerontologia crítica toma em linha de conta a experiência humana e subjetiva, veicula uma noção de envelhecimento como uma “experiência vivida”, que deve implicar um diálogo entre pessoa idosa e os outros.

Trazer a subjetividade humana para o estudo do envelhecimento, permitiu salientar o interesse das perspectivas biográficas e atender à reflexividade do indivíduo, isto é, à maneira como os indivíduos influenciam o mundo à sua volta e, por sua vez, modificam os seus comportamentos em resposta à informação desse mundo. As histórias dos sujeitos, expressando significados de vidas particulares, podem ir sendo reconstruídas, alteradas, dotadas de novos significados, de acordo com as suas necessidades (GUEDES, 2007). Com efeito, quando pensamos na vida em lar de idosos, impõem-se novas e transformadoras práticas sociais que facilitem e estimulem a emancipação e a autoafirmação dos indivíduos que envelhecem (FRAGOSO, 2016).

Estas práticas emancipadoras funcionariam como estratégia compensadora das múltiplas fragilidades que caracterizam o processo de entrada em lar de idosos. E se os motivos que conduzem à institucionalização remetem para perdas e fragilidade, quando analisamos as características das pessoas idosas que residem em lar (NEVES, 2012) ficamos com a convicção reforçada acerca da sua fragilidade social e de saúde.

O indivíduo entra na sequência de um conjunto de perdas e vive com elevado nível de fragilidade. Ora, esta fragilidade, e as representações negativas a ela associadas, conduzem, não raras vezes, ao desenvolvimento de visões e práticas assistencialistas que reforçam a reprodução de uma visibilidade social deteriorada associada às pessoas idosas, ao invés de as entendermos como protagonistas e sujeitos sociais no exercício pleno da cidadania. A gerontologia





crítica pretende, assim, questionar as práticas, desconstruir as certezas instaladas e cristalizadas no tempo, podendo ser desconcertante e provocadora, porquanto põe em causa os modos de atuação e reflexão em gerontologia, as fragilidades dos conceitos e práticas generalizadas em relação ao processo de envelhecimento (FRAGOSO, 2016).

Características mais comuns dos idosos institucionalizados (Naves, 2012)	
Faixa etária acima dos 75 anos de idade	Aquino-Tomes et al., 2001; Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Carvalho, 2009; Carvalho e Dias, 2011; Barros, 2011; Robinson et al., 2011; Del Duca et al., 2012.
Sexo feminino	Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Pavan et al., 2008; Luk et al., 2009; Caraga, 2009; Barros, 2011; Del Duca et al., 2012; Ribeiro in Paul e Ribeiro, 2012.
Solteiros ou viúvos, vivendo sós antes da institucionalização	Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Barros, 2011; Del Duca et al., 2012.
Baixa escolaridade	Guarari et al., 2008; Menezes et al., 2011.
Polimedicados	Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Menezes et al., 2011.
Presença de pelo menos uma das síndromes conhecidas como "Gigantes da Geriatria", nomeadamente, imobilidade, instabilidade, incontinência e perdas cognitivas	Aquino-Tomes et al., 2001; Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Guarari et al., 2008; Robinson et al., 2011; Menezes, 2012.
Presença de uma ou mais doenças crónico-degenerativas	Aquino-Tomes et al., 2001; Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Robinson et al., 2011; Menezes, 2012.
Presença de depressão leve ou severa	Aquino-Tomes et al., 2001; Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Sutsu, 2012.
Presença de alguma dependência na realização das AVD's	Aquino-Tomes et al., 2001; Som e Boechat in Freitas et al., 2006; Carvalho e Dias, 2011; Robinson et al., 2011; Del Duca et al., 2012; Menezes, 2012.
Hospitalização recente	Menezes, 2012.

Refletir, pois, sobre o cuidar gerontológico obriga a equacionar uma parceria entre todas as pessoas suscetíveis de ajudar aqueles de quem cuidamos, sejam diretores de estabelecimentos, prestadores de cuidados, psicólogos, voluntários, famílias... a manter ou melhorar o seu bem-estar e a sua qualidade de vida. Neste sentido, a filosofia da humanidade constitui uma reflexão sobre um conjunto de características que os homens possuem e desenvolvem em relação uns com ou outros, sobre o que permite a cada homem reconhecer os outros homens como semelhantes (GINESTE & PELLISSIER, 2008).

Segundo esta filosofia, as trocas de olhares, de palavras, de toques, de sorrisos permitem aos indivíduos viverem e desenvolverem-se na sociedade dos Homens. Contudo, perante pessoas fragilizadas pela doença, nem sempre os cuidadores desenvolvem estes pilares de humanidade: o olhar; a palavra; o toque e a verticalidade. Por este motivo, impõe-se a profissionalização destes grandes pilares, transformando-os em procedimentos técnicos e com intencionalidade para manter ou reatar os laços da humanidade danificados (SALGUEIRO, 2014). No quadro abaixo apresentado caracterizam-se um pouco estes quatro pilares do cuidar em Humanidade.



Olhar →	Axial Horizontal Longo Próximo	No mesmo eixo Ao mesmo nível Sustentado Sem ser invasivo
Palavra →	Frequente Melodiosa Doce Palavras positivas	Nomear a pessoa. Colocar palavras nas ações: anunciar, descrever os gestos... Semelhante a uma toada de embalar. Suave, tom grave, relaxante. Cuidar, ajudar... Evitar palavras que despertem lembranças de emoções desagradáveis
Toque →	Amplo Doce Lento Acariciado	Longo, palmar Suave, deslizante Prazeroso Semelhante a uma carícia Toque ternura
Verticalidade →	Utilizar/estimular as capacidades da pessoa, por mínimas que sejam	Viver e Morrer de Pé!

(SALGUEIRO, 2014)

Esta filosofia, bem como a Metodologia de Cuidados Gineste-Marescotti ou, simplesmente, metodologia humanidade, foram elaboradas ao longo de vinte e seis anos de pesquisa e trabalho diário em instituições e serviços de assistência ao domicílio por Yves Gineste e Rosette Marescotti, com o intuito de profissionalizar a relação de cuidado assente em ligações de humanidade que nunca provoquem uma redução ou uma destruição das faculdades fundamentais dos seres humanos (GINESTE & PELLISSIER, 2008).

3. O LAR DE IDOSOS COMO LUGAR DE VIDA

Para compensar as múltiplas vulnerabilidades dos idosos que estão na origem da entrada em lar de idosos (preditores de institucionalização) e que se agudizam na vivência quotidiana das instituições, as estruturas residenciais têm que tornar-se em lugares de vida, onde se respeite a dignidade da pessoa idosa e se prestem cuidados humanizados e adaptados às necessidades. A participação neste novo contexto socializador, que impõe uma vida coletiva na





maioria dos casos não desejada, traduz-se, muitas vezes, numa ameaça à singularidade e reconhecimento de cada um: a Identidade fica abalada, sobretudo à medida que escasseiam oportunidades de autoafirmação, podendo conduzir os indivíduos a uma situação de morte social (GUEDES, 2012).

Visando chamar a atenção para um conjunto de regras de arte inerentes à gerontologia moderna que assentam em valores, direitos e regras éticas do cuidar e da intervenção, Salgueiro (2014) elenca um conjunto de princípios fundamentais:

- *Negociação dos cuidados* – informar e solicitar permissão para a prestação de cuidados, aguardando consentimento esclarecido. Sempre que há alguma renitência, a negociação impõe-se a fim de evitar cuidados impostos, exercidos pela força que poderão conduzir a comportamentos de agitação patológica;
- *Respeito pelo domicílio* – particularmente pelo seu quarto, enquanto domicílio privado e espaço íntimo de liberdade, prolongamento do eu e de reencontro consigo mesmo. Sendo este o local de recolhimento e prolongamento de si, o indivíduo deve ter a liberdade de organizar à sua maneira e de apenas aí receber quem quer;
- *Anunciar-se* – evitando abordagens surpresa do cuidador, que o poderão aproximar à figura de um agressor. Este deve estabelecer contacto visual com a pessoa cuidada e fazer-se ouvir pela pessoa antes de tocar o seu corpo;
- *Respeito pelo Sono* – deve prevalecer sobre outras tarefas, como rotinas ou muda de fraldas. Tal significa que à priori a pessoa não deve ser acordada e a organização de cuidados deve adaptar-se para que este direito seja respeitado. Interromper o sono de uma pessoa com demência quando está a entrar na fase reparadora pode desencadear danos a vários níveis, agitação e desorientação;
- *Contenções Justificadas* – as contenções mecânicas ou químicas só devem ser utilizadas em último recurso e com autorização médica, pois constituem um atentado à dignidade humana, à integridade física e psíquica e à liberdade. São, igualmente, práticas de risco, pois conduzem a pessoa à imobilidade.

Numa tentativa de refletir criticamente sobre um conjunto de vulnerabilidades que afetam, não raras vezes, o funcionamento dos lares de idosos, Guedes





(2014) referencia (1) o excessivo fechamento e regulamentação – aproximando algumas instituições de um modelo de instituição totalitária; (2) a despersonalização do sujeito (entendido como um ser sem história) e fragilização da sua identidade; (3) a devassa da intimidade e privacidade; (4) a realização de atividades rotineiras e a imposição de horários rígidos e de serviços pouco diversificados; (5) o pouco envolvimento das famílias na vida dos idosos e no complexo residencial.

Ora, estas vulnerabilidades relativas ao funcionamento de uma organização dificilmente a tornam num lugar de vida e respeitam o ser humano na sua humanidade. Torna-se imperioso reconhecer a pessoa por inteiro, na sua autonomia, proporcionando cuidados personalizados, informando-a sobre os cuidados e permitindo a realização de escolhas livres e esclarecidas; respeitando a sua identidade, reconhecendo a sua história de vida como ser único; tratando-a respeitosamente pelo nome que deseja ser tratada; proporcionando-lhe palavras, olhares, toques, sorrisos que a validem como ser humano (SALGUEIRO, 2014).

Eis algumas áreas da vida organizacional que requerem a nossa atenção:

Pessoa no centro	Atenção aos espaços	Gestão do Quotidiano
<ul style="list-style-type: none">- Valorização da sua história, hábitos e interesses- Construção de um diagnóstico de potenciais e necessidades- Cuidado no acolhimento- Acompanhamento na adaptação- Construção de um plano individual- Preservação de funções e papéis	<ul style="list-style-type: none">- Privacidade e intimidade- Socialização e convívio- Segurança, higiene e conforto- Livre circulação e deambulação- Posse de objetos pessoais- Controlo sobre o espaço- Decoração dos espaços privados- Armários individuais	<ul style="list-style-type: none">- Flexibilização dos horários- Negociação das regras- Participação nos planos individuais e coletivos- Opinião sobre os serviços e cuidados- Opinião sobre ementas





Serviços e atividades	Clima relacional	Relação com a família
<ul style="list-style-type: none">- Qualidade e diversidade- Adequação ao nível funcional e cognitivo- Adequação à heterogeneidade do público- Ajustados às necessidades de saúde- Apelo à participação- Com potencial de estímulo e enriquecimento- Valorização dos sonhos e projetos por concretizar	<ul style="list-style-type: none">- Promoção de novas sociabilidades (ex: intergeracionais)- Relações humanizadas e respeitadoras- Valorização das opiniões de todos e das singularidades- Resolução de conflitos- Investimento nas relações de solidariedade- Valorização da fragilidade e morte- Confiança e segurança- Sigilo na gestão das relações- Formação contínua dos profissionais	<ul style="list-style-type: none">- Estímulo ao envolvimento das famílias- Participação nas necessidades do idoso- Participação na vida do complexo residencial- Compreensão das "reclamações"- Mediação em situações de conflito- Apoio no luto

(Adaptado de GUEDES, 2007, 2012)

Das áreas referenciadas, destaca-se nomeadamente o sentido de pertença ao espaço e ao grupo, incluindo o acesso a comida a qualquer hora (como faria em sua casa); o respeito pela intimidade e privacidade, pela não exposição a olhares de terceiros; a recepção de familiares e amigos sem horário rígido e a ocupação do tempo, de acordo com os seus gostos, capacidades e projeto de vida. Em suma, que a sua verticalidade seja conservada até ao final da vida para que os indivíduos possam “Viver e Morrer de Pé” (SALGUEIRO, 2014)!

CONCLUSÃO

O envelhecimento progressivo da população tem sido acompanhado da emergência de serviços e respostas que garantem a gestão da velhice. Os lares de idosos continuam a crescer e a responder a necessidades que outras estruturas não conseguem cumprir. Os preditores de institucionalização enfatizam perdas e vulnerabilidades que evidenciam a necessidade de ingresso dos sujeitos nestas estruturas residenciais, agravando-se progressivamente os níveis





de fragilidade, incapacidades e multimorbilidades. Face à heterogeneidade do público e suas necessidades impõe-se a criação de serviços diversificados e intervenções ajustadas e de qualidade que coloquem os indivíduos no centro da organização. A perspetiva da gerontologia crítica ao enfatizar a subjetividade humana para o estudo do envelhecimento humano, a reflexividade e o sentido da vida para as pessoas idosas, obriga a pensar em práticas transformadoras que ajudem a reconstruir e a resignificar experiências de vida particulares que emancipem e reforcem os sujeitos. Por outro lado, a filosofia da humanidade e os pilares em qua assenta, através de um conjunto de técnicas e regras de arte do cuidar, garante a preservação dos direitos das pessoas cuidadas, desde logo o direito de ser reconhecido como pessoa com dignidade. Ao profissionalizar-se a relação de cuidado e ao envolver-se a família na vida dos indivíduos assegura-se que ninguém viva ou morra sozinho, tornando as estruturas residenciais lugares de vida até ao fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARENYS, M. P. (1990). *Residencias de Ancianos – análisis sociológico*, Barcelona, Fundació Caixa de Pensions
- Carta Social – *Rede de Serviços e Equipamentos (2015)*. *Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP)*, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (MTSSS)
- Cidadania, Instituições e Direitos (2005). *Manual de Boas Práticas – um guia para o acolhimento residencial das pessoas mais velhas*, Lisboa: Instituto da Segurança Social
- FERNANDES, A. A. (1997). *Velhice e Sociedade*. Oeiras: Celta Editora.
- FERNANDES, A. A. (2008). *Questões Demográficas – Demografia e Sociologia da População*. Lisboa: Edições Colibri – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas de Lisboa.
- FRAGOSO, V. (2016). “Gerontologia Crítica como Prática de Emancipação”, in Azeredo, Z. (coord.), *Envelhecimento, Cultura e Cidadania*. Lisboa: Edições Piaget
- GINESTE, Y. ; Pellissier, J. (2008). *Humanidade, Cuidar e Compreender a Velhice*. Lisboa: Instituto Piaget, Piaget Editora.
- GUEDES, J. (2007). *O Internamento em Lar e a Identidade dos Idosos*. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências do Serviço Social – Gerontologia Social, Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar, Universidade do Porto
- GUEDES, J. (2012). *Viver num Lar de Idosos – Identidade em risco ou Identidade Riscada*, Lisboa: Coisas de Ler
- GUEDES, J. (2014). “Cuidados Formais a Idosos – desafios inerentes à sua prestação”, in Fonseca, A. M. (coord.). *Envelhecimento, Saúde e Doença, Lisboa, Coisas de Ler*.
- Instituto da Segurança Social (2010)*. “Queremos falar-lhe dos Direitos das Pessoas Idosas – o que é preciso saber para escolher uma resposta social”, Lisboa, Departamento de Desenvolvimento Social.



Modelo de Avaliação da Qualidade – *Estrutura Residencial para Idosos*, Lisboa: Instituto da Segurança Social, I.P.

NEVES, H. M. F. (2012). *Causas e Consequências da Institucionalização de Idosos – Estudo tipo série de casos*, Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Gerontologia, Universidade da Beira Interior

PINTO, D. C. V. (2013). *Por que vão os idosos para lares? Determinantes no internamento de pessoas Maiores de 65 anos em instituições de longa Permanência*, Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Sociedade, Risco e Saúde, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa

PHILIPSON, C. (2000). *Reconstruction Old Age: New Agendas in Social Theory and Practice*, London: Sage Publications (Cap. 2: “The Development of Critical Gerontology”)

SALGUEIRO, N. (2014). *Humanidade – um imperativo do nosso tempo*, Coimbra: IGM Portugal,Lda.

SOUSA, L.; Figueiredo, D.; Cerqueira, M. (2004). *Envelhecer em Família – os cuidados familiares na velhice*, Porto: Ambar



OUTRAS OBRAS DESTA COLECÇÃO

MARTINS, Manuel Gonçalves [2012], *Êxitos, Fracassos e Exigências em Produções Científicas Realizadas*, Porto.

MARTINS, Manuel Gonçalves [2013], *Portugal e a Sociedade Internacional – Reflexões*, Porto.

QUINTANILHA A. [2017], *A Universidade Livre de Coimbra – Discurso Pronunciado na sua Sessão Inaugural*, Carviçais.

AA.VV. [2017], *Democracia, Promessas, Utopias e (Des)ilusões: Dilemas e Disputas nas Arenas Públicas*, Carviçais.

