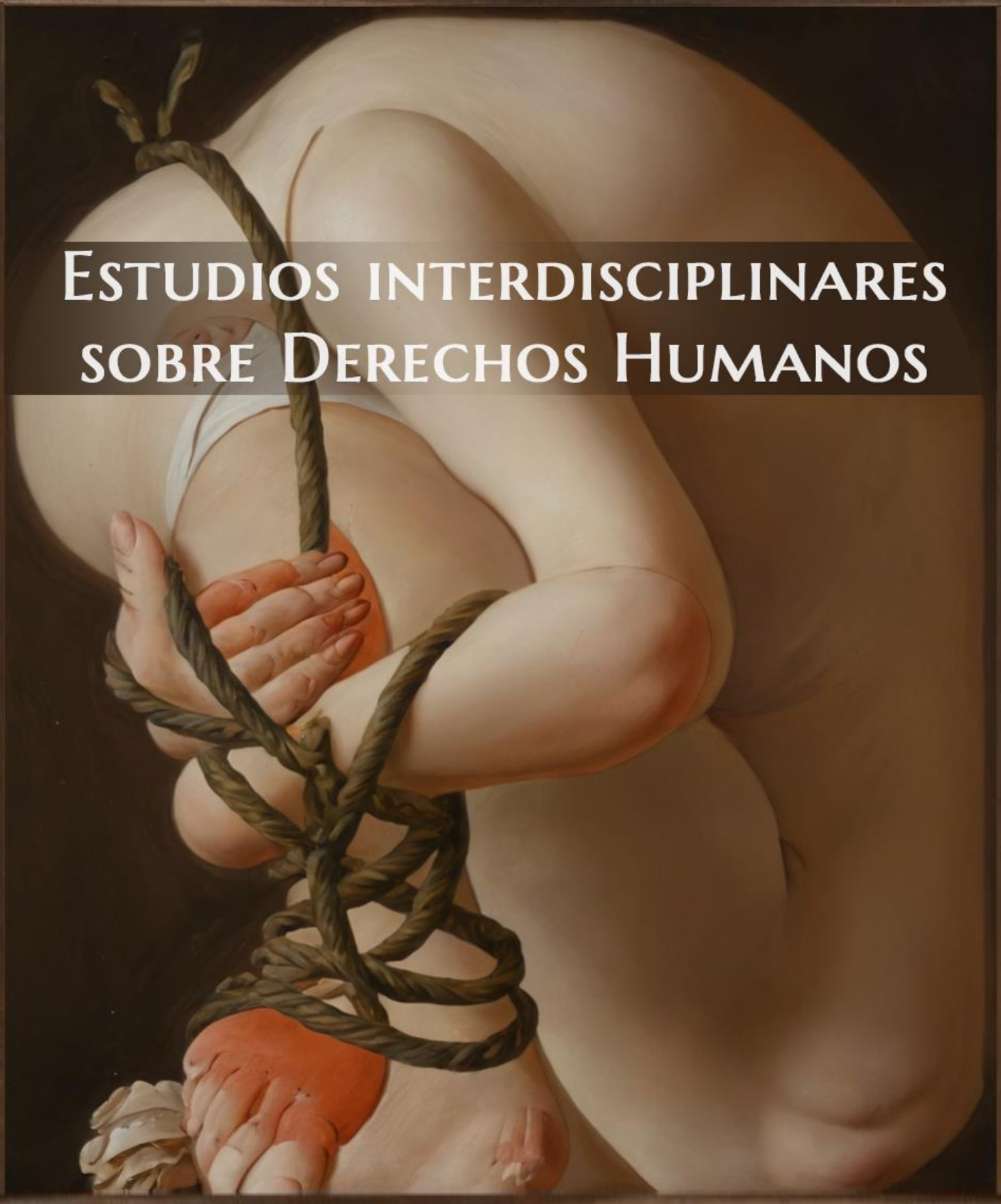
Doi: 10.47597/cjsiurj.v5I2

ISSN 2675 634-X

Revista Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ



Estudios interdisciplinares sobre Derechos Humanos

Vol.5 Nº 2 2024

DIREÇÃO: MARÍA ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO

Apresentação

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ** é uma publicação quadrimestral da Faculdade Instituto Rio de Janeiro, aberta à publicação de trabalhos na área de Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas incluindo Direito, Administração, Ciência Política e Relações Internacionais, Economia, Psicologia. O periódico tem por missão divulgar trabalhos de qualidade de modo a favorecer o diálogo científico entre pesquisadores de instituições do Brasil e do Exterior oferecendo material para pesquisas futuras, atualização e reflexão.

A **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ** tem por objetivos:

- Contribuir para a formação dos profissionais envolvidos na área das Ciências Sociais Aplicadas e Ciências Humanas;
- Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo das Ciências Jurídicas, Relações Internacionais, Gestão Empresarial e da Psicologia.
- Publicar trabalhos originais não publicados anteriormente em outro veículo (revista, periódico, sites, jornal eletrônico, anais de congresso, dentre outros) que se enquadrem nas seguintes categorias:

a) Artigo Original: destina-se a divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;

b) Artigo de Revisão: destina-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema que expresse experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;

c) Resenhas: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;

d) Ensaios: textos em que os autores apresentem sua contribuição original à reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista.

Aceitam-se trabalhos escritos nas línguas portuguesa, espanhola e inglesa.

Editor Chefe

Carlos Tomaz, doutor, Universidade CEUMA, São Luís, Maranhão, Brasil.

Conselho Editorial

1. Alex Sander Xavier Pires, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
2. Allan Kardec Duailibe Barros Filho, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
3. Antonella Gasbarri, Doutora, Università degli Studi di L'Aquila, Itália.
4. Augusto Cesar Leite de Carvalho, Doutor, Universidade de Brasília, Brasil.
5. Bruna Capparelli, Doutora, Universitá di Bologna, Itália.
6. Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho – Doutor, Centro Universitário dos Guararapes, Brasil.
7. Douglas de Alencar Rodrigues, Mestre, Instituto Ensino Superior de Brasília, Brasil.
8. Edith Maria Barbosa Ramos, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
9. Esther Martinez Quinteiros, Doutora, Universidade Portucalense, Portugal.
10. Felisia Maria Corvo Lopez, Doutora, Universidad de Salamanca, Espanha.
11. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, Doutor, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
12. Gustavo Silveira Siqueira, Doutor, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.
13. James Magno de Araujo Farias, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil
14. José Manuel Subtil, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
15. Juana Dioguardi, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
16. Lier Pires Ferreira, Doutor, Universidade Federal Fluminense, Brasil.
17. Lucas Liendro Kapustik, Doutor, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
18. Luciene Dal Ri, Doutora, Pontifícia Universidade Católica de Santa Catarina, Brasil.
19. Lucyléa Gonçalves França, Doutora, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
20. Manoel Peixinho, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil.
21. Manuel Monteiro Guedes Valente, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
22. Maria Fernanda Vazquez, Doutora, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina.
23. Maria João Escudeiro, Doutora, Centro de Estudos Jurídicos, Portugal.
24. Nereu Giacomolli, Doutor, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
25. Paulo Roberto Barbosa Ramos, Doutor, Universidade Federal do Maranhão, Brasil.
26. Pedro Trovão do Rosário, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.
27. Reginaldo Rodrigues de Almeida, Doutor, Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

Envio de trabalhos

As normas e orientações sobre a preparação dos artigos a serem submetidos estão no site da revista: https://revista.institutouniversitario.com.br/index.php/cjsiurj/index

SUMÁRIO

EDITORIAL.....5

ARTIGOS:

SISTEMA PROTETIVO E FEDERATIVO DOS DIREITOS À SAÚDE E EDUCAÇÃO NO BRASIL
Kalil Said de Souza Jabour.....7

SAÚDE MENTAL NO BRASIL NA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS: UM ESTUDO SOBRE O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES
Wagner Silva de Souza e Lucyléa Gonçalves França.....26

ENTRE DISCURSOS E PRÁTICAS: A CONSTRUÇÃO DO ÓDIO E DA VIOLÊNCIA A PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL
Benigno Núñez.....46

O COMBATE AO DUMPING SOCIAL POR MEIO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E DO COMPLIANCE: EM UMA PERSPECTIVA GLOBAL
Lincoln Zub Dutra.....64

ABUSO SEXUAL DO MENOR DE QUATORZE ANOS
José Rosa Neto.....86

O DIREITO DO INTERSEXUAL À IDENTIDADE DE GÊNERO E AO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO.
José Eulálio Figueiredo de Almeida.....97

"Derechos Humanos", v5 nº 2 monográfico (2024) de la REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS–IURJ, coordinado por María Esther Martínez Quinteiro (USAL/FIURJ)

INTRODUCCIÓN

Es un motivo de viva satisfacción para mí coordinar este número monográfico de la REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS–IURJ de la FIURJ, dedicado a difundir un elenco de rigurosas pesquisas efectuadas en el curso de un lustro por un grupo de comprometidos investigadores e investigadoras brasileños que destacan en el estudio de los derechos humanos, por varias razones.

En primer lugar porque los logros de las y los articulistas, me hacen sentir que mereció la pena mi decisión de iniciar entre 1997 y 1998 una especialización académica en esta temática en la Universidad de Salamanca- en su día (lejano) cuna, con Francisco Vitoria, del primer discurso, cristalizado en la Edad Moderna, sobre Derechos del Hombre- y redimensionarla mediante la formación de equipos y programas de investigación y docencia acordes con el Derecho Humano a la Educación en Derechos Humanos, formulado en el Artículo 26, Apartado 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en otros instrumentos internacionales, y connivente con las propuestas del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (1995–2004).

Pese a lo insólita que era, en su momento, aún con tales antecedentes, la petición que hice en el año 2000 a treinta y cuatro brillantísimos docentes de varias áreas científicas para que cooperaran conmigo para poner en marcha en la Universidad de Salamanca un Programa de Doctorado interdisciplinar, interdepartamental e interfacultativo, que titulamos "Pasado y Presente de los Derechos Humanos" (PDPPDH), las y los solicitados aceptaron con entusiasmo. Gracias a la generosidad y apoyo de la plantilla implicada en dicho Programa, que coordiné entre el año 2000 y 2016 (fecha de mi jubilación el USAL), empezó con buen pie este Doctorado, que anticipaba las demandas específicamente dirigidas por la ONU a las instituciones de enseñanza superior, como formadoras de ciudadanos y líderes del futuro, en la Segunda Etapa (2010-2014) del Programa Mundial de las Naciones Unidas para la Educación en Derechos Humanos, iniciado en 2005.

El PDDH/USAL logró un éxito espectacular de matrícula y número de tesis doctorales presentadas, y fue el origen de la actual Red de Especialistas en Derechos Humanos

Doctores/as y Postdoctores/as formados por la USAL (REDHDPUSAL), acrecida desde 2017 a hoy por las personas que, con el crucial respaldo del entonces IBEA y hoy Facultad Instituto Universitario de Rio de Janeiro (FIURJ), secundaron la creación en la USAL , de un nuevo Programa de Posdoctorado sobre Derechos Humanos (PPDH), ubicado hasta 2023 en el Centro de Estudios Brasileños de la Universidad mencionada, o que aseguraron, con su acogida, su mantenimiento hasta hoy; Programa que ha formado ya a siete promociones de especialistas en derechos humanos que ensancharon y enriquecieron la REDPUSAL.

Me alegra mucho, en segundo lugar, la publicación de este número especial de la revista de la FIURJ, porque me parece una constatación de los frutos de la apuntada colaboración entre los especialistas formados en la USAL, el CEBUSAL, la Fundación Universidad Empresa de la USAL y la Facultad Instituto Universitario de Rio de Janeiro, que me contrató en septiembre de 2022 como catedrática de Derechos Humanos.

Pero al margen de las razones académicas, pedagógicas y profesionales expuestas, y sobre todas ellas, lo que me congratula más es la oportunidad que entraña este monográfico, en su medida, de coadyuvar a mantener la atención de la Academia sobre los Derechos Humanos, precisamente porque estos, y los estudios sobre estos, que tuvieron un momento de expansión hace unos años alentadas por la ONU y la UNESCO, atraviesan en muchos países una coyuntura difícil, una contestación política creciente y un palpable retroceso.

Nada es más ilustrativo de esta quiebra que el demoledor Informe Anual de Amnistía Internacional 2023/2024, que en palabras de su director, Esteban Beltrán, presenta "un sombrío panorama de represión de los derechos humanos y de desigualdad creciente, que se agrava con la crisis climática" que le llevan a preguntarse si no estaremos ante el colapso del Derecho Internacional.

Todo ello hace más que nunca obligado contribuir, como aquí pretendemos, a apuntalar los Derechos Humanos y a mantener y reforzar la docencia e investigación sobre los mismos, a fin de ayudar a promover o restaurar su praxis.

MARÍA ESTHER MARTÍNEZ QUINTEIRO,

Profesora Titular de la USAL, acreditada para el acceso a la cátedra en el área de Ciencias Sociales y Jurídicas, jubilada, miembro actual del GIR HDH /USAL y del Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca (CIGG), catedrática de Derechos Humanos de la FIURJ, directora académica de los programas de postdoctorado en Derechos Humanos acordados por ambas instituciones.

 DOI: 10.47595/cjsiurj.v5i2

SISTEMA PROTETIVO E FEDERATIVO DOS DIREITOS À SAÚDE E EDUCAÇÃO NO BRASIL

PROTECTIVE AND FEDERATIVE SYSTEM OF RIGHTS TO HEALTH AND EDUCATION IN BRAZIL

Kalil Said de Souza Jabour[1]

Resumo: Este artigo tem por escopo abordar os âmbitos protetivo e federativo relativos ao direito à saúde e ao direito à educação no Brasil. O enfoque inicial busca qualificar tais direitos como direitos humanos, sociais e fundamentais. A abordagem do âmbito protetivo alcança desde o sistema internacional global de proteção destes direitos, passando pelo sistema de proteção internacional regional e chegando ao sistema de proteção local que, no caso do Brasil, se encontra centrado na esfera constitucional. A compreensão do direito à saúde e do direito à educação no Brasil envolve, necessariamente, a abordagem do âmbito federativo, que se desdobra nas esferas do federalismo político e do federalismo fiscal. Ao final, abordaremos os desafios atuais que o direito à saúde e o direito à educação enfrentam no Brasil, principalmente em relação a como o modelo de federalismo fiscal afeta o financiamento destes direitos e, consequentemente, sua efetividade.

Palavras-chave: Direito à saúde; direito à educação; tratados internacionais; federalismo político; federalismo fiscal

Abstract: *This article aims to address the protective and federative spheres relating to the right to health and the right to education in Brazil. The initial approach seeks to qualify these rights as human, social and fundamental rights. The protective scope approach ranges from the global international system of protection of these rights, through the regional international protection system and reaching the local protection system which, in the case of Brazil, is centered on the constitutional sphere. Understanding the right to health and the right to education in Brazil necessarily involves an approach at the federal level, which unfolds in the spheres of political federalism and fiscal federalism. In the end, we will address the current challenges that the*

[1] Mestre em *Hacienda Pública* pelo *Instituto de Estudios Fiscales/Ministério de Hacienda/España*, Doutor em *Ciencias Jurídicas y Sociale*s pela *UMSA/Argentina*, Pós –doutor em Direito (Direitos Humanos e Democracia) pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Universidade de Coimbra/Portugal e Pós-doutor em *Derechos Humanos y Sociales* pela *Universidad de Salamanca/España* – kalilsaidjabour@gmail.com

right to health and the right to education face in Brazil, mainly in relation to how the model of fiscal federalism affects the financing of these rights and, consequently, their effectiveness.

Keywords: Right to health; right to education; international treaties; political federalism; fiscal federalism

Introdução

Este artigo tem por escopo abordar os âmbitos protetivo e federativo relativos ao direito à saúde e ao direito à educação no Brasil. O enfoque inicial busca qualificar tais direitos como direitos humanos, sociais e fundamentais. A qualificação destes direitos tem uma raiz histórica e o direito à saúde e o direito à educação, no caso brasileiro, podem ser compreendidos como direitos humanos, sociais e fundamentais, como veremos.

A abordagem do âmbito protetivo alcança desde o sistema internacional global de proteção destes direitos, passando pelo sistema de proteção internacional regional e chegando ao sistema de proteção local que, no caso do Brasil, se encontra centrado na esfera constitucional.

Por outro giro, como o Brasil se caracteriza como uma república federativa, a compreensão do direito à saúde e do direito à educação no Brasil envolve, necessariamente, a abordagem do âmbito federativo, que se desdobra nas esferas do federalismo político e do federalismo fiscal. Tais perspectivas merecem apreciação em separado em razão de que as atribuições políticas dos entes da federação (federalismo político) envolvem competências e encargos legislativos e materiais relativos aos serviços públicos que serão prestados e as questões orçamentárias, as transferências intergovernamentais e a autonomia financeira dos entes da federação (federalismo fiscal) representam o esquema de financiamento destes serviços públicos.

Ao final, abordaremos os desafios atuais que o direito à saúde e o direito à educação enfrentam no Brasil, principalmente em relação a como o modelo de federalismo fiscal afeta o financiamento destes direitos e, consequentemente, sua efetividade.

I – Direito à saúde e direito à educação como direitos humanos, sociais e fundamentais

Abordar o direito à saúde e o direito à educação envolve a compreensão e o discernimento relativos a três grandes categorias jurídicas: a dos direitos sociais; a dos direitos fundamentais e a dos direitos humanos. Importa, sobretudo, a evolução histórica das referidas categorias, como se relacionam e como passaram a compreender direitos originalmente não contemplados. No plano histórico, os denominados direitos humanos têm seu marco com a Declaração dos

Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, trazendo uma carta dos direitos, tomados como de primeira geração, como liberdade, propriedade, segurança e participação política.

Trata-se de uma fase história do Estado absenteísta e da afirmação de direitos individuais civis e políticos e a compreensão e afirmação de direitos humanos com conteúdo mais abrangente, compreendendo os direitos sociais, é bem recente e resulta da internacionalização da proteção da pessoa humana, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Assim, o enfoque atual dos direitos humanos é o relativo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos que compreende, também, determinados direitos sociais contidos em seus pactos e conferindo a eles, tais como aos direitos individuais civis e políticos, a abrangência universal, a inalienabilidade e a interdependência.

Os direitos sociais envolvem uma variada gama de direitos relacionados à vulnerabilidade das pessoas no ambiente social e têm como marco histórico os problemas sociais dos séculos XVIII e XIX, decorrentes da denominada revolução industrial, com o uso intensivo de mão-de-obra e precárias condições de vida. Daí a denominação 'direitos de segunda geração', por sucederem, em etapa histórica, os direitos individuais civis e políticos.

Assim, seguridade social, proteção ao trabalho, proteção à saúde e educação pública passaram a ser reivindicadas ao Estado e, por isso, a ideia dos direitos sociais está intimamente ligada à ideia de justiça social ou justiça distributiva. Quanto aos direitos tidos por fundamentais, sua evolução confunde-se com a evolução do constitucionalismo, no sentido de que a constituição se situa acima dos governantes e protege os cidadãos em relação ao próprio Estado. Com efeito, a principal característica das constituições é definir expressamente os direitos e garantias fundamentais e organizar o Estado.

Segundo (FERNANDES, 2017), o termo 'direitos fundamentais' já teria sido afirmado na França do século XVIII, por ocasião do movimento político-cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Neste propósito, para este autor, o termo 'direitos humanos' surgiu, originalmente, despido de normatividade, enquanto o termo 'direitos fundamentais' já teria em si as exigências de cumprimento como norma jurídica.

No plano constitucional, os direitos sociais tiveram suas primeiras inserções na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 (principalmente no tocante à educação pública e proteção do trabalho assalariado) e na Constituição Alemã de Weimar de 1919 (proteção ao trabalhador e direito à educação pública).

Com ontologia distinta, embora coincidam em algumas etapas históricas (no caso dos direitos humanos e dos direitos fundamentais), vê-se, nitidamente, então, que se referem a

categorias distintas (direitos humanos, direitos fundamentais e direitos sociais) cujos núcleos apresentam grande proximidade e uma área de intersecção.

No Brasil, entre os direitos que se encontram na área de interseção das três categorias (fundamentais, humanos e sociais) estão o direito à saúde e o direito à educação. Assim, além do seu caráter de direito social, são direitos fundamentais em razão da proteção constitucional e são direitos humanos por serem reconhecidos como tais em tratados e convenções internacionais, como veremos.

II – Sistemas protetivos dos direitos à saúde e educação

II.1 - Sistema protetivo global

O sistema global de proteção dos direitos humanos, dentre os quais se compreendem o direito à saúde e o direito à educação, surgiu a partir do movimento de internacionalização da proteção da pessoa humana, marcando a denominada era dos direitos, na concepção de BOBBIO, com a Carta das Nações Unidas de 1945 e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

No Brasil, foi promulgada a Carta das Nações Unidas pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, com a promessa expressa, pelo Presidente da República, na norma de promulgação, que seria cumprida inviolavelmente.

A importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que embora para os juristas tradicionais não chegue a ter força normativa, se caracterizando como *soft law*, é dar conteúdo, pela via hermenêutica, à afirmação Carta das Nações Unidas no sentido da proteção, respeito e efetividade dos direitos humanos.

Há também, principalmente entre os atuais autores de direito internacional público, aqueles que veem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 com caráter cogente, como princípios gerais de direito ou como costume internacional.

Com o objetivo de estabelecer força normativa aos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em 1966, foram instituídos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dois pactos internacionais: o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Tal separação de direitos nos pactos (um de direitos civis e políticos e outro de direitos econômicos, sociais e culturais) levou em consideração a concepção geracional dos direitos: a concepção dos direitos civis e políticos como direitos de primeira geração, baseados nas liberdades básicas às quais o Estado deve respeitar; e a concepção dos direitos econômicos,

sociais e culturais, como direitos de segunda geração, implementáveis por prestações positivas do Estado.

O Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992 e prevê, expressamente, preceitos voltados ao direito à saúde e educação.

Neste sentido, no item 1 do seu artigo 12, os Estados Partes do referido Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. Vê-se que, no tocante ao direito à saúde, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adota um preceito que, apesar de aparentemente genérico, obriga o Estado a ser o prestador principal de serviços públicos de saúde, embora não se referindo a direitos subjetivos públicos à saúde específicos.

De modo diverso, no tocante à educação, o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz preceitos que afirmam direitos subjetivos públicos à educação e, também, preceitos programáticos. Note-se que, logo após a previsão no item 1 do seu art. 13, os Estados Partes do mencionado Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação, e afirma em seguida, no item 2 deste artigo, que a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

Logo, com a incorporação deste pacto ao ordenamento jurídico brasileiro, a educação primária gratuita se revela pelo pacto, por si só, como direito público subjetivo. No tocante à educação secundária, o referido pacto impõe a prestação de serviços públicos de educação ao afirmar a generalidade e acessibilidade a todos, embora, quanto à gratuidade, tenha ficado no plano programático.

Quanto à educação de nível superior, o mencionado pacto, não afirma a generalidade, mas apenas a acessibilidade geral, com base na capacidade de cada um, o que impõe certa medida de prestação de serviços públicos nesta esfera e, também, prevê a implementação progressiva do ensino gratuito.

No tocante ao monitoramento das obrigações estabelecidas pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi criado, pela Resolução nº 17 de 1985, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com a respectiva obrigação de todos os Estados-Partes de apresentar relatórios periódicos sobre a implementação dos direitos previstos no Pacto.

Neste propósito, os Estados-Partes prestam informações oficiais e, por iniciativa da sociedade civil, podem ser prestados contrainformes e, a partir de 2008, com a aprovação do Pacto Adicional ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o

referido Comitê têm competência para verificar denúncias individuais sobre as violações aos mencionados direitos.

Acerca do tema, organizações da sociedade civil brasileira já apresentaram contrainformes sobre direito à autodeterminação e ambiente sadio, direito à não discriminação, situação das mulheres, direito ao trabalho, descanso e lazer, direito à greve e organização social e sindical, direito à seguridade social, alimentação e moradia, direito à cultura, além dos direitos que são objeto deste estudo: direito à saúde e direito à educação.

Representa também competência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresentar comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições do Pacto e organizar debates temáticos sobre matérias cobertas pelo mesmo. A título de exemplo, o Comentário Geral n.º 3 discorre sobre a natureza das obrigações dos Estados-partes, nos termos do art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Conforme este Comentário, o referido Pacto prevê a realização progressiva e admite restrições devido aos limites de recursos disponíveis, todavia, também impõe várias obrigações que são de efeito imediato, entre elas, a tarefa de comprometer-se a garantir que direitos relevantes serão exercidos sem discriminação; e adotar medidas ou providências em direção ao objetivo que devem ser tomadas dentro de um tempo razoavelmente curto depois da entrada em vigor do Pacto para os Estados envolvidos.

Outro exemplo importante é o Comentário Geral nº 4, elaborado pelo Comitê de monitoramento da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e emitido em 2016, com a colaboração de organizações de pessoas com deficiência de todo mundo, que detalha os requisitos para que o direito à educação inclusiva, garantido pelo artigo 24 da Convenção, seja aplicado em todos os países.

Conforme este Comentário, o sistema educativo deve incluir as quatro seguintes características inter-relacionadas: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade; e os Estados-partes devem respeitar, proteger e cumprir cada um desses aspectos essenciais.

Considerando toda a abordagem do sistema global de proteção dos direitos humanos, independentemente do aparato do ordenamento jurídico interno, o Brasil se encontra nele inserido, o que compreende a proteção ao direito à saúde e ao direito à educação e se encontra obrigado, por força do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a promover, como obrigação de direito público, ações no sentido de garantir os mencionados direitos.

II.2 - Sistema protetivo regional

No âmbito das normas de direito internacional, o Brasil também se encontra inserido no sistema protetivo regional de direitos humanos relativamente à saúde e à educação. Cabe salientar que os sistemas protetivos regionais de direitos humanos contam com o apoio da Organização das Nações Unidas, no sentido de que reforçam a proteção e garantia na efetivação dos direitos humanos, conforme a Resolução 32/127 de 1977.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. No tocante aos direitos sociais, os Estados-Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometeram-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade desses direitos, que constam da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 27 de fevereiro de 1967, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

A Carta da Organização dos Estados Americanos estabelece como meta, no campo da educação, a rápida erradicação do analfabetismo e ampliação, para todos, das oportunidades e, no tocante especificamente ao ensino primário, médio e superior, apresenta critérios semelhantes ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

No campo da saúde, a Carta da Organização dos Estados Americanos não reproduziu as normas previstas no Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que leva a crer que os Estados-Partes que capitaneavam a elaboração da referida Carta, principalmente, os Estados Unidos da América, não se interessaram, à época, em afirmar e densificar, no âmbito regional, o direito à saúde como obrigação do Estado, ou seja, não se interessaram em que o direito à saúde fosse percebido como serviço público típico e essencial.

Sintomaticamente, a visão da Carta da Organização dos Estados Americanos sobre o direito à saúde é que este direito representa algo a ser conquistado pelos indivíduos, por via indireta, através do trabalho digno e de um regime de salários justos, e não pela obrigação do Estado em oferecê-lo.

Também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao afirmar que a efetividade dos direitos sociais seria progressiva, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados, trouxe o caráter completamente programático para estes direitos, não demonstrando qualquer margem para apresentá-los, de algum modo, como direitos subjetivos.

Em 1999, o Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Este protocolo é que trouxe, para o sistema regional de proteção, avanços significativos no tocante ao direito à saúde e ao direito à educação.

Enfim, houve o reconhecimento da saúde como bem público e afirmou os seguintes direitos: a) assistência primária a saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c) total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Tais direitos, assim afirmados e detalhados são dotados de maior efetividade e de possibilidade de reconhecimento como direitos subjetivos públicos diretamente manejáveis.

No tocante ao direito à educação, o Protocolo de São Salvador praticamente reproduziu o tratamento dispensado pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Principalmente por afirmar mais detalhadamente os direitos à saúde e reconhecê-lo como bem público, ou seja, como serviço público essencial, o Protocolo de São Salvador representa um avanço em relação ao Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e demonstra a importância dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

II.3 - Sistema protetivo local

O sistema protetivo local dos direitos humanos encontra seu principal anteparo na proteção constitucional e, na evolução constitucional brasileira, apenas na atual Constituição os direitos sociais adquiriram o status de direitos fundamentais.

Em nossa Constituição da República de 1934, se prometeu no preâmbulo um “regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” e timidamente, se afirmou, nos termos da alínea ‘a’ do art. 138, que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios “assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais”.

O § 2º do seu art. 121 também estabelecia preceitos voltados à legislação do trabalho, como norma programática e o preceito de maior densidade nesta Constituição em matéria de direitos sociais, contido em seu art. 149, passou a afirmar a educação como direito de todos.

Por outro lado, a Constituição da República de 1937, neste campo, marcou intensamente a regulação das relações de trabalho e assinalou um retrocesso por não prever mais a educação como direito de todos.

A Constituição da República de 1946, por inspiração da Constituição de Weimar, introduziu um título próprio sobre a ordem econômica e social (Titulo V), afirmando os princípios da justiça social e o bem-estar social, além dos preceitos voltados à legislação do trabalho e à previdência social.

A Constituição da República de 1967 manteve também o título voltado para a ordem econômica e social (Título III), além do rol de preceitos voltados à legislação do trabalho e da previdência social. Por outro lado, preocupou-se o legislador constituinte de 1967 com as correspondentes fontes de receita ao dispor, no § 1º do art. 158, que "nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total." A menção às fontes de custeio revela um incipiente cuidado com o reflexo das prestações positivas do Estado no equilíbrio orçamentário. Embora não qualificado como direito fundamental, o direito à educação na Constituição da República de 1967 voltou a ser afirmado como direito de todos, mediante a igualdade de oportunidades. A menção à saúde na Constituição da República de 1967 é feita apenas para marcar a competência legislativa da União nesta matéria.

Como ressaltamos, nenhuma das referidas constituições tratou os direitos sociais como direitos fundamentais, até o advento da Constituição da República de 1988 e vale acentuar, contudo, o caráter predominantemente programático da normatização constitucional do tema. A Constituição da República de 1988 afirmou expressamente, em seu art. 6º, os direitos sociais como direitos fundamentais e, em sua redação original, os elencou nos seguintes temas: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 26, de 2000, a Emenda a Constitucional nº 64, de 2010 e a Emenda Constitucional nº 90, de 2015, ampliaram o rol dos direitos sociais como direitos fundamentais, incluindo, respectivamente, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito ao transporte. Assim, tais direitos sociais, ao lado dos direitos individuais de primeira geração, foram alçados ao status de fundamentais, ou seja, passam a compor o acervo axiológico de nossa Carta Magna.

Em relação aos direitos sociais, houve uma confluência entre sua elevação ao status de direitos fundamentais e seu tratamento entre os denominados direitos humanos, porquanto se a Constituição passou a inseri-los como fundamentais, o Direito Internacional Público, pelo pactos e tratados que vimos, já contemplava a maioria deles na categoria de direitos humanos.

É válido ressaltar, então, a importância do sistema de proteção local que dá, aos direitos sociais à saúde e à educação, o status de direito fundamental além do status de direito humano, já conferido pelos sistemas global e regional.

III – Sistema federativo dos direitos à saúde e educação

III.1 – Federalismo político

A federação se caracteriza por um pacto político vertical que convive harmonicamente com os pactos políticos horizontais, em que as entidades subnacionais entregam ou não reivindicam sua soberania, sem perder, contudo, sua autonomia nos campos político, administrativo e financeiro.

Podemos afirmar que, além da divisão entre as funções de poder (legislativo, executivo e judiciário), a federação compreende uma divisão de poder no mesmo território entre o núcleo central e o núcleo descentralizado representado pelas entidades subnacionais.

O federalismo político, tomado na perspectiva da forma de Estado, é representado pela descentralização política em contraste com a mera descentralização administrativa ou regional dos estados unitários, ao proporcionar competências legislativas e executivas que serão desempenhadas por entes subnacionais que possuem autonomia política, administrativa e financeira.

Nesse sentido, cabe salientar a grande importância do federalismo no constitucionalismo moderno, marcando a vida política e as relações de influentes estados e, até mesmo, moldando relações intergovernamentais nas comunidades de nações, a exemplo da União Europeia.

O modelo federativo brasileiro, no tocante aos serviços públicos de saúde e educação estabeleceu a competência comum entre os entes da federação, ou seja, nesta matéria cabe à União, aos Estados aos Municípios e ao Distrito Federal prestá-los, embora algumas atribuições sejam direcionadas a determinado ente, sem excluir, todavia a responsabilidade dos demais pelo não exercício dos respectivos encargos, daí a afirmação da responsabilidade solidária pelo Supremo Tribunal Federal, conforme tese de repercussão geral sobre a matéria constitucional contida no Recurso Extraordinário (RE) nº 855178.

A Constituição da República/1988 em seus artigos 196 e 197 afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, a Constituição da República/1988 afirma, no Brasil, o direito à saúde como serviço público essencial e o atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso II do seu art. 23. Deste modo, conforme as atribuições do nosso federalismo político, todos os entes da federação são responsáveis pelos serviços públicos de saúde. Inclusive, conforme jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, como salientamos, trata-se de responsabilidade na modalidade solidária.

Para organização desta competência comum, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, denominado SUS, organizado de acordo com as seguintes diretrizes, conforme o art. 198 da Constituição da República/1988: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Todo o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo o sítio eletrônico da Fundação Oswaldo Cruz4, o SUS beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos.

Conforme o modelo federativo político, a direção do Sistema Único da Saúde (SUS) é única em cada esfera de governo: uma nacional, outra estadual e a terceira, municipal. Quanto à direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) suas atribuições principais envolvem formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; definir e coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade, de rede de laboratórios de saúde pública, de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária; prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios.

Por sua vez, à direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete, principalmente, executar supletivamente ações e serviços de saúde; promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; acompanhar, controlar

e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS) e prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios.

No tocante à direção municipal do Sistema de Saúde (SUS), são suas atribuições principais gerir e executar os serviços públicos de saúde; planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde; dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde e formar consórcios administrativos intermunicipais.

Em relação ao direito à educação, segundo o inciso V do art. 23 da Constituição da República/1998, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à educação. A referida Constituição afirma que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Conforme nosso modelo federativo político, estabelecido pela Constituição, a União organizará o sistema federal de ensino, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Aos Estados e ao Distrito Federal cabe atuar prioritariamente no ensino fundamental e médio e, quanto aos Municípios, deverá atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

III.2 – Federalismo fiscal

O modelo federal é caracterizado por estruturas políticas que se sustentam na capacidade dos entes da federação de exercer sua autonomia financeira por meio da tributação e da aplicação dos respectivos recursos no exercício de suas competências materiais.

A autonomia financeira envolve o modelo de tributação, arrecadação e o modelo de transferências constitucionais que deve estar compatível com o modelo de atribuições materiais ou administrativas, para que cada ente da federação possa cumprir com suas competências constitucionais. Não havendo esta compatibilidade, haverá ruptura do esquema federativo, porquanto não há como se distribuir tarefas constitucionais sem o respectivo aporte de recursos.

Desse modo, podemos concluir que o federalismo fiscal é o braço financeiro do federalismo político e sem federalismo fiscal não há federalismo político.

Podemos afirmar que, na Constituição República de 1988, o federalismo fiscal se materializa com atribuições tributárias exclusivas aos entes da federação, um mecanismo de

transferências obrigatórias e voluntárias de recursos tributários e, no plano legislativo, com o poder da União de estabelecer normas gerais.

No Brasil, em relação à educação e saúde, adota-se o modelo relacionado às transferências para os entes subnacionais que cuidam de prestar as respectivas ações ou serviços públicos. No tocante à saúde, a Constituição da República/1998 dispõe que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Conforme a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos:

I - No caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) desta receita;

II - no caso dos Estados, aplicarão 12% da arrecadação dos seus impostos, do Fundo de Participação dos Estados-FPE (transferência obrigatória da União) e do repasse do Imposto federal sobre Produtos Industrializados aos Estados proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, deduzidas as parcelas que forem transferidas dos Estados aos respectivos Municípios.

III – no caso dos Municípios, aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% da arrecadação dos seus impostos, das parcelas de receita que recebem da União e dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM (transferência obrigatória da União).

Por sua vez, no tocante à educação, nos termos do art. 212 da Constituição da República, a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A referida vinculação de recursos, tanto para a saúde quanto para a educação, representa autêntica garantia de direitos humanos na medida em que reserva, em todos os níveis da federação, recursos para atender áreas imprescindíveis à avaliação pelo índice de desenvolvimento humano (IDH).

IV – Deficiências do modelo federativo brasileiro com repercussões nos campos da saúde e da educação no Brasil

Do ponto de vista das relações federativas, podemos apontar diversas deficiências no modelo federativo brasileiro com repercussões nos campos da saúde e da educação no Brasil, dentre as quais podemos enumerar a centralização de decisões relativas às políticas públicas; a sobrecarga de estados e municípios nas aplicações mínimas de gasto em saúde e educação, em

relação à União; a criação, com base na competência residual da União, de tributos não partilháveis; o parasitismo municipal; a guerra fiscal entre os estados e entre os municípios e o denominado Teto dos Gastos Públicos.

Com efeito, embora a competência material e administrativa, definida pela Constituição, nos campos da saúde e da educação sejam comuns aos entes da federação (União, estados e municípios), as grandes decisões relativas às políticas públicas, conforme o comando da legislação infraconstitucional, se encontra concentrado na União.

Como exemplo, no campo da saúde, podemos citar a necessidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA autorizar estados e municípios a distribuir a vacina para a COVID-19. No caso concreto, estados e municípios desejam importá-la e distribui-la sem ter que aguardar a decisão do governo federal. A referida questão só se resolveu judicialmente por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, permitindo que estados e municípios importem e distribuam vacinas contra a COVID-19 mesmo se a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não as autorizar dentro do prazo de até 72 horas, desde que os imunizantes tenham sido aprovados por autoridades sanitárias estrangeiras.

Além da centralização de políticas públicas na União, o mecanismo de vinculação de receitas a determinadas despesas, como é o caso do mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios, representa outra forma de concentração de poder na União, porquanto estados e municípios tem um comprometimento proporcionalmente maior que a União nestas despesas (saúde e educação) e possuem, consequentemente, menos recursos livres, ao passo que a União tem um comprometimento proporcionalmente menor nestes campos, gerando uma pressão orçamentária para estados e municípios com prejuízos para a efetivação de gastos em saúde e educação.

Em nosso modelo federativo, temos a centralização de receitas na União, com a criação de tributos não partilháveis e outra forma de centralização de poder na União, com o referido controle das políticas públicas e controle orçamentário via vinculação de receitas (mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios em proporção maior que a União).

Comprometendo o modelo federativo, com reflexos sobre a efetivação dos direitos sociais, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 95/2017 (Emenda do Teto dos Gastos Públicos) que limitava por 20 anos os referidos gastos, no âmbito da União.

A partir de 2018, os gastos federais só poderiam aumentar de acordo com a inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A limitação

alcançava os orçamentos fiscal e da seguridade social e todos os órgãos dos poderes da República e, no âmbito de cada poder, haveria limites por órgão.

O órgão que ultrapassasse o mencionado teto estaria impedido, no exercício seguinte, de conceder aumento salarial, contratar pessoal, criar novas despesas ou conceder benefícios fiscais. Somente a partir do décimo ano, o presidente da República poderia alterar o critério e apenas por uma vez a cada mandato, remetendo um projeto de lei complementar ao Congresso Nacional.

Sobre as despesas com saúde e educação, as medidas do referido regime, estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017, eram claras no tocante às restrições, no sentido de não prevalecer, a partir do exercício de 2018, as aplicações mínimas da União previstas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição da República.

Vê-se que, somado aos demais graves problemas federativos que comprometem a obtenção de recursos carreados para as áreas de saúde e educação, o referido regime, estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017, derrubava as aplicações constitucionais mínimas da União na efetivação de políticas imprescindíveis à seara dos direitos humanos (saúde e educação).

Todavia, o Congresso Nacional, percebendo as graves consequências do mencionado regime fiscal, promulgou a Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, que implementa nova regra fiscal e revogou os dispositivos constitucionais do referido regime fiscal, no sentido de liberar cerca de R$ 170 bilhões fora do referido teto, o que permitiu certo alívio no cumprimento de direitos sociais, dentre os quais o denominado Auxílio Brasil, agora denominado novamente Bolsa Família, a partir de janeiro de 2023.

Essa nova regra fiscal denominada “arcabouço fiscal” também adota uma regra de limitação de crescimento das despesas, todavia, supera os entraves impostos pelo Teto de Gastos, porque concilia a recuperação do orçamento de políticas públicas essenciais, como saúde, educação e Bolsa Família, garantindo, simultaneamente, espaço para investimento público.

No tocante à limitação das despesas, por exemplo, o “arcabouço fiscal”, não limita as despesas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb), garantindo o compromisso constitucional com o direito à educação.

O “arcabouço Fiscal” respeita o critério dos “mínimos constitucionais”, pelo qual a União é obrigada a aplicar pelo menos 15% da sua receita corrente líquida em saúde e 18% de sua receita líquida de impostos em educação, em contraste com o anterior regime fiscal que impunha um teto.

Considerações finais

Como vimos, os direitos à saúde e educação no Brasil possuem um vasto anteparo nos sistemas protetivos, global, regional e local, qualificados como direitos humanos, sociais e fundamentais.

Não obstante todo este aparato jurídico protetor, os campos da saúde e educação no Brasil enfrentam diversos desafios relativos à sua efetividade.

Além dos desafios que enfrentam relativamente ao seu reconhecimento como direitos subjetivos públicos, com os consequentes problemas relacionados a uma excessiva judicialização e protagonismo do poder judiciário em detrimento dos poderes executivo e legislativo, a questão do financiamento público destes direitos é central no tocante à efetividade dos referidos direitos.

O financiamento da saúde e educação no Brasil se dá conforme o modelo federativo brasileiro e a compreensão da dimensão e da natureza de seus problemas envolvem perquirir as deficiências do esquema de federalismo fiscal.

Alguns destes problemas federativos podem ser atribuídos à União tais como, a centralização de receitas na União, com a criação de tributos não partilháveis com estados e municípios (uma vez que a apenas a União pode instituir contribuições e possui a competência tributária residual); a centralização de poder na União, com o controle das políticas públicas de saúde e educação e o controle orçamentário dos estados e municípios via vinculação de receitas (mínimo a ser aplicado na saúde e na educação pelos estados e municípios em proporção maior que a União).

Outros problemas federativos não menos graves podem ser atribuídos aos estados e municípios, tais como o parasitismo municipal, a guerra fiscal entre os estados e a guerra fiscal entre os municípios.

Somado a estes graves problemas federativos que comprometem a obtenção de recursos carreados para as áreas de saúde e educação, o regime fiscal estabelecido na Emenda Constitucional nº 95/2017 derrubava as aplicações constitucionais mínimas da União em saúde e educação, o que acarretaria, consequentemente, menos recursos para estes campos de atuação e uma grande pressão sobre estados e municípios que têm que prestar serviços nessas áreas em virtude da competência comum.

Todo este conjunto de problemas, relacionados à efetividade dos direitos à saúde e educação, agora, se agravam pelas novas demandas nestes campos, após a epidemia de COVID-19.

Como esperança de respeito e busca de efetividade dos direitos constitucionais à saúde e educação, a nova regra fiscal denominada "arcabouço fiscal" respeita o critério dos "mínimos constitucionais", pelo qual a União é obrigada a aplicar pelo menos 15% da sua receita corrente líquida em saúde e 18% de sua receita líquida de impostos em educação.

Em que pese a perspectiva positiva do "arcabouço fiscal" referente aos direitos sociais, notadamente, em relação à saúde e à educação, a complexidade do nosso modelo de federalismo fiscal e de seus problemas impõem diversos desafios.

Os desafios no Brasil, então, na busca de se efetivar a promessa constitucional destes direitos, como direitos sociais, humanos e fundamentais, além do inevitável reflexo econômico e novas demandas decorrentes da pandemia, somente serão enfrentados com a adequada compreensão das deficiências do nosso modelo federativo.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** Madrid: Trotta, 2002

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social**. Tese apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Rio de Janeiro, Renovar, 8ª edição, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus,1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. 4ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DICIONÁRIO DE POLÍTICA. Organizado por Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

ELAZAR, Daniel J. **Exploring Federalism**. University of Alabama Press, 1987.

ELAZAR, Daniel J. **Federalism Theory and Application**, HSRC Press, 1995.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** - 9. ed. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

JABOUR, Kalil Said de Souza. **Efetividade dos direitos sociais: O caráter autorizativo do orçamento frente ao reconhecimento de direitos subjetivos na perspectiva do STF** - in Efetivação dos direitos sociais por meio de intervenção judicial. Org. José dos Santos Carvalho Filho e Simone Letícia Severo e Souza Dabés Leão. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2020.

JABOUR, Kalil Said de Souza. **Estabilidade Financeira como Questão Federativa e o Modelo de Federalismo Fiscal Brasileiro**. Monografia do Acervo do Prêmio Tesouro Nacional, 2017.

KINCAID, John. **Handbook of Federal Countries, Forum of Federations**. McGillQueen's University Press, Montreal & Kingdom-London-Ithaca, 2002.

KINCAID, John y SHAH, Anwar. **The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives**. Mc-Gill Queen's University Press, 2007.

MATIAS, Vasco Jorge Valdez Ferreira. **Autonomia Tributária dos Municípios: Uma proposta para Portugal à luz das experiências brasileira e espanhola**. Porto: Vida Económica, 2014.

MEDINA, Javier García. **La teoría de la justicia de Miguel Reale**. Universidad de Valladolid. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-200610033700364> Acesso em: 20/12/2020.

MUSGRAVE, R. & MUSGRAVE, P.B. **Finanças Públicas; teoria e prática**. Rio de Janeiro: Ed. Campus; São Paulo: Edit. Universidade de São Paulo, 1980.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Fernando. **Conflitos federativos: esperanças e frustrações – Em busca de novos caminhos para a solução**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações** - in Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Ementa. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 2020.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 98/2023. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 03 maio 2023.

CAVARARO, Roberto. **Atlas de Saneamento**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Bruno Ferreira de *et al*. A regionalização dos serviços de saneamento básico e os desafios da universalização no Brasil: uma análise exploratória de dados espaciais para os anos de 2010 e 2018. **JEL Classification System/EconLit Subject Descriptors**, Pittsburgh, v. 90, nº10, s.d. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2021/submissao/files_I/i10-f16805616e06762d71c4910c549f2bfd.pdf. Acesso em: 25 maio 2023.

POLLINI, Paula. Comprovação de capacidade econômico-financeira: quem fez e quem não fez. **Instituto Água e Saneamento**, São Paulo, 28 jan. 2022.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria General de Los Servicios Publicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

SION, Alexandre Oheb. Decretos recentes e retrocesso no novo Marco do Saneamento Básico. **Consultor Jurídico**, Rio de Janeiro, 18 abr. 2023. Opinião.

SAÚDE MENTAL NO BRASIL NA CONCEPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SOCIAIS: UM ESTUDO SOBRE O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

MENTAL HEALTH IN BRAZIL IN THE CONCEPTION OF HUMAN AND SOCIAL RIGHT: A STUDY ON THE CASE OF DAMIÃO XIMENES LOPES

Wagner Silva de Souza[1]

Lucyléa Gonçalves França[2]

Resumo: O direito fundamental à saúde é um dos direitos humanos mais importantes e indissociáveis a uma vida digna. A Constituição de 1988 se alinha à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual é a base do Direito público internacional dos direitos humanos. O Estado brasileiro ratificou em 1966 pactos de direitos sociais e é signatário, reconhecendo o direito à saúde e à saúde mental como um direito fundamental. O Brasil está sujeito à jurisdição internacional em caso de denúncia e descumprimento dessa garantia e através disso, ocorreu a primeira condenação contra o Brasil pela Corte Interamericana, em 2006 – Caso Damião Ximenes e a partir dessa decisão, no ano de 2001, foi promulgada a Lei nº 10.216/2001, a qual redirecionou a assistência em saúde mental, concretizando as bases da reforma psiquiátrica no Brasil. Antes disso, a saúde mental seguia um padrão hospitalocêntrico. Os métodos baseiam-se na análise de dados oficiais e jurisprudenciais brasileiros e da Corte Interamericana sobre a matéria e como objetivo pretende investigar e analisar como as liberdades fundamentais e sociais são exercidos pelos pacientes psiquiátricos no Brasil. O avanço das leis não solidifica os direitos humanos já conquistados. A efetivação do direito à saúde mental no Brasil diante das omissões e violações estatais, é um constante desafio e provoca o processo da judicialização da saúde. Este trabalho evidencia a reafirmação pelo cumprimento legal do direito à saúde, independentemente das dificuldades econômicas que um país atravessa, deve ser protegido e efetivado, seguidos dos recursos disponíveis.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Direito à Saúde; Saúde Mental.

[1] Wagner Silva de Souza, Pós-doutor em Direitos Humanos e Sociais pelo Departamento de Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, USAL, Salamanca, Espanha. Doutor em Psicologia Social pela Universidade Argentina John F. Kennedy, C. A. B. A., Buenos Aires, Argentina. Mestre em Psicanálise pela Universidade Argentina John F. Kennedy, C. A. B. A., Buenos Aires, Argentina. Médico Psiquiatra em formação pelo Centro de Estudos José de Barros Falcão, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. https://orcid.org/0000-0003-3090-0280. E-mail: wagnerlines@hotmail.com.

[2] Lucyléa Gonçalves França, Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca, USAL. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil. Professora e Coordenadora do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Maranhão, Brasil. https://orcid.org/0000-0002-1364-5786. E-mail: lucyfranca03@hotmail.com.

Abstract: *The fundamental right to health is one of the most important and indivisible human rights to a dignified life. The 1988 Constitution aligns with the 1948 Universal Declaration of Human Rights, which is the basis of public international human rights law. The Brazilian right to mental health was ratified in 1966 international agreements and is a signatory, recognizing the right to health as a fundamental right. The Brazil is subject to international jurisdiction in case of denouncement and legal non-compliance of this guarantee and thhrough it, the first condemnation against the Brazill by the Inter-American Court occurred in 2006 – Damião Ximenes Case and from that decision, in 2001, Law No 10.216/2001 was approved, which redirected to assistence, establishing the foundations of psychiatric reform in Brazil. Before that, mental health followed a hospital-centric pattern. The methhods are based on the analysis of official data and Brazilian jurisprudence and the Inter-American Court on the matter and the purpose is to investigate and analyze how fundamental and social freedoms are exercised by psychiatric patients in Brazil. The advance of laws does not solidify the human rights already conquered. The effectiveness of the right to mental health in Brazil in the face of omissions and state violations is a constant challenge and provokes the process of judicialization of health. This work evidences the reaffirmation for the legal fulfillment of the right to health, regardless of the economic difficulties that a country is going through, it must beprotected and carried out, considering the available resources.*

Keywords*: Human Right; Right to Health; Mental Health.*

Introdução

O direito fundamental à saúde é um dos direitos humanos mais importantes e inerente à condição da pessoa humana para se ter uma vida digna. O Direito Público Internacional dos direitos humanos propõe proteger a vida e a dignidade das pessoas sob o ideal de ser humano livre no gozo de suas liberdades indivisíveis.

Ao se alinhar à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 concretiza o marco jurídico democrático e dos direitos humanos no Brasil. Assim, afirma as garantias e os direitos fundamentais à saúde e os valores do paciente psiquiátrico como imperativo de justiça.

Alcançar os direitos civis e políticos, gozando dos direitos econômicos, sociais e culturais, é idealizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelos pactos internacionais de 1966, reconhecidos e ratificados pelo Brasil. O Estado brasileiro possui a obrigação mínima de garantir aos filhos brasileiros os direitos fundamentais, estando sujeito à jurisdição interna e/ou internacional, uma vez que é signatário desses tratados internacionais.

A primeira condenação do Brasil aconteceu em 2006 – Caso Damião Ximenes Lopes – frente ao Tribunal Interamericano. A partir disso, o Brasil ressignificou hospitais psiquiátricos

precários e em 2001 promulgou a Lei nº 10.216. Essa lei estruturou e concretizou a reforma psiquiátrica brasileira, descentralizando o modelo hospitalocêntrico anterior em um modelo assistencial de saúde mental e de proteção dos direitos dos pacientes psiquiátricos.

A garantia permanente do direito à saúde se dará por um *continuum* de promoção, proteção e reafirmação dos direitos humanos e pelo cumprimento legal dessas assertivas, através de recursos financeiros disponíveis. A luta pela melhor efetivação da saúde mental no Brasil ainda é constante e o financiamento é insuficiente. Omissões estatais provocam a chamada judicialização da saúde, a qual leva em consideração o princípio da reserva do possível.

O Direito Público Internacional dos Direitos Humanos e a legislação brasileira que visam proteger uma melhor direção à saúde mental devem ser obedecidos, respeitados e reafirmados. Os discursos devem ser pautados somente pela ciência, sem nenhuma ideologia que ponha em risco a garantia da dignidade humana, o direito à saúde mental e a própria vida. A ética e o respeito devem ser os elementos norteadores das políticas em saúde mental.

Portanto, o artigo possui como objetivo avaliar, investigar e analisar como as liberdades fundamentais e sociais são exercidos pelos pacientes psiquiátricos no Brasil. Além disso, a sua metodologia de investigação baseia-se na análise de dados oficiais e jurisprudenciais brasileiros e da Corte Interamericana, material bibliográfico específicos sobre a matéria.

O direito à saúde e à saúde mental nos direitos humanos e sociais

Na reconstrução cívica e social de sociedades marcadas pela Segunda Guerra Mundial, na metade do século XX, foi evidenciada a trágica situação dos internados em hospitais psiquiátricos. O inapropriado sistema terapêutico de saúde mental clamava por um método que incentivasse o desenvolvimento ético e técnico dos afetados pelos transtornos psíquicos (ONOCKO-CAMPOS; DAVIDSON; DESVIAT, 2021).

A importância do Direito internacional dos direitos humanos (DIDH) no cenário internacional aparece com o advento da Carta das Nações Unidas em 1945, assim como a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, concretizando a real importância do assunto no meio jurídico internacional. Nesse âmbito, o Direito internacional dos direitos humanos (DIDH) possui como base fundamentalmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi proclamada pela resolução 217, através da Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948 (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Em seu texto introdutório, a carta das nações unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945 e que entrou em vigor em 24 de outubro daquele mesmo ano, faz menção a:

> [...] Reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla (UNICEF, 2021).

Logo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 expressa a necessidade de os direitos humanos serem guiados e protegidos pelo império da lei, para que em último recurso o indivíduo não suscite a rebelião contra tirania e opressão. Em seu art. 12, todo indivíduo social, de acordo com o recurso estatal, tem direito a proteção social de sua nação e a cooperação internacional para o desenvolvimento digno de sua personalidade, gozando para isso de seus direitos sociais, econômicos e culturais. Já em seu art. 25, toda pessoa humana merece proporcionar a si e a sua família um nível de vida confortável, que assegure bem-estar, serviços sociais indispensáveis e segurança social (desemprego, invalidez, enfermidade, viuvez e velhice) (OHCHR, 2021).

Além disso, após 1996, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 12, faz menção ao direito à saúde ser preventivo e terapêutico em doenças epidêmicas, endêmicas e outras, assim como a luta contra enfermidades, reverberando subsídios que assegurem assistência médica a todos em caso de doenças (LEÃO, 2020).

Com isso, o direito a gozar do mais alto padrão de saúde física e mental não é recente, é uma demanda fundamental à saúde defendida pelos direitos humanos, mas somente foi proclamada pela primeira vez na Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 (OMS, 2008, tradução nossa), trazendo em seu preâmbulo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 2008, p. 1, tradução nossa).

Com isso, a inclusão na sociedade, sem discriminação e segregação, norteadas pelo Estado, no cerne da saúde mental, através do movimento da Reforma Psiquiátrica, é reflexo da luta para garantir os direitos humanos dos pacientes psiquiátricos. Isso faz com que o indivíduo

seja capaz de se desenvolver ativamente no exercício dos direitos humanos, exercendo a sua cidadania em busca de uma vida digna (VENTURA; MORAES; JORGE, 2013).

Por conseguinte, os portadores de transtornos mentais constituem um grupo vulnerável e a violação aos seus direitos humanos e liberdades básicas, bem como a negação desses e dos seus direitos civis, políticos, sociais e culturais são uma ocorrência comum em todo o mundo, tanto dentro de instituições, como na comunidade (OMS, 2005).

Portanto, salienta-se então que a "saúde mental não é apenas o contrário de doença mental. Em seu conceito mais profundo está implícito o respeito ao direito à dignidade humana. Isto significa uma vida sem preconceitos, sem discriminações e sem violência em qualquer nível" (CHAMMA; FORCELLA, 2001, p. 189).

Institutos internacionais, como a Organização Mundial de Saúde, encorajaram países do ocidente a decretar leis específicas benfeitoras à saúde e à saúde mental que abordem as desvantagens dessas pessoas e que continua sendo um grande desafio para muitos países (ONOCKO-CAMPOS; DAVIDSON; DESVIAT, 2021).

Convenções e protocolos sobre o direito à saúde e a saúde mental

Convenção americana sobre os direitos humanos – pacto de São José da Costa Rica (1969)

Em 6 de novembro de 1992 foi promulgado, sobre decreto de nº 678, a convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. A República Federativa Brasileira depositou o termo de adesão nesta Convenção em 25 de setembro de 1992 e, em conformidade com o texto sobre Direitos Humanos da Convenção Americana, decretou que deveria ser cumprido na íntegra o que nela se contém (BRASIL, 1992).

Na enumeração de deveres no Artigo 1º:

> 1. Os Estados-Partes nesta convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, a pessoa é todo ser humano (BRASIL, 1992).

No Artigo 2º, sobre disposições de direito interno: caso os direitos relatados no artigo 1º não estiverem assegurados por legislação ou de outra natureza, os países membros comprometem-se a adotar as medidas necessárias para efetivar tais direitos e liberdades (BRASIL, 1992). Já nos Artigo 5º do direito à Integridade Pessoal, tem-se que: "1. toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral" e no Artigo 11, "1. Toda pessoa tem o direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade" (BRASIL, 1992).

> Dentre os tratados internacionais de Direitos Humanos que provocaram profundas mudanças na dimensão da soberania estatal – principalmente no âmbito dos Estados latino-americanos –, ressalta-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instrumento normativo principal do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos, situado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e do qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional[3] (PEREIRA, 2018, p. 197).

Diante disso, desde logo que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ano de 1992, sob decreto nº 678, o Estado brasileiro passou a reconhecer expressamente a jurisdição da Corte Interamericana, submetendo-se, assim, às suas decisões, sob pena de sofrer sanções e punições político-econômicas configuradas pela Assembleia Geral dos Estados Americanos[4] (PEREIRA, 2018).

[3] Leal (2011, p. 195) aponta que "a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído em muito na geração de diretrizes à atribuição de sentido das normas veiculadas por estes Tratados e Pactos internacionais, extraindo inclusive deles verdadeiros princípios emergentes de proteção aos Direitos de que tratam [...]".

[4] Pereira (2018, p. 198) afirma que o artigo 65 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos alinha que "A Corte submeterá à consideração da Assembleia-Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças".

Protocolo adicional à Convenção Americana sobre os direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – protocolo de São Salvador (1988)

O decreto de nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, promulga o Protocolo de São Salvador adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em consonância aos Direitos Econômicos e Socioculturais, concluído no dia 17 de novembro de 1988, na cidade de São Salvador, em El Salvador. Logo, o Brasil depositou a adesão do ato citado em 21 de agosto de 1996, que passou a vigorar em 16 de novembro do ano de 1999 para o país (BRASIL, 1999).

Conforme o preâmbulo desse protocolo da Declaração universal dos Direitos do Homem e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

> Somente pode ser realizado o ideal de liberdade isento de medo e da miséria, caso forem criados elementos que permitam ao homem individualmente gozar de seus direitos civis, políticos, socioculturais e econômicos; considerando que, apesar dos direitos econômicos e socioculturais fundamentais anteriormente tenham sido reconhecidos internacionalmente e regionalmente, faz-se necessário reafirmar, desenvolver, aperfeiçoar e proteger esses, para consolidar com base no respeito pleno na América os direitos do indivíduo, a democracia, assim como seus povos caminharem rumo ao desenvolvimento e usufruindo de suas riquezas e recursos naturais (BRASIL, 1999).

Em seu artigo 1º do decreto nº 3.321/99, relativo à obrigação de adotar medidas: os países membros do protocolo adicional à convenção Americana prometem adoção de medidas imprescindíveis, de ordem interna ou por cooperação entre os países, sendo técnica e econômica especialmente, o uso máximo de recursos disponíveis e considerando o seu nível de desenvolvimento, tendo como alvo a efetividade dos direitos firmados neste protocolo, de acordo com as leis internas de cada Estado (BRASIL, 1999).

O direito à saúde é descrito no Artigo 10, como:

> 1. Todo indivíduo possui direito à saúde, que é o gozo do mais elevado patamar de bem-estar físico, mental e social; 2. Para fazer efetivo o direito à saúde, as nações partes comprometem-se ao reconhecimento da saúde como bem público, sobretudo, adotando medidas que garantem tal direito" (BRASIL, 1999).

E no Artigo 18, sobre a proteção de deficientes: “qualquer sujeito com diminuição de suas capacidades físicas e mentais”, apresenta o deficiente como possuidor do direito de receber atenção especial, visando a máxima evolução de sua personalidade (BRASIL, 1999).

Através do art. 5 e seus parágrafos 1º e 2º, a Carta Magna brasileira de 1988 conferiu aos direitos humanos internacionais caráter de norma constitucional, acolhendo o ideal de norma constitucional, incluindo a aplicabilidade imediata aos direitos garantidos. Concedeu evidência a esses direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ampliou valores originários da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas) e dos pactos internacionais de 1966 (WANDERLEY, 2011).

O direito à saúde e à saúde mental na legislação brasileira

O direito à saúde na constituição de 1988

A Constituição de 1988 se inspirou na Declaração Universal de 1948 como sendo sua mentora e, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, emana os direitos e liberdades individuais, coletivos e sociais, presentes no artigo 5º e seus 78 incisos. O art. 60 é destacado em prol do cidadão em cláusulas pétreas, configurando a não retirada das garantias já alcançadas (NÚÑEZ NOVO, 2018).

Logo, no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) qualquer indivíduo tem direito de garantir a si e à sua família uma vida adequada com saúde, bem-estar, cuidados médicos, serviços sociais indispensáveis. Assim como segurança social em casos como doença e invalidez (LEÃO, 2020).

Desse modo, relata-se, então, que:

> A Constituição Federal de 1988, seguindo os passos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, situa-se como marco jurídico da institucionalização da democracia e dos direitos humanos no Brasil, consagrando, também, as garantias e direitos fundamentais e a proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira, ao asseverar os valores da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social (GREGORY, 2010, p. 21-22).

Na constituição brasileira de 1988 o direito à saúde está inserido no item anunciado à ordem social, no capítulo I, da disposição geral e Art. 193, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Em seu capítulo II, a seguridade social compreende uma integração de ações dos Poderes Públicos e da sociedade, com intuito de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 1988).

A seção II da saúde, no Art. 196, afirma a saúde como direito e dever do Estado em elaborar políticas sociais e econômicas que permitam a redução do risco de doença e o acesso universal igualitário das ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

Aponta-se, portanto, que:

> Embora o art. 196 da Constituição de 1988 disponha que a saúde é de obrigatoriedade do Estado, muitas pessoas acabam tendo que recorrer à justiça para conseguir ter acesso a medicamentos e tratamentos que deveriam ser ofertados pelo sistema público de saúde. [...] Quando se tem uma situação de omissão dos direitos à saúde, verifica-se que não há alternativa para o cidadão senão lutar pelos seus direitos, através da chamada Judicialização da Saúde, fenômeno esse que gera impacto no orçamento público (LEÃO, 2020, p. 9-10).

Em seu Art. 197, as ações e serviços públicos são de importância pública, pertencendo ao poder público a responsabilidade nos termos da lei da regulamentação, fiscalização e controle. A execução disso dar-se-á diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

E, por fim, no Art. 198 é descrito que as ações e serviços públicos de saúde são integrados por uma rede hierarquizada e regionalizada que constituem um sistema único organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização com direcionamento de esferas governamentais federal, estaduais e municipais; integralidade do atendimento em saúde com ações preventivas e sem prejuízo dos serviços assistenciais de saúde e a participação da comunidade (BRASIL, 1988).

O processo da judicialização impacta a proposta orçamentária pública e os programas do governo de tal maneira que é preciso criar um ponto de equilíbrio entre as restrições orçamentárias do Estado e dos direitos fundamentais inscritos na Constituição. É preciso estabelecer critérios e parâmetros essenciais para a efetivação jurídica do direito fundamental e

social à saúde (CARVALHO FILHO; LEÃO, 2019). O princípio da reserva do possível deve ser respeitado pelo fenômeno da Judicialização para o asseguramento das demandas coletivas ou judiciais, desde que não comprometa a política pública de saúde vigente (VALLE; CAMARGO, 2010; PEREIRA, 2012).

Corte interamericana de direitos humanos – caso denúncia Damião Ximenes Lopes

O paciente psiquiátrico cearense, Damião Ximenes Lopes, foi internado no dia 1º de outubro via Sistema Único de Saúde (SUS), em Sobral, no Ceará, na casa de repouso dos Guararapes e três dias após veio a óbito, em 04 de novembro de 1999. Seu corpo apresentava marcas de tortura, os punhos dilacerados e as mãos perfuradas e parte de seu nariz estava machucado. O local de internamento hospitalar foi considerado desumano pela Corte Internacional de Direitos Humanos e pela Comissão que a ela competia.[5] (GONÇALVES; GOMES, 2015).

O caso Damião Ximenes Lopes contra o Estado brasileiro, que teve sua sentença em 4 de julho de 2006, foi a primeira condenação do Brasil frente ao Tribunal ou Corte Interamericana, de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana e dos artigos 29, 31, 53.2, 56 e 58 do Regulamento da Corte (BRASIL, 2021).[6]

O caso analisado aconteceu em entidade privada e, portanto, autorizada a prestar serviço ao Estado. A obrigação de proteção resultaria nos direitos à vida, à saúde e à integridade física, conforme assentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que ressalta que a corte reconhece que os Estados regulam e fiscalizam a assistência à saúde oferecida à pessoa humana

[5] Conforme relatos de Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes. V. CIDH, Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C, n.149, p. 13 da sentença.

[6] Gervasoni Tássia e Gervasoni Tamires (2019, p. 12-13) complementam que "a partir desta condenação, gradualmente o Brasil passou a ressignificar e reconstituir os hospitais psiquiátricos precários, desativando até o ano de 2006 mais de onze mil leitos. No ano de 2001 promulgou-se a Lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, passando a implementar-se uma nova política de proteção e atendimento às pessoas com doença mental no país. Seu falecimento teria sido ocasionado pela contenção física sofrida por parte de funcionários da respectiva instituição, tendo recebido vários golpes enquanto estava amarrado com as mãos para trás. O laudo da necropsia revelou inúmeras lesões físicas graves que foram ignoradas pelo médico do instituto psiquiátrico no dia da morte da Damião, já que sem a realização de exame físico, recebeu alguns remédios e foi liberado. Faleceu duas horas após sua saída do hospital. O presente caso culminou no reconhecimento do Estado brasileiro como violador de direitos humanos por meio da sua condenação na Corte Interamericana, determinando-se que o Estado brasileiro garantisse um processo judicial célere para investigar e responsabilizar os causadores da morte de Damião; o desenvolvimento de uma política de capacitação e formação de profissionais para o tratamentos de doenças mentais; o pagamento de uma indenização as familiares de Damião e a publicação da sentença no Diário oficial e em jornal de notória visibilidade".

sob sua jurisdição, pelo dever protetivo à integridade pessoal e à vida, independente da instituição prestadora desse serviço ser pública ou privada (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Além disso, é defendido pela Corte Interamericana que todos os seres humanos que estão em situação vulnerável precisam de uma proteção especial. E, pelos deveres especiais do Estado, faz-se necessário atender às obrigações de respeito e de garantia dos direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelece, então, de forma clara, que:

> Artigo 1.1: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Parágrafo 1 do artigo 4: toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Artigo 5: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021).

Relata-se, então que, de fato, o Brasil violou os artigos 4º, 5º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos e em 04 de julho de 2006 a sentença pela Corte Interamericana condenou a República Federativa do Brasil a reparar por danos morais e materiais a vítima falecida e seus familiares vivos (GONÇALVES; GOMES, 2015).

Além disso, no artigo 4º da Convenção Americana de direitos humanos é mencionado e estabelecido o respeito do direito à vida. O dever de um Estado é assegurar a vida, não privando o indivíduo dessa assertiva, afirmando e oferecendo as garantias e oportunidades para manutenção de uma vida decente (HILLMAN, 2005).

Logo, o direito à vida expressado pela saúde e pela liberdade é um discurso elementar no palco do direito público internacional. Mas, a privação de liberdade, em algum momento, faz-

se necessária e pode ser justificada em razão dos riscos de exposição à própria vida ou de terceiros (DHANDA; NARAYAN, 2007).

Entretanto, isso não justifica aqueles que morreram ou foram permanentemente sequelados com as injúrias cometidas. O princípio da dignidade humana básica foi ferido e os pacientes psiquiátricos isentos do direito à vida e à liberdade (DHANDA; NARAYAN, 2007).

A reforma psiquiátrica brasileira e o direito à saúde na legislação infraconstitucional

Certifica-se que Reforma Psiquiátrica é um movimento social e político, reunindo pessoas, instituições e diferentes forças federais, estaduais e municipais, presente desde as universidades aos diferentes territórios sociais e imaginários da opinião pública. Os desafios dessa conquista foram marcados por lutas sociais (BRASIL, 2005).

Complementa-se, então, que a Reforma Psiquiátrica brasileira é um movimento sociopolítico de saúde pública, configurado por uma legislação que se iniciou em 1990, com a adesão pelo Brasil da Declaração de Caracas. Isso resultou na Lei nº 9867, de 10 de novembro de 1999, a qual preza pelo desenvolvimento de programas de suporte psicossocial para doentes mentais (BERLINCK; MAGTAZ; TEIXEIRA, 2008).

Além disso, a reforma psiquiátrica foi substitutiva aos internamentos hospitalares, visando nova ordem assistencial aos pacientes psiquiátricos que foram orientados desde a década de 80. Desde códigos locais a Conferências Regionais de Saúde Mental são evidenciados na América Latina entre os anos de 80 e 90 (WEBER, 2013).

A reforma psiquiátrica brasileira se expressou em uma Rede de Atenção Mental incorporada como componente complementar do Sistema Único de Saúde (SUS). Tratou-se de uma rede de serviços públicos e ações estabelecidas no país pela lei Federal 10.216, substitutivos do modelo hospitalocêntrico por Ambulatórios de saúde mental, Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT) e Centros de Convivência e Hospitais gerais (VENTURA; MORAES; JORGE, 2017).

Desse modo, salienta-se então que:

> Esse processo de superação da centralização do hospital psiquiátrico tem sido contemporâneo da dinâmica de descentralização das ações e dos serviços de saúde, inaugurada formalmente na Constituição Federal de 1988, artigos 1º e 204, juntamente com as Leis Orgânicas de Saúde – Lei nº. 8.080/90 e Lei nº.

> 8.142/90 – e as Normas Operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). A consolidação normativa do Estado Democrático de Direito refletiu, portanto, também na esfera dos interesses dos cidadãos, inclusive daqueles com transtorno mental (CORREIA; LIMA; ALVES, 2007, p. 1998).

Reforça-se que a III Conferência Nacional de Saúde Mental foi realizada em 2001, ano que a lei 10.216 foi sancionada em 06/04 e isso possibilitou uma ampliação promissora para a saúde mental no SUS (Sistema Único de Saúde) (AMARANTE; NUNES, 2018). Essa legislação especial dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e sobre a reformulação do modelo assistencial em saúde mental, refletindo, assim, os princípios da Reforma Psiquiátrica (CORREIA; LIMA; ALVES, 2007).

No Art. 2º, a lei 10.216 refere que nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo e descritos abaixo:

> Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VII – Receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (BRASIL, 2001).

E em seu Art. 3º a lei 10.216 menciona que é de responsabilidade da nação brasileira desenvolver uma política assistencial de saúde mental, buscando a promoção da saúde aos portadores de doenças mentais e com a participação da família e da sociedade. Esse amparo será prestado em um estabelecimento de saúde mental, seja instituição ou unidade que ofereça subsídios assistenciais ao paciente psiquiátrico (BRASIL, 2001).

A lei Federal Brasileira 10.216/2001 determina o redirecionamento do modelo assistencial, garantindo ao paciente o melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às

suas necessidades. Ainda que o Brasil não tenha condições econômicas de investir em saúde mental como os países desenvolvidos, não justifica investir apenas 2% do orçamento total dos recursos do Ministério da Saúde na Saúde Mental. Exclui-se aqui programas específicos, como por exemplo o do Crack, que depende de outros ministérios (ABP, 2020).

A Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP) e as das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, pautadas na Lei 10.216, defendem uma Política de Saúde Mental estruturada em evidências científicas e embasada em compromissos éticos e sociais (ABP, 2020).

Considerações finais

A saúde em geral não é um tema tratado direta e especificamente em algumas legislações, mas essa temática é direcionada em leis que trazem expressamente em seus textos essa matéria. Um exemplo disso é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966 – Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992) e pelo Protocolo adicional de São Salvador (Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999).

O Estado brasileiro se fundamenta juridicamente em relação à saúde e à saúde mental, estando alinhado à Constituição Federal de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Através disso, com o Pacto de São José da Costa Rica (1969) e o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de São Salvador (1988), em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, possuem o ideal de ser humano livre no gozo de suas liberdades civis, políticas, econômicas, sociais e culturais.

Desde 1952, no entanto, o Brasil havia ratificado o pacto e a vigência deste já se fazia presente, contudo, foi agregado pelo procedimento da época como lei qualquer, mas não incorporada como emenda constitucional. Em 2004 o Supremo Tribunal Federal adiciona esse pacto à Constituição Federal Brasileira ao entender a importância dos direitos humanos e que essa matéria merece uma devida proteção especial e supralegal. Assim sendo, mesmo não sendo uma normativa, estaria entre uma lei ordinária e entre uma normativa constitucional, a qual sujeita a República Federativa Brasileira a sanções de âmbito internacional e aos remédios constitucionais internos.

Desse modo, o Brasil depositou a Carta de adesão à Convenção apenas em 25 de setembro de 1992, com a autorização legislativa dada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 28 de maio de

1992 e, então, promulgou a Convenção por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Em 03 de dezembro de 1998, o Congresso Nacional aprovou a cláusula facultativa com a vinculação brasileira à jurisdição da Corte, por meio do Decreto Legislativo nº 89. O Brasil reconheceu formalmente a jurisdição obrigatória da Corte apenas em 2002. O reconhecimento, por prazo indeterminado, ocorreu por meio do Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002.

Com isso, o Brasil é signatário do Pacto de San Salvador e, assim, está sujeito aos mecanismos de jurisdição internacional, reforçando sua seriedade e materialização no cenário interno. Dessa forma, pode ser punido e condenado através de denúncia dos Estados em razão do descumprimento legal, após mecanismos de apuração. Assim como sanções de poder coercitivo indireto, por exemplo, multas, diminuição de créditos internacionais, restrições econômicas, sendo um retrocesso em âmbito internacional no que tange ao que deveria ser direito universal e, desse modo, humano.

Avanços no sentido de assegurar o direito à saúde mental, como a primeira condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana em 2006 – Caso Damião Ximenes Lopes – e a Lei Federal nº 10.216, que assegura um modelo assistencial e substitutivo do modelo hospitalocêntrico já foram obtidos. Contudo, é necessário que as normativas caminhem ao lado dos avanços já alcançados, cumprindo a justiça social. Pois, na prática, os avanços normativos não necessariamente solidificam o respeito a uma vida digna e aos direitos humanos já conquistados.

O direito fundamental à saúde é constitucionalmente indissociável, sendo dever do poder público realizá-lo. Aprimorar normas e fundos orçamentários se faz necessário para um maior financiamento ao tratamento e à manutenção da saúde mental por meio do Ministério da Saúde, visando efetivar a dignidade da pessoa humana.

Na medida em que ocorre negação ou violação dos direitos sociais e da saúde e, assim sendo, violação da dignidade de vulneráveis pacientes, lutar pelos direitos através do processo de judicialização da saúde é uma forma de reafirmar o cumprimento pela garantia legal dos direitos humanos à saúde. Esse processo de judicialização do direito à saúde pode gerar impacto no orçamento público, no entanto, deve haver um equilíbrio entre as limitações orçamentárias, respeitando o princípio da reserva do possível e não comprometendo a política pública de saúde vigente.

Portanto, a ciência jurídica e a dignidade humana jamais finalizam com uma produção continuada. Há uma missão interminável pelas garantias dos direitos sociais e humanos e isso estimula a capacidade criativa de não deixar a ciência e o seu cumprimento adormecer, pois o direito à saúde mental faz parte dos direitos fundamentais à vida digna e humana.

Referências

ABP. **Diretrizes para um modelo de atenção integral em saúde mental no Brasil**. Rio de Janeiro, 2020.

AMARANTE, P.; NUNES, M. de O. Psychiatric reform in the SUS and the struggle for a society without asylums. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, n. 6, p. 2067-2074, 2018.

BERLINCK, M. T.; MAGTAZ, A. C.; TEIXEIRA, M. A. Reforma Psiquiátrica Brasileira: perspectivas e problemas. **Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.**, v. 11, n. 1, p. 21-27, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> [01 de Março 2021].

BRASIL. **Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre os direitos humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – MRE, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Corte interamericana de direitos humanos**: caso Ximenes Lopes versus Brasil, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 01 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil – a conferência regional de reforma dos serviços de saúde mental**: 15 anos depois de Caracas, 2005. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Relatorios15%20anos%20Caracas.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

CARVALHO FILHO, J. dos S.; LEÃO, S. L. S e S. D. A concretização do Direito à Saúde pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sociais e Política Públicas**, v. 5, n. 2, p. 23-42, 2019.

CHAMMA, R. de C.; FORCELLA, H. T. O cidadão com transtorno psíquico: reflexões sobre os direitos humanos e os direitos do paciente. **Rev. Esc. Enf. USP**, v. 35, n. 2, p. 184-190, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

CORREIA, L. C.; LIMA, I. M. S. O.; ALVES, V. S. Direitos das pessoas com transtorno mental autoras de delitos. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, n. 9, p. 1995-2002, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

DHANDA, A.; NARAYAN, T. Mental health and human rights. **The Lancet**, v. 370, p. 1197-1198, 2007.

GERVASONI TÁSSIA, A.; GERVASONI TAMIRIS A. As decisões da corte interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 2019, Santa Maria. **Anais [...]**. Santa Maria: UFMS, 2019.

GONÇALVES, A. E. B.; GOMES, E. B. A visão da corte interamericana de direitos humanos (CIDH) sobre dano marginal, vislumbrada no caso Damião Ximenes Lopes x Brasil (2006). **Iusgentium**, v. 11, n. 6, p. 49-60, 2015.

GREGORY, M. S. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HILLMAN, A. A. Protecting mental disability rights: a success story in the inter-american human rights system. **Human Rights Brief**, v. 2, n. 3, p. 24-28, 2005.

LEAL, R. G. A responsabilidade do Estado por atos de tortura, sequestro, desaparecimento e morte de pessoas em regimes de exceção: aspectos introdutórios. **Interesse Público**, v. 13, n. 67, p. 135-156, 2011.

LEÃO, S. L. S. e S. D. **A Efetivação do Direito à Saúde das Pessoas LGBTQI+ como Garantia dos Direitos Humanos**. 2020. 28 f. Tese (Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Sociais) – Universidade de Salamanca, Salamanca, 2020.

NÚÑEZ NOVO, B. **O direito internacional dos direitos humanos**, 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/63381/o-direito-internacional-dos-direitos-humanos. Acesso em: 11 set. 2021.

OHCHR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: preâmbulo, 2021. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em: 20 mar. 2021.

OMS. **El derecho a la salud**. Ginebra, 2008.

OMS. **Livro de recursos humanos da OMS sobre saúde mental**: direitos humanos e legislação. Genebra, 2005.

ONOCKO-CAMPOS, R.; DAVIDSON, L.; DESVIAT, M. Salud mental y derechos humanos: desafios para servicios de salud y comunidades. **Salud Colectiva**, v. 17, p. 1-3, 2021.

PEREIRA, R. da C. **Restrição à doação de sangue por homossexuais é inconstitucional, decide STF**, 2012. Disponível em: www.rodrigodacunha.adv.br. Acesso em: 14 mai. 2021.

PEREIRA, T. M. L. A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade internacional do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise inter-relacional a partir do caso Ximenes Lopes versus Brasil. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 1, p. 184-209, 2018.

UNICEF. **Cartas das Nações Unidas**: preâmbulo, 2021. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas. Acesso em: 14 mar. 2021.

VALLE, G. H. M. do; CAMARGO, J. M. P. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, v. 11, n. 3, p.13-31, 2010.

VENTURA, C. A. A.; MORAES, V. C. O. de; JORGE, M. S. Direitos humanos de pessoas com transtornos mentais: perspectiva de profissionais e clientes. **Rev. Enferm. UERJ**, v. 25, p. 1-6, 2017.

VENTURA, C. A. A.; MORAES, V. C. O. de; JORGE, M. S. Os profissionais da saúde e o exercício dos direitos humanos por portadores de transtornos mentais. **Revista Eletrônica de Enfermagem**, v. 15, n. 4, p. 854-861, 2013.

WANDERLEY, A. A. de S. **Análise comparativa dos pactos internacionais de 1966 da ONU com a declaração universal dos direitos humanos de 1948 e a constituição da República Federativa do Brasil**, 2011. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6173. Acesso em: 09 set. 2021.

WEBER, C. A. T. Rumos da saúde mental no Brasil após 1980. **Revista Debates em Psiquiatria**, v. 3, p. 14-22, 2013.

ENTRE DISCURSOS E PRÁTICAS: A CONSTRUÇÃO DO ÓDIO E DA VIOLÊNCIA A PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL

BETWEEN DISCOURSES AND PRACTICES: THE CONSTRUCTION OF HATE AND VIOLENCE TO TRANSSEXUAL PEOPLE IN BRAZIL

ENTRE DISCURSOS Y PRÁCTICAS: LA CONSTRUCCIÓN DEL ODIO Y LA VIOLENCIA HACIA LAS PERSONAS TRANSEXUALES EN BRASIL

Benigno Núñez [1]

Resumo: Este artigo tem por objetivo fazer uma análise sobre os discursos e práticas para a construção do ódio e da violência a pessoas transexuais no Brasil, sendo o país que mais mata transexuais no período de 2008 a 2022. O problema a ser levantado é porque o Brasil é um país tão intolerante, violento e é o que mais mata mulheres transexuais e travestis no mundo. Tendo como objetivo geral investigar a intolerância e a violência no Brasil contra as mulheres transexuais e travestis. Objetivos específicos identificar a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil; Verificar a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; Descrever as possíveis soluções por parte do estado e da sociedade para combater a intolerância e a violência contra mulheres transexuais e travestis no Brasil. Pesquisa qualitativa, exploratória, documental e bibliográfica com o levantamento de dados através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos trans e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio as mulheres transexuais e travestis no Brasil, tendo em vista que órgãos governamentais brasileiros não fazem levantamento e catalogação de dados referentes a esta categoria social. O trabalho partiu da exposição de dados, a definição da pessoa transexual, a explicação histórica para que o Brasil seja líder em violência contra travestis e mulheres trans, a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil, a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Transexuais. Ódio. Violência. Tolerância. Dignidade.

Abstract: This article aims to analyze the discourses and practices for the construction of hatred and violence against transsexual people in Brazil, being the country that kills the most transsexuals in the period from 2008 to

[1] Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP), mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Assessor de gabinete de conselheira no TCE/PI. E-mail: benignonovo@hotmail.com.

2022. The problem to be raised is because Brazil it is such an intolerant, violent country and is the one that kills most transgender and transvestite women in the world. With the general objective of investigating intolerance and violence in Brazil against transgender and transvestite women. Specific objectives to identify the construction and practice of hatred towards transsexual people in Brazil; To verify the chronological evolution of the Brazilian international and national legislation for the protection of transsexuals over time and the connection with the international system for the protection of human rights; To describe possible solutions by the state and society to combat intolerance and violence against transgender and transvestite women in Brazil. Qualitative, exploratory, documentary and bibliographic research with data collection through national and international entities, NGOs, trans movements and civil society organizations that catalog and produce dossiers, surveys on violence and hatred towards transsexual and transvestite women in Brazil, considering that Brazilian government agencies do not survey and catalog data referring to this social category. The work started from the exposition of data, the definition of the transsexual person, the historical explanation for Brazil to be a leader in violence against transvestites and trans women, the construction and practice of hatred towards transsexual people in Brazil, the chronological evolution of international legislation and Brazilian national protection for transsexuals over time and the connection with the international system for the protection of human rights.

Keywords: Transsexuals. Hatred. Violence. Tolerance. Dignity.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar los discursos y prácticas para la construcción del odio y la violencia contra las personas transexuales en Brasil, siendo el país que más mata transexuales en el período de 2008 a 2022. El problema a ser planteado es porque Brasil es un país intolerante, violento y es el que más mujeres transgénero y travestis mata en el mundo. Con el objetivo general de investigar la intolerancia y la violencia en Brasil contra las mujeres transgénero y travestis. Objetivos específicos para identificar la construcción y práctica del odio hacia las personas transexuales en Brasil; Verificar la evolución cronológica de la legislación nacional e internacional brasileña para la protección de los transexuales a lo largo del tiempo y la conexión con el sistema internacional de protección de los derechos humanos; Describir posibles soluciones por parte del Estado y la sociedad para combatir la intolerancia y la violencia contra las mujeres transgénero y travestis en Brasil. Investigación cualitativa, exploratoria, documental y bibliográfica con recolección de datos a través de entidades nacionales e internacionales, ONG, movimientos trans y organizaciones de la sociedad civil que catalogan y producen dossiers, encuestas sobre violencia y odio hacia las mujeres transexuales y travestis en Brasil, considerando que las agencias gubernamentales brasileñas no No encuestar y catalogar datos referentes a esta categoría social. El trabajo partió de la exposición de datos, la definición de la persona transexual, la explicación histórica para que Brasil sea líder en violencia contra travestis y mujeres trans, la construcción y práctica del odio hacia las personas transexuales en Brasil, la evolución cronológica de las legislación y protección nacional brasileña para transexuales a lo largo del tiempo y la conexión con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: Transexuales. Odio. Violencia. Tolerancia. Dignidad.

Introdução

O discurso de ódio é considerado um tipo de violência verbal, e a sua base é a não aceitação das diferenças, ou seja, a intolerância. Ataques à população LGBTQIA+ fazem do Brasil um país intolerante e o que mais mata mulheres trans e travestis no mundo.

Dossiê organizado por Benevides e Nogueira (2023)[2] mostra que o Brasil continua sendo campeão de desrespeito e violência com pessoas trans. Pelo décimo quarto ano seguido, somos o país que mais mata pessoas destes gêneros no mundo. São 131 trans e travestis assassinados no país em 2022, posição que ocupa desde 2008, conforme dados internacionais da ONG Transgender Europe (TGEU)[3].

A maior concentração dos assassinatos voltou a ser observada na Região Nordeste com 52 assassinatos (40,5% dos casos); Em seguida, vemos a Região Sudeste com 35 casos (27%) casos; A região Centro-Oeste com 17 (13%) assassinatos; o Norte, com 16 (12,5%) casos; e o Sul com 9 (7%) assassinatos. Em 2022, foi observado aumento no Norte, no Nordeste e no Centro-Oeste, enquanto o Sudeste teve sua primeira queda nos últimos 6 anos e o Sul também apresentou diminuição[4].

Partindo desta explanação, este trabalho levanta o seguinte problema: porque o Brasil é um país tão intolerante e é o que mais mata mulheres transexuais e travestis no mundo?

O objetivo geral é o seguinte: Investigar a intolerância e a violência no Brasil contra as mulheres transexuais e travestis. Os objetivos específicos são: Identificar a construção e prática do ódio a pessoas transexuais no Brasil; Verificar a evolução cronológica da legislação internacional e nacional brasileira de proteção para transexuais ao longo dos tempos e a conexão com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos; Descrever as possíveis soluções por parte do estado e da sociedade para combater a intolerância e a violência contra mulheres transexuais e travestis no Brasil.

A pesquisa é qualitativa, exploratória, documental e bibliográfica se deu através de entidades nacionais e internacionais, ONGs, movimentos trans e organizações da sociedade civil que catalogam e produzem dossiês, levantamentos sobre a violência e o ódio as mulheres transexuais e travestis no Brasil visando à busca de solução para o problema, tendo em vista

[2] ANTRABRASIL. Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2023.
[3] ONG Transgender Europe (TGEU). Trans Rights Map 2022 revela lento retorno do progresso nos direitos trans. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2022/>. Acesso em: 12 mai. 2023.
[4]ANTRABRASIL. Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

que os órgãos governamentais brasileiros não fazem levantamento e catalogação de dados referentes a esta categoria social.

1. A CONSTRUÇÃO E PRÁTICA DO ÓDIO A PESSOAS TRANSEXUAIS NO BRASIL

O indivíduo transexual alinha-se ao subgrupo da comunidade transgênera (DIAS, 2015)[5]:

> "Transgêneros, termo 'guarda-chuva' que, na lição de Suiama, incorporando definições de várias fontes, pretende abranger todas as identidades e práticas que cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente contribuídas entre sexo e gênero, incluindo transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital, travestir, cross dressers masculinos e femininos e demais pessoas cuja expressão de gênero conflita com o sexo anatômico.
>
> Em suma, são indivíduos nos quais a identidade de gênero não apresenta congruência com seu sexo biológico, observada na maioria dos indivíduos.
>
> Progressivamente as identidades transgêneras têm se tornado mais sutis, complexas, muitas vezes incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas de gênero, desafiando dessa maneira soluções propostas baseadas na patologização das transgressões de gênero, o que resulta na necessidade de estratégias amplas para incluir todas estas possibilidades.

A explicação para o Brasil ser líder em violência contra travestis e mulheres trans (VEIGA, 2021)[6]:

> "Toda essa violência a que travestis e mulheres trans estão submetidas no Brasil deve-se à nossa herança colonial, que coloca o homem como centro de referência de tudo, gerando uma sociedade patriarcal, baseada no machismo e na violência de gênero. Então, essa violência é uma violência de gênero, tanto mais quando rompemos com a expectativa da binaridade de gênero", argumenta a geógrafa Sayonara Nogueira, diretora do Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE).

[5] DIAS, Rodrigo Bernardes. Estado, sexo e direito. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332.
[6] VEIGA, Edison. O que faz o Brasil ser líder em violência contra pessoas trans. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/o-que-faz-o-brasil-ser-l%C3%ADder-em viol%C3%AAncia-contra-pessoas-trans/a-58122500>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Como aponta a pesquisadora Sonia Corrêa, em entrevista para o portal Conectas[7]:

> "Na América Latina como um todo, e no Brasil em particular, é no campo da educação onde o ataque ao gênero tem um efeito mais extenso e profundo. No Brasil, desde 2014 proliferam legislações antigênero na educação nos níveis estaduais e municipais. Desde 2015, vários projetos têm sido apresentados no Congresso Nacional. Seis deles criminalizam a difusão e a propagação de "ideologia de gênero". Isso significa que em todos os lugares em que exista a perspectiva de gênero e sexualidade como parte de uma agenda democrática de educação, secretárias/os, diretoras/es de escolas, professoras/es poderão ser criminalizados. Outro campo em que hoje desde 2019 a ideologia antigênero está instalada é a política externa. Como se sabe, o Brasil tem assumido posições sistemáticas contra o uso do termo gênero em negociações internacionais e essa pauta de política externa é obscura. A ABGLT [Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais] fez uma ação junto ao STF [Supremo Tribunal Federal] para conseguir acesso a seu conteúdo. O núcleo duro da ideologia antigênero do governo Bolsonaro está situado na interseção entre o Itamaraty, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e o Ministério da Educação. Em especial, o ministro de relações exteriores e a ministra Damares Alves deixaram isso muito claro ao longo do último ano. Ou seja, as posições antigênero estão hoje traduzidas em políticas públicas e em diretrizes estatais. Não se trata apenas de um discurso de agitação política usado pelas bases bolsonaristas.

A violência contra as pessoas trans, em particular as mulheres trans, resulta de uma combinação de fatores: exclusão, discriminação e violência na família, nas escolas e na sociedade em geral; falta de reconhecimento de sua identidade de gênero; participação em ocupações que os colocam em maior risco de violência; e alta criminalização. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) expressou sua preocupação com a juventude das vítimas trans: Expectativa de vida de mulheres trans segundo organizações latino-americanas 80% das mulheres trans que foram assassinadas tinham 35 anos de idade ou menos, Registro de Violência 90% das mulheres trans participam de trabalho sexual. Existem certos atos específicos de violência presentes em muitos dos ataques contra mulheres trans: golpes

[7] Conectas. Entrevista: A ofensiva antigênero como política de Estado. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/ofensiva-antigenero-politica-estado#:~:text=Na%20Am%C3%A9rica%20Latina%20como%20um,sido%20%20apresentados%20no%20Congresso%20Nacional>. Acesso em: 12 mai. 2023.

direcionados aos seus seios; piercings de implantes mamários de silicone, que fazem com que os implantes vazem substâncias tóxicas para o corpo; mutilação genital, incluindo castração após a morte[8].

2. A EVOLUÇÃO CRONOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E NACIONAL BRASILEIRA DE PROTEÇÃO PARA TRANSEXUAIS AO LONGO DOS TEMPOS E A CONEXÃO COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965)

A Convenção sobre a Eliminação de todas das formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

DECRETO Nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969[9].

Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Através da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial buscam-se proteger os valores da igualdade e tolerância, baseados no respeito à diferença. Consagra-se a ideia de que a diversidade étnica-racial deve ser vivida como equivalência e não como superioridade ou inferioridade.

ARTIGO I

1. Na presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)[10].

[8] CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

[9] BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 12 mai. 2023.

[10] BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher, ratificada pelo Brasil em 1984. A Convenção fundamenta-se na dupla obrigação de eliminar/erradicar a discriminação e a de assegurar/garantir a igualdade.

PARTE I

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Os artigos I e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante "a Declaração Americana" ou "Declaração") e os artigos 5 e 7 da Convenção Americana protegem o direito à segurança pessoal, o direito à integridade pessoal e o direito de toda pessoa a não ser submetida a detenções arbitrárias e ilegais. Além disso, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Assembleia Geral da OEA em 1985 e ratificada por 18 Estados Membros, estabelece as obrigações dos Estados de prevenir, investigar, punir e reparar atos de tortura. Segundo este tratado, os Estados Partes devem adotar medidas para enfatizar a proibição da tortura em capacitações de agentes da polícia e de outros funcionários públicos responsáveis pela custódia de pessoas privadas de liberdade, de forma provisória ou definitiva em interrogatórios, detenções ou capturas. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos)[11].

A CIDH recebeu relatórios de várias organizações sobre casos em que agentes da polícia não só agem com violência, mas também incitam outras pessoas a atacar pessoas LGBT, ou são indiferentes diante da violência praticada por terceiros contra aquelas pessoas. Por exemplo, conforme denunciado, policiais teriam participado de um ataque grupal a um homem gay na Jamaica, que eventualmente resultou na sua morte. Alega-se que o incidente começou com policiais espancando a vítima com cassetetes, e posteriormente encorajando outras pessoas a espancá-lo. A vítima foi esquartejada, esfaqueada e apedrejada até a morte.

[11] Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Uma mulher trans em Honduras explicou que procurou ajuda da polícia depois que um cliente bêbado e agressivo a esfaqueou nos braços, pescoço e perna, em setembro de 2011. Ela recorda que: "a polícia não tomou por termo minhas declarações, riam de mim, e me pediram serviços sexuais, apesar de eu dizer que estava ferida e necessitava de ajuda. Eles me disseram que tinha recebido o que eu merecia por estar nas ruas"[12].

Em uma sociedade democrática, os Estados devem proteger a liberdade de expressão e simultaneamente garantir a igualdade e a segurança das demais pessoas. Esta complexa tarefa exige que os Estados, por uma parte, identifiquem e respondam adequadamente a estes incidentes, a fim de garantir efetivamente a integridade e a segurança das pessoas LGBTI. Por outra parte, todas as medidas devem respeitar o direito à liberdade de expressão, conforme **o artigo 13 da Convenção Americana**. Similar ao **artigo 13.1 da Convenção Americana, o artigo IV da Declaração Americana dispõe que "toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio"**. Apesar desta disposição não enunciar os requisitos que deve ter qualquer restrição a este direito, como ocorre no caso da Convenção Americana, a Comissão historicamente interpretou o alcance das obrigações que impõe a Declaração Americana no contexto mais amplo do sistema internacional e interamericano de direitos humanos desde que esse instrumento foi adotado, e levando em consideração outras normas de direito internacional aplicáveis aos Estados Membros.

De acordo com a **Convenção Americana**, todos os seres humanos podem gozar e exercer todos os direitos em condições de igualdade, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Conforme determinou a Corte Interamericana, dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem estar incluídas, como direitos protegidos, "as condutas no exercício da homossexualidade". A Comissão e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão consideram que esta lógica também deve ser aplicada à expressão da identidade de gênero de uma pessoa. A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH observou que **o artigo 13 da Convenção Americana compreende o direito das pessoas de expressar sua orientação sexual e identidade de gênero, e que este tipo de expressão goza de um nível especial de proteção,**

[12] CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Violência contra pessoas LGBTI. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf >. Acesso em: 12 mai. 2023.

conforme os instrumentos interamericanos, na medida em que se relaciona com um elemento integral da identidade e da dignidade pessoal.

Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero.

A Convenção Europeia de 1950[13]**, em seu artigo 14, acolhe a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que "o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação"**.

Assim, a igualdade entre homem e mulher, à luz do postulado maior da não discriminação, necessariamente dialoga, entre outros, com o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 2º, 1, e 26)[14], abaixo transcritos:

> "ARTIGO 2º
>
> 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.
>
> ARTIGO 26
>
> Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"
>
> Dessa forma, o dispositivo necessariamente abarca, as mulheres e os homens transexuais. É necessário, ainda nessa toada, perquirir pela noção de identidade de gênero a fim de se poder compreender a questão em sua plenitude.
>
> Nesse sentido, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da

[13] Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

[14] BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

> ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.
> Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero: "(...) como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo".

A Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

> "(...) a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de um pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero". (par. 78).

Doze agências da Organização das Nações Unidas publicaram declaração conjunta sobre os direitos da população LGBT (Declaração para Dar Fim à Violência e Discriminação contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex), em setembro de 2015, como mecanismo de promoção da tutela dos direitos fundamentais das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e pessoas intersex. Essa declaração coletiva tem como objeto confrontar a realidade dos abusos dos direitos humanos contra as pessoas LGBTI, os quais têm reflexos nas mais diversas áreas de desenvolvimento dessas pessoas. A declaração ratifica o compromisso dos Organismos Internacionais com a tutela dos direitos fundamentais de grupo minoritário altamente estigmatizado e exposto às mais diversas agressões e violências, sejam elas físicas e/ou psíquicas, que negam o valor da alteridade e da solidariedade. Ademais, faz um chamado aos Estados para que implementem as condições materiais e disciplina jurídica necessárias para a efetiva realização desses direitos fundamentais.

Quanto ao ponto, consta na declaração:

> "O fato de não se respeitar os direitos humanos e as pessoas LGBTI, e de não protegê-las contra abusos, como a violência e as leis e práticas discriminatórias, supõe uma grave violação das normas internacionais de direitos humanos e tem um impacto significativo sobre a sociedade, fomentando uma maior vulnerabilidade a doenças, incluindo infecção pelo HIV, exclusão social e econômica, pressão sobre as famílias e comunidades, e também um impacto negativo sobre o crescimento econômico, o trabalho digno e o progresso para alcançar os futuros Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Sob o direito internacional, os Estados têm a obrigação principal de proteger as pessoas diante de situações de discriminação e violência. Por isso, os governos, parlamentos, poderes judiciais e as instituições nacionais de direitos humanos devem tomar medidas urgentes em relação a essa situação. Os líderes políticos, religiosos e comunitários, as organizações de trabalhadores, o setor privado, os profissionais de saúde, as organizações da sociedade civil e os meios de comunicação também têm um papel importante a desempenhar nesse sentido. Os direitos humanos são universais – não se pode invocar práticas e crenças culturais, religiosas, morais e tampouco atitudes sociais para justificar violações de direitos humanos contra grupo algum, incluindo pessoas LGBTI".

É o que se reconhece no constitucionalismo contemporâneo, ao se insculpir o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio também é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (10.12.1948)[15]:

> "PREÂMBULO
>
> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
>
> Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

[15] ONU. Brasil. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 12 mai. 2023.

> Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,
>
> Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
>
> Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
>
> Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
>
> Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,
>
> A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.
>
> Artigo 1.
>
> Todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

Constituição Federal Brasileira de 1988[16]

A Constituição Federal em seus princípios constitucionais protege de maneira inequívoca e explicita o direito à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos.

[16] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessada em: 12 mai. 2023.

Em razão desses princípios que são, inclusive, base dos direitos humanos, é possível compreender que aos transexuais faz jus o respeito de maneira plena e íntegra, assim como aos demais cidadãos, sem sofrerem com qualquer tipo de diferença que prejudique ou menospreze o grupo.

Uma pessoa transexual apresenta uma identidade de gênero diferente da designada no nascimento e, por essa razão, ela deseja viver e ser aceita da forma como ela se sente. Dessa maneira, fica claro que, especialmente com relação aos transexuais, o nome recebido no momento do nascimento, o gênero de registro e demais documentos da vida civil são capazes de gerar sofrimento e constrangimento.

Desde 28 de abril de 2016, o decreto nº 8.727[17] passou a reconhecer que nas repartições e órgãos públicos federais, pessoas travestis e transexuais tenham sua identidade de gênero garantida e sejam tratadas pelo nome social. Existem também outras legislações sobre esse direito em estados e municípios.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73)[18], por sua vez, reconhece em seu artigo 55 que as pessoas maiores e capazes têm o direito de alterar seu prenome pelo seu apelido público, ou seja, pelo seu nome de identidade pública (art. 56) situação que os transexuais se enquadrariam.

Contudo, a mesma lei também prevê que a mudança em cartório do nome civil só poderia ocorrer no primeiro ano em que o indivíduo atinge a maioridade desde o momento em que o indivíduo completa 18 anos até o seu aniversário do ano seguinte. Com isso, depois de completar 19 anos a alteração só seria possível por meio de uma ação judicial.

Além disso, é necessário demonstrar uma razão satisfatória que justifique a alteração do nome, fator que enquadra os transgêneros e transexuais que não se identificam com o seu nome de batismo, independentemente de terem se submetido à cirurgia de redesignação sexual ou não.

Ocorre que, especialmente em razão do princípio da imutabilidade do nome e do Código Civil[19] em seu artigo 1.604 que dispõe que "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", muitos juízes e desembargadores indeferiram pedidos de retificação de nome de transexuais.

---

[17] BRASIL. Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

[18] BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

[19] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF)[20] resolveu a situação e determinou com 10 votos a favor e nenhum contra (na ocasião, o ministro Dias Toffoli não participou do julgamento), à luz do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, que os transexuais têm o direito de mudar o nome social e, inclusive, o gênero no registro civil, mesmo nos casos em que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual.

Resolução Nº 348 de 13/10/2020[21]

Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou Intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

Resolução Nº 366 de 20/01/2021[22]

Altera a Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente.

No Brasil, ainda não há uma previsão legal específica assecuratória dos direitos dos transexuais. A falta de legislações, que poderiam vir a reduzir o alto índice de homicídios, de suicídios ou de violações de direitos humanos de transexuais no país reforçam essa violência naturalizada. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei, de autoria do deputado José Fortunato, PL nº 1993 que visa regularizar as questões vitais dos transexuais, como a realização de cirurgia redesignatória e a possibilidade de alteração de nome e sexo, e para fazer a cirurgia, seria necessária a realização em hospitais universitários ou públicos. A cirurgia de redesignação está intimamente ligada ao direito à identidade pessoal, representando um direito fundamental, bem como ligado ao direito ao próprio corpo e seu equilíbrio (estes abarcados pela identidade sexual, que faz parte dos direitos de personalidade).

Diante da ausência de normas proibitivas do casamento de transexuais, este deve ser permitido. O matrimônio pode ocorrer, portanto, com o processo de habilitação, que concederá a alteração de registro civil, e isso ensejando problemas de anulação do casamento por erro

[20] Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 12 mai. 2023.
[21] CNJ. Resolução Nº 348 de 13/10/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 12 mai. 2023.
[22] CNJ. Resolução Nº 366 de 20/01/2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>. Acesso em: 12 mai. 2023.

essencial sobre a identidade da pessoa, visto que foram preenchidos todos os requisitos legais para sua validade.

A transfobia é um fenômeno comum na vivência da população trans com consequências negativas para o seu bem-estar físico e psicológico, incluindo risco de homicídio e suicídio: uma questão de saúde pública, mental e de direitos humanos. Apesar dos direitos já conquistados, as pessoas transexuais enfrentam batalhas e discriminações todos os dias e ainda estão à margem da sociedade. A invisibilidade dessa população é tão grande que não há, por exemplo, uma política nacional de enfrentamento à LGBTfobia nem uma legislação que criminalize esses crimes de ódio.

CONCLUSÃO

O estado tem o dever de adotar políticas públicas quando se tratam de grupos sociais que estão em maior risco, como os transexuais, políticas sociais para inclusão social e a desmistificação do assunto perante a sociedade é essencial. Progredir e inovar nos direitos dos transexuais demonstra-se primordial e urgente, cabendo ao Direito a responsabilidade de resguardar valores e princípios jurídicos, assegurando a todos a honra, a identidade, a privacidade, e sobretudo, a felicidade, que encontra-se no respaldo jurídico à dignidade não restando terreno para as diferenças, os preconceitos e o extremismo.

O direito à tolerância é aquele que garante ao seu titular a possibilidade de existir, agir, pensar, falar, viver do modo que achar mais adequado; obviamente, desde que isto não cause prejuízos e nem interfira nas liberdades de outrem. Como afirma a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais.

A dignidade humana é valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa. Trata-se, portanto, de um atributo que o indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. Nos diplomas internacionais e nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental. Assim, o Estado deve proteger a dignidade humana.

Aceitar o outro e reconhecer as diferenças é o que nos torna e afirma como seres humanos únicos e amplos. o mundo individual só existe diante do contraste com o mundo do outro. É tempo de ter novas ideias e aceitar o diferente.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

ANTRABRASIL. **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022**/Bruna G. Benevides (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2023.

ANTRABRASIL. **Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2022**. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CNJ. **Resolução Nº 348 de 13/10/2020**. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CNJ. **Resolução Nº 366 de 20/01/2021**. Altera a Resolução CNJ nº 348/2020, que estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3678>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas 2015**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Violência contra pessoas LGBTI**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/violenciapessoaslgbti.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Conectas. Entrevista: **A ofensiva antigênero como política de Estado**. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/ofensiva-antigenero-politica-estado#:~:text=Na%20Am%C3%A9rica%20Latina%20como%20um,sido%20%20apresentados%20no%20Congresso%20Nacional>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2023.

DIAS, Rodrigo Bernardes. **Estado, sexo e direito**. São Paulo. SRS Editora; ed. 2015, p. 331-332.

ONG Transgender Europe (TGEU). **Trans Rights Map 2022 revela lento retorno do progresso nos direitos trans**. Disponível em: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2022/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 12 mai. 2023.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275**. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 12 mai. 2023.

Trans Murder Monitoring. **ATUALIZAÇÃO DO TVT TMM DIA DE LEMBRANÇA TRANS 2021**. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

VEIGA, Edison. **O que faz o Brasil ser líder em violência contra pessoas trans**. Disponível em:<https://www.dw.com/pt-br/o-que-faz-o-brasil-ser-l%C3%ADder-em-viol%C3%AAncia-contra-pessoas-trans/a-58122500>. Acesso em: 12 mai. 2023.

O COMBATE AO DUMPING SOCIAL POR MEIO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E DO COMPLIANCE: EM UMA PERSPECTIVA GLOBAL

LUCHA CONTRA EL DUMPING SOCIAL A TRAVÉS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y EL CUMPLIMIENTO: EN UNA PERSPECTIVA GLOBAL

FIGHTING SOCIAL DUMPING THROUGH CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND COMPLIANCE: IN A GLOBAL PERSPECTIVE

Lincoln Zub Dutra[1]

RESUMO: O presente estudo busca demonstrar a necessidade de combate ao *dumping* social e concretização dos direitos sociolaborais em uma perspectiva global. Assim, ante a inefetividade dos meios até então idealizados. Assim, através de metodologia dedutiva e também indutiva, com base em estudos legislativos, doutrinários e com base em análises bibliográficas, buscar-se-á demonstrar a colaboração da responsabilidade social corporativa e do *compliance* como meios de propagação dos direitos fundamentais sociolaborais, buscando, assim, formas de concretização dos direitos humanos e laborais, tanto quanto de combate ao *dumping* social em uma perspectiva global, haja vista que suas violações não só desestabilizam a atual ordem econômica, como corroboram para a precarização e degradação da própria condição de dignidade humana.

Palavras chave: *Dumping* Social. Responsabilidade Social Corporativa. *Compliance*. Direitos fundamentais sociolaborais. Direitos Humanos. Direito do Trabalho. Capitalismo socialmente responsável.

RESUMEN: *El presente estudio busca demostrar la necesidad de combatir el dumping social e implementar los derechos sociolaborales en una perspectiva global. Así, ante la ineficacia de los medios hasta ahora idealizados. Así, a través de una metodología deductiva y también inductiva, basada en estudios legislativos y doctrinarios y en base a análisis bibliográficos, buscaremos demostrar la colaboración de la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento como medios de propagación de los derechos sociolaborales fundamentales, buscando, así, formas de la realización de los derechos humanos y laborales, así como la lucha contra el dumping social en una*

[1] Pós Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2022/2023). Pós doutor em Direitos Humanos, Direitos Sociais e Direitos Difusos pela Universidade de Salamanca/ESPANHA (2021/2022). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Pós-graduando em Direito Tributário pela PUC/RS. Graduado em Direito pela PUC/PR. Professor do programa de Mestrado em Direito da Must University (Master of Science in Legal Studies, Emphasis on International Law). Professor convidado em programas de pós-graduação. Escritor e Coordenador de obras jurídicas. E-mail: lincoln.zub@gmail.com

perspectiva global, dado que sus violaciones no sólo desestabilizan el orden económico vigente, sino que contribuyen a la precariedad y degradación de la condición misma de la dignidad humana.

Palabras clave: *Dumping Social. Responsabilidad social empresarial. Cumplimiento. Derechos fundamentales sociolaborales. Derechos humanos. Directo del trabajo. Capitalismo socialmente responsable.*

ABSTRACT: *The present study seeks to demonstrate the need to combat social dumping and implement socio-labor rights in a global perspective. Thus, given the ineffectiveness of the means hitherto idealized. Thus, through deductive and also inductive methodology, based on legislative and doctrinal studies and based on bibliographic analyses, we will seek to demonstrate the collaboration of corporate social responsibility and compliance as means of propagating fundamental socio-labor rights, seeking, thus, ways of realizing human and labor rights, as well as combating social dumping in a global perspective, given that their violations not only destabilize the current economic order, but also contribute to the precariousness and degradation of the very condition of human dignity.*

Keywords*: Social Dumping. Corporate social responsibility. Compliance. Fundamental socio-labor rights. Human rights. Labor Law. Socially responsible capitalism.*

INTRODUÇÃO

Inexoravelmente o Direito permanece em constante evolução. Os anseios da sociedade atual impõem ao mesmo novas interpretações, regulamentações e aplicações cada vez com mais frequência.

Isto se dá pelas consequências que a tecnologia, dentro da perspectiva da Revolução 4.0, tanto quanto da globalização em uma perspectiva contextualizada geram, motivo pelo qual a informação e os direitos sociolaborais necessariamente precisam estar em consonância com esta constante e voraz evolução.

Somado a isso, diferentemente do que estava até então consumado nos séculos passados, empresas intituladas como transnacionais ou multinacionais passaram a investir-se de maior representação política e econômica que alguns países, sem poderem, entretanto, sofrer responsabilidades como estes, pelo fato de estarem amparadas pela ausência de abertura, cooperação, reciprocidade e limitações atinentes ao direito internacional por força da soberania interna de cada país.

Assim, cientes de sua grandeza e inseridas em um capitalismo cada vez mais concorrido e exploratório, referidas empresas que muitas vezes possuem um *valuation* maior

que o PIB de alguns países, utilizam-se da exploração do trabalho humano em condições trabalhistas mais vantajosas, quer seja pela total inexistência de regulamentação trabalhista ou ao menos por uma menor proteção social do trabalho humano em outros países sob a falácia de geração de empregos e riqueza para aquele país, mas, na prática, incidem no chamado *dumping social*, ou seja, a prática reiterada e inescusável de descumprimento de normas trabalhistas com o objetivo de obter vantagem indevida perante a concorrência e, por conseguinte, desestabilizar o mercado.

Com isso, as empresas são convocadas a participarem ativamente para a eficácia plena dos direitos fundamentais sociolaborais tanto em perspectiva vertical como horizontal, sendo a responsabilidade social corporativa e o *compliance* os instrumentos jurídicos que serão analisados na presente pesquisa como meio de combate a prática do *dumping* social.

O presente artigo, que se utiliza de metodologia dedutiva e também indutiva, com base em estudos legislativos, doutrinários e com base em análises bibliográficas, tem como objetivo avaliar estas mudanças e analisar os institutos da responsabilidade social corporativa e do *compliance* como meios de propagação dos direitos fundamentais sociolaborais, buscando, assim, formas de concretização dos direitos humanos e laborais, tanto quanto de combate ao *dumping* social em uma perspectiva global, haja vista que suas violações não só desestabilizam a atual ordem econômica, como corroboram para a precarização e degradação da própria condição de dignidade humana.

DUMPING SOCIAL: CONTEXTUALIZAÇÃO E INEFETIVIDADE DOS MEIOS DE COMBATE

O presente e o futuro dos direitos sociais devem ter como ponto de partida e como destino a dignidade inerente a todo ser humano. Somente assim, pode-se entender a verdadeira dimensão que elas alcançam, tanto quanto promover sua defesa e promoção.

Nesse sentido, ainda que se possa falar que cronologicamente os direitos sociais seriam anteriores ao seu reconhecimento como direitos humanos, eles não são uma categoria única, mas que existem a partir de direitos concretos como o Direito do Trabalho[2] e outros.

Dessa vinculação direta entre a dignidade e os direitos humanos, estando a primeira no núcleo dos segundos, infere-se a possibilidade e garantia de um dever judicial e institucional

[2] MARTÍNEZ BADENES, Miguel Ángel. *Presente y futuro de los derechos sociales en el ámbito internacional. In: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 3, número 4, octubre-diciembre de 2015, p. 2.

público em relação às normas que os constituem.

No plano internacional, encontram-se diversos instrumentos que tutelam pelo direito fundamental ao trabalho como condição de vida digna; entre eles, pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos[3] proposta pela ONU – Organização das Nações Unidas e o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Entretanto, para que o trabalho seja considerado digno, extrai-se dos referidos instrumentos que ele necessariamente precisa proporcionar as garantias e liberdades justas e favoráveis.

Sendo assim, em que pese, inicialmente, a não haver caráter vinculante na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, quando se passa a reconhecê-la dentro das diversas Constituições nacionais, percebe-se uma primeira limitação àquilo que até então era configurado como hegemônica e onipotente capacidade de cada um dos Estados-Nações livremente legislar em relação aos direitos sociais.[4]

De igual sorte, impende destacar que nos últimos anos ganhou força o conceito de diligência devida em matéria de direitos humanos, o qual originalmente foi introduzido nos princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos, os quais posteriormente foram ganhando cada vez mais adesão, tal como se infere no *Modern Slavery Act*, do Reino Unido de 2015, Diretiva Europeia relativa à Divulgação de Informações Não Financeiras, Lei Francesa do "dever de vigilância", adotada em 2017 ((LOI nº 2017-399 du 27 mars 2017), Lei Holandesa sobre a diligência devida em relação ao trabalho infantil e a Lei da Cadeia de Fornecimento alemã, aprovada em 16 de julho de 2021.[5]

O tema ainda vem sido abarcado tanto pelos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos[6], como pelo acordo de Conduta Empresarial Responsável da América Latina e no Caribe.[7]

Em sua forma etimológica, o conceito de *dumping*, segundo definição do verbete no dicionário *Cambridge*, aduz que esse seria "o ato de livrar-se de algo que não é desejado.[8]

---

[3] Cumpre ressaltar que o próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) vincula a dignidade com o progresso social, a fim de elevar o nível de vida das pessoas.

[4] MARTÍNEZ BADENES, Miguel Ángel. *Presente y futuro de los derechos sociales en el ámbito internacional. In: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 3, número 4, octubre-diciembre de 2015, p. 2

[5] Ver em: https://www.plataformaongd.pt/uploads/subcanais2/sumario-juridico-diligencia-devida-our-food-our-future.pdf.

[6] Ver em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

[7] Ver em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_736045/lang--pt/index.htm

[8] *In verbis:* "*The act of getting rid of something that is not wanted*". *Cambridge Advanced Learner's Dictionary*.

Outra forma de compreender a referida terminologia diz respeito à aplicação do *dumping* no âmbito das relações comerciais, haja vista que se consubstancia na prática de extirpar os demais atuantes do mesmo nicho de mercado em nível internacional através da prática de concorrência desleal com vistas a estrangular os meios de produção local, inserindo-se no mercado estrangeiro pretendido.[9]

Outrossim, olvidar não se deve que tanto o *dumping* como sua espécie *dumping* social, além de gerar consequências macro e microeconômicas, geram imensuráveis danos sociais, motivo pelo qual invariavelmente se correlacionam, vez que a fim de menores custos e em prol da almejada competitividade há, lastimavelmente, a superexploração do trabalho humano, inclusive por meio do descumprimento reiterado de normas ou padrões mínimos trabalhistas ou ainda em países com escassas ou inexistentes regulamentações econômico-trabalhistas.

Outra maneira de abordar a questão do *dumping* social, ou seja, do *race to the bottom*[10]*, ou ainda do* "voo do capital para áreas de baixo custo",[11] é estudar a possibilidade de realocar a produção de um país para outro. Sob essa perspectiva, parece natural definir *dumping* social como a decisão de uma empresa doméstica de servir o mercado doméstico através de uma fábrica localizada em um país estrangeiro, onde a proteção dos trabalhadores não atende aos padrões domésticos e os custos trabalhistas são, portanto, significativamente mais baixos.

Com efeito, frente à atual ordem econômica vigente, no âmbito das relações comerciais internacionais, uma legislação trabalhista deficitária ou insuficiente gera clara desvantagem para os países com normas rigorosas;[12] afinal, *"la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de seguridad y de derechos laborales para los trabajadores"* acabam incidindo na *"práctica conocida como dumping social, que constituye competencia desleal en el comercio internacional"*.[13]

4th edition. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 2013. Disponível ainda em: <http://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/dumping#translations>. Acesso em 15 mai. 2022.

[9] DUTRA, Lincoln Zub. SANTOS, Samuel Lima dos. *A prática do dumping social no Projeto de Lei 4.330/04 e a precarização das relações e garantias trabalhistas*. *In: Dumping social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. Coordenação: Lincoln Zub Dutra. Curitiba: Juruá, 2016, p. 182.

[10] *Race to the bottom* compreendida como corrida para o fundo (tradução livre). Ver em: CORDELLA, Tito. GRILO, Isabel. *Social dumping and relocation: is there a case for imposing a social clause? In: Regional Science and Urban Economics,* 31, 2001, 643-668.

[11] Nesse sentido, aduz Ehrenberg por meio do intitulado *flight of capital to low-cost areas*; Ver em: EHRENBERG, R. Labor Markets and Integrating National Economies. *The Brookings Institutions. Washignton,* DC, 1994, p. 12.

[12] VALENZUELA HERRERA, Augusto. Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio. *In: Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, SP, v. 38, n. 148, p. 293-312, out./dez. 2012, p. 128.

[13] A obtenção de vantagens comerciais às custas da falta de seguridade e de direitos trabalhistas para os trabalhadores acabou influenciando a prática conhecida como *dumping* social, que configura concorrência desleal no comércio internacional (tradução livre do autor). LAAT ECHEVERRÍA, Bernardo Van. La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado.

Assim, talvez a resposta mais simples para aqueles que proclamam os perigos do *dumping social* seja considerar o desempenho econômico nacional e a geração de riqueza, pois "*the fear of social dumping, like many fears of unfair competition through-out the history of commerce, is largely illusory*".[14]

O enfrentamento do *dumping* social no âmbito internacional[15] reside em medidas de repressão a tal prática, esboçadas por meio de tratados internacionais, resoluções de organismos supranacionais e até mesmo com a intenção de atribuição de padrões mínimos trabalhistas.

O Direito Internacional do Trabalho, que encontra repouso na Organização Internacional do Trabalho para a concretização dos direitos sociais trabalhistas, se depara com dois problemas. O primeiro deles seria quanto ao caráter voluntário de ratificação de suas convenções; o segundo, o fato de que seus instrumentos têm como destinatários os Estados e não as empresas multinacionais, das quais dependem, em grande medida, a concretização de um trabalho decente e o respeito aos direitos humanos, sociais e laborais mundiais.

Além disso, outro problema enfrentado seria quanto ao fato de que, mesmo quando as convenções da Organização Internacional do Trabalho são vinculantes ou até mesmo ditas como fundamentais, elas só produzem efeitos no ordenamento jurídico interno de cada Estado quando ratificadas. Entretanto, a ratificação é voluntária, e sem ela um instrumento de *hard law*, como a convenção, não produz efeitos no âmbito do Direito interno.

Com isso, necessário se faz um melhoramento na política normativa e instrumentos vinculantes já existentes da OIT para que haja um código internacional do trabalho mais moderno e adaptado ao século XXI, implementando novos modelos para elaboração de normas, para conseguir que o *soft law* não seja uma alternativa, mas um complemento ao *hard law* e que subsista uma melhor articulação e coerência entre as distintas iniciativas no que tange a uma pretensa regulação social da globalização que concilie a eficácia econômica e a justiça social.[16]

Diante disso, até mesmo as empresas, constituídas *a priori* de personalidade jurídica própria e distinta de seus constituintes, pelo seu papel social, não se furtam dessas obrigações,

---

In: Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2004, n. 103, p. 4. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13367/12634>. Acesso em 15 mai. 2022.

[14] O medo do *dumping* social, como muitos temores de concorrência desleal em toda a história do comércio, é amplamente ilusório (tradução livre do autor). ADNETT, Nick. *Social dumping and eruopean economic integration. In: Journal of European Social Policy*, 1995, 5 (1), 1-12.

[15] Para tanto, o Direito Internacional do Trabalho se utiliza de normas e princípios que emanam de organismos internacionais, de pactos e convenções multilaterais ou bilaterais, que têm o objetivo de regulação direta ou indireta do trabalho humano. LEON, Francisco Rafael Ostau de Lafront de; CHAVARRO, Leidy Ángela Niño. Incidencia del Derecho Internacional del mundo del trabajo en el marco de los derechos humanos en Colombia. *In: Revista Republicana*. N. 20, Enero-Junio, p. 65-96, 2016, p. 78.

[16] LUIS GIL, José. *Justicia social y acción de la OIT. In: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015, p. 18.

em especial aquelas correspondentes ao dever de não gerar danos a outrem.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA E SUA EFICÁCIA NO QUE TANGE AOS DIREITOS HUMANOS SOCIOLABORAIS

O grande caos da situação empresarial e de direitos humanos hoje se encontra nas lacunas de governança criadas pela globalização - entre o escopo e o impacto das forças e atores econômicos e a capacidade das sociedades de gerenciar suas consequências adversas. Desse modo, percebe-se que estas lacunas acabam, ainda que indiretamente, viabilizando um ambiente permissivo para atos ilícitos de empresas de todos os tipos, sem a devida sanção ou reparação.

A fim de se majorar a eficácia horizontal, ou seja, aquela que se dá por meio da concretização entre os privados, surgiu a responsabilidade social empresarial ou corporativa que em consonância com as constantes transformações da sociedade e com os anseios globais passou a se preocupar com assuntos atinentes ao *"meio ambientales laborales y sociales en un heterogéneo conjunto".*[17]

Diante disso, tem-se que a Responsabilidade Social Corporativa nasceu em torno do cenário que pode ser compreendido como o último recurso voluntário por razões de prestígio de multinacionais para regiões ou países desregulados, motivo pelo qual não pode ser descartada ou refutada, vez que corrobora para a concretização de direitos humanos e sociais tais como a abolição do trabalho infantil, igualdade de gênero, respeito ao diálogo social, atingimento a padrões trabalhistas mínimos, condições de dignidade da pessoa humana, entre outros, que até o momento não conseguiram alçar sua eficácia plena e global pelas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, mas que começaram a adquirir certa parcela de eficácia *erga omnes*.

Com efeito, ainda que não se possa falar em eficácia plena por meio das formas até então concebidas, quais sejam, força normativa interna e tratados e convenções supranacionais, a responsabilidade social corporativa desponta como meio de estender a eficácia *erga omnes* e

[17] Que *"Contempla estándares básicos de diverso tipo adaptados a la cultura occidental, cuyo horizonte geográfico abarca todo el mundo, pero que en la prática funciona desde los imperativos éticos de una multinacional occidental respecto a las condiciones de vida y trabajo de sus empleados en países en vías de desarrollo".* AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p 357.

concretização dos direitos humanos e sociais, haja vista o papel de destaque que as intituladas multinacionais ou transnacionais passaram a ter.[18]

A responsabilidade social corporativa já é reconhecida por parte da doutrina como um importante instrumento de *"soft laws*" ou *"leyes blandas"*, os quais se caracterizam como não imperativos, todavia, subsistem aqueles que acreditam que este instrumento teria apenas a intenção de recuperar o prestígio corporativo, motivo pelo qual seriam descartados quando não forem mais necessários.

Em todo caso, podemos perceber que a responsabilidade social corporativa constituí *"una carrera hacia la cumbre"* ou *"race to the top"* capaz de contrapor a *"carrera hacia el fondo"* ou *"race to the bottom"* dos países desenvolvidos para recobrar mercados.[19]

Alguns doutrinadores utilizam os conceitos de Responsabilidade Social Corporativa[20] e Códigos de Conduta como sinônimos, todavia enquanto aquela poderia ser definida como a integração voluntária por parte das empresas acerca de preocupações sociais e meio ambiente em suas atividades empresariais e em suas relações comerciais, estes supõem também a imposição de regras internas de atuação ética dentro da organização a todos os seus empregados e profissionais.

Como corolário, tem-se que a responsabilidade das empresas e dos Estados não são as mesmas quanto à violação a direitos humanos; não se confundem, mas se complementam[21], haja vista a atual ordem global e a consequente ampliação, influência e representatividade econômica de grandes instituições privadas.

---

[18] PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de Direitos Humanos e o envolvimento das grandes corporações. *In:* SOARES, Inês; PIOVESAN, Flávia; TORELLY, Marcelo. *Empresas e Direitos Humanos*, Juspodivm, 2018, p. 171-184.

[19] AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p 359.

[20] Quanto ao tema John Ruggie afirma que existe também um amplo consenso de que a Responsabilidade Social Corporativa difere da sua contrapartida a nível nacional (...) A Responsabilidade Social Corporativa a nível nacional baseia-se no pressuposto de que as empresas responsáveis operam dentro de um quadro político de regras e regulamentos que funciona de forma menos adequada e definido pelas autoridades governamentais. Essa condição, no entanto, não é válida globalmente. O quadro global de regras é frágil e incompleto. Globalmente, não existe um regulador central e as leis nacionais em que as multinacionais operam podem ser fracas, mal aplicadas ou simplesmente não existirem. Portanto, eles propõem um novo paradigma, no qual a empresa é atraída para papéis políticos maiores, executando tarefas que tradicionalmente associamos ao Estado. Estes incluem elementos de funções reguladoras e a produção de bens públicos. RUGGIE, John Gerard. *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy*. *In: Regulation & Governance*, 2018, 12, p. 317-333. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/rego.12154>. Acesso em 15 mai. 2022.

[21] PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In:* BENACCHIO, Marcelo (coord.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 154.

Ademais, não se pode negar que os Estados não têm obtido êxito em evitar de maneira satisfatória as violações a direitos humanos, quer seja por muitas vezes possuírem relações com elas, ou ainda pela ausência de norma vinculativa às empresas no âmbito internacional[22].

Sendo assim, pode-se perceber que este diálogo entre as empresas e os direitos humanos permanece conturbado, especialmente pela dificuldade em se conceber ou atribuir responsabilidade aos atores, ausência de abertura constitucional[23] entre as Nações, dificuldade de colaboração entre os Estados, falta de interação, bem como pelo fato de ainda não existir uma maneira que reflita plenamente as complexidades e a dinâmica da globalização e forneça aos governos e outros atores sociais uma orientação eficaz.[24]

Como corolário, a fim de se evitar os riscos das empresas no que tange a direitos humanos, percebe-se a importância de medidas preventivas, as quais contribuam para a minimização real ou potencialmente negativa que possam atingi-los. Assim, cada empresa é chamada não só a controlar os riscos gerados por sua própria atividade, implementar mecanismos de prevenção contra a violação dos direitos humanos, mas fiscalizar seus desenvolvimentos e eficácia.[25]

Nesta toada, cumpre observar que além do cumprimento das leis nacionais, a responsabilidade básica das empresas é respeitar os direitos humanos. O não cumprimento dessa responsabilidade pode sujeitar as empresas violadoras a sanções que podem estar associadas ao descumprimento de *soft law*, mas também, dependo do caso, operam-se severas sanções comerciais, não raro a provocar o repúdio do mercado consumidor.

Assim, tem-se que a responsabilidade social corporativa de respeitar os direitos humanos e laborais existe independentemente dos deveres dos Estados. De igual modo, como a responsabilidade de respeitar é uma expectativa básica, uma empresa não pode compensar o dano aos direitos humanos executando boas ações em outros lugares, tanto quanto compete a

---

[22] SANTOS, Mariana Lucena Sousa. RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. Reflexões Teóricas Acerca da Caracterização da Responsabilidade Internacional de Empresas Transnacionais por Violação a Direitos Humanos. *In: Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 162-174, Jul./Dez. 2016, p. 164. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1401>. Acesso em 15 mai. 2022.

[23] Ver em: MALISKA, Marcos Augusto. Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

[24] RUGGIE, John Gerard. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. 2008, p. 190. Disponível em: <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189>. Acesso em 15 mai. 2022.

[25] CORIA, Dino Carlos Caro. CAVAGNARI, Rodrigo J. Direitos Humanos, *Compliance* e Indústrias Extrativistas na América Latina. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 87-110, jul./dez. 2017, p. 97 e 99. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/files/Livro.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

elas aditar programas específicos que rompam com a negativa de não causar o dano[26], sob risco de incidir em cumplicidade, ou seja, o envolvimento indireto de empresas em abusos dos direitos humanos e laborais onde a violação é cometida por outra parte, incluindo governos e empresas privadas.

Sendo assim, frente ao caráter transindividual e caráter universal dos direitos fundamentais sociais, dentre eles os direitos sociais trabalhistas, emerge a necessidade de participação de todos os Estados, da comunidade internacional e das empresas, a fim de lhe estregar eficácia plena.

Ademais, ainda que pareça improvável que a Responsabilidade Social Corporativa, seja de maneira simplista ou individualista, revele-se o modo para a concretização dos direitos fundamentais dentro da atual perspectiva de globalização corporativa, tem-se que, ao menos, surge como um instrumento paliativo para o fim desejado.

O *COMPLIANCE* E SUA EFICÁCIA A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO

O *compliance* é utilizado de maneira mais usual no âmbito do direito penal ou ainda como forma atribuição de responsabilidade a gestores ou administradores legais. Entretanto, pode ser aplicado para salvaguardar direitos sociais trabalhistas.

Os programas de *compliance* podem ser compreendidos como recomendações corporativas que possuem como escopo a regulamentação privada de decisões, valores, missão e atuação de diretores, gestores e demais empregados[27]. Assim, infere-se que não se trata de um controle absoluto, mas uma auto-regulamentação controlada.[28]

Pode ainda ser interpretado como um meio corporativo para controle das fontes de riscos inerentes a sua atividade, buscando estar em conformidade com as exigências normativas e legais[29], ou ainda como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e

[26] RUGGIE, John Gerard. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. 2008, p. 199. Disponível em: <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189>. Acesso em 15 mai. 2022.

[27] SEIN, José Luis Goñi. *Programas de cumplimento, investigaciones internas y derechos de los trabajadores*. *In:* PUIG, Santiago Mir. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. MARTÍN, Víctor Gómez. IBARRA, Juan Carlos Hortal. IVAÑEZ, Vicente Valiente. *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevencíon, detección y reacción penal*. Madrid. Edisofers: 2014, p. 384.

[28] MARTÍN, Víctor Gómez. *Compliance y derechos de los trabajadores. In:* KUHLEN, lothar, MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoria del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 126

[29] CORIA, Dino Carlos Caro. CAVAGNARI, Rodrigo J. Direitos Humanos, *Compliance* e Indústrias Extrativistas na América Latina. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 87-110, jul./dez. 2017, p. 100. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/files/Livro.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

incentivo à denúncia de irregularidades no meio coorporativo[30], cujo objetivo seria a proteção dos valores empresariais, os quais insofismavelmente englobam a proteção aos direitos humanos, por meio da prevenção ao trabalho escravo, ao trabalho infantil e à discriminação de maneira geral, tanto quanto demais direitos sociais, inclusive, àqueles atrelados a segurança das relações de consumo.[31]

De igual sorte, impende destacar que deve subsistir coerência entre o programa de *compliance* com os riscos empresariais, devendo ainda haver constantes treinamentos e avaliações dos mesmos, akém de existir incentivo a denúncia, normas de confidencialidade, bem como inexistir qualquer tipo de represália ou discriminação.

As regras de conduta incorporadas aos programas de *compliance* cumprem uma dupla função. A primeira delas seria a de proteção interna, a qual se resume em pacificar os comportamentos aceitáveis para a empresa e estabelecer as condutas que estão de acordo com seus valores, valendo, assim, internamente, para o cumprimento da legalidade e de suas normas próprias de atuação (ética interna da empresa). A segunda, por sua vez, tende a proteção externa, buscando, desse modo, contribuir para a preservação de uma ordem pública (ética externa da empresa), ainda que como caráter instrumental, vez que sua vocação não é a de prevenção em geral de delitos, mas de exoneração de toda e qualquer responsabilidade sua no âmbito empresarial.[32]

Outrossim, impende salientar que a cultura de *compliance*, orientada por decisões empresariais em conformidade com *best practices* e por padrões procedimentais de governança corporativa, não se limita à avaliação de um "estar em conformidade com a lei". Afinal, a instituição de deveres no âmbito corporativo também diz respeito aos incentivos às novas práticas empresariais, buscando fomentar, por meio de regulamentação jurídica, um verdadeiro novo padrão de mercado.

---

[30] GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 344.

[31] FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. QUEIROZ, Bruna Pamplona de. GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o *Compliance* Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. *In:* Revista *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, v. 9, n. 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018, p. 261. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8455>. Acesso em 15 mai. 2022.

[32] SEIN, José Luis Goñi. *Programas de cumplimento, investigaciones internas y derechos de los trabajadores*. *In:* PUIG, Santiago Mir. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. MARTÍN, Víctor Gómez. IBARRA, Juan Carlos Hortal. IVAÑEZ, Vicente Valiente. *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevencíon, detección y reacción penal*. Madrid. Edisofers: 2014, p. 384.

Não obstante, impende salientar que os códigos de conduta[33], como meio de *compliance*, podem contribuir, juntamente com outros instrumentos, para a promoção e respeito dos direitos fundamentais do trabalho, o cumprimento das normas internacionais do trabalho, o respeito de direitos trabalhistas fundamentais e de condições mínimas de ambiente de trabalho no mundo.

Desse modo, infere-se que a desterritorialização das empresas transnacionais as permite eleger o lugar de produção, que em muitos casos são Estados receptores com ordenamentos jurídicos desregulados segundo a lógica neoliberal, motivo pelo qual, teoricamente, os códigos de conduta, ainda que como um *plus* normativo, contribuem para equalizar os efeitos de legislações nacionais muito frágeis.[34]

Ademais, referidos códigos de conduta sugerem diversos desafios aos juristas, vez que não devem analisar somente a eficácia das declarações unilaterais das empresas em respeito seus trabalhadores, mas também determinar se existem ações para obrigar as mesmas a exigir o cumprimento de seus padrões laborais a outras empresas do mesmo grupo, terceiros, fornecedores e clientes.[35]

Desse modo, a existência de controles internos para evitar o ato lesivo e a implantação de um programa de *compliance* ganhou significativa relevância no mundo corporativo, deixando de ser visto como custo e passando a ser encarado como investimento, ante aos inúmeros benefícios se bem implementado.[36]

Ademais, olvidar não se deve, que uma política de *compliance* sólida e robusta que inicie no momento das contratações e se estenda pelo decorrer do vínculo empregatício ou de trabalho, demonstra-se de extrema importância para evitar desvio dentro do meio corporativo, vez que conhecer a idoneidade do empregado é tão importante quanto conhecer a idoneidade do cliente, uma vez que criminosos que se utilizam de prática de lavagem de dinheiro para

---

[33] Este como marco da responsabilidade social empresarial e um conjunto de disposições formuladas por uma empresa relativa a diversos temas, tais como princípios e direitos fundamentais referentes ao trabalho e outros direitos laborais que a empresa se compromete a cumprir a respeito de seus empregados e até mesmo de empregados do mesmo grupo econômico, terceiros, fornecedores e clientes. MANGARELLI, Cristina. *Código de conduta: em el marco de la Responsabilid Social de la Empresa.* Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 30 e 31.

[34] ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*: *Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidade social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Madrid: Hegoa, 2009, p. 579. Disponível em <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf?1488539221, pp.548-578>. Acesso em 15 mai. 2022.

[35] MANGARELLI, Cristina. *Código de conduta: em el marco de la Responsabilid Social de la Empresa.* Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 29.

[36] OLIVEIRA, André Araújo de. A incidência da lei anticorrupção e do *compliance* no âmbito trabalhista. *In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito,* v. 12, n. 12, 2015, p. 169.

legitimar recursos estão sempre dispostos a utilizar quantias significativas para corromper empregados das instituições e viabilizar as operações ilícitas.[37]

Desse modo, demonstra-se de extrema relevância a análise de riscos das questões e de processos trabalhistas, e se identificando alto índice de desvios ou falhas, como por exemplo na retenção de documentos, retaliações das gerências, assédio sexual, assédio moral, *bullying*, dano existencial, entre outros, o foco de treinamento e capacitação deve ser mais específico e direcionado aos departamentos e empregados onde os desvios de condutas foram constatados.

Outrossim, o cumprimento do direito como um valor da ética e cultura empresarial expressa-se em um código de deveres de atuar ou de omitir ações em circunstâncias concretas que remete a regras de conduta.[38]

Atualmente, a estrutura econômica ocasiona diversos dilemas que afetam diretamente a ética aplicada ao mundo empresarial, vez que a aplicação e cumprimento de um direito podem colidir com as finalidades e propósitos das empresas. Afinal, isto também ocorre com os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, que sobre uma mesma situação dão ensejo à aplicação de valores opostos, gerando, indubitavelmente, uma tensão.

A questão pode adquirir características especiais quando a tensão se fundamenta entre os objetivos e interesses econômicos empresariais e o fiel cumprimento do direito, tal como ocorre com a assunção do denominado "risco presumido" por parte das empresas, ao adotar a supressão irrestrita de direitos trabalhistas, ou seja, a prática do *dumping* social, a fim de obter o máximo rendimento ao menor custo para sua produção, inclusive com descumprimento da legislação vigente, quer seja no âmbito internacional, ou ainda no âmbito interno.

Sendo assim, infere-se que o *compliance* no âmbito trabalhista se apresenta como um importante instrumento para concretização dos direitos sociolaborais.

PROTAGONISMO CORPORATIVO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E EFICÁCIA PLENA AO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: MEIO AO COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL EM UMA PERSPECTIVA GLOBAL

[37] CANDELORO, Ana Paula Pinho. RIZZO, Maria Balbina Martins. PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades do mundo corporativo.* 2 ed. São Paulo: Editora do Autor, 2015, p. 342.
[38] BACIGALUPO, Enrique. HERMIDA, Carmen. *Compliance y derecho penal.* Thonsom Reuteurs, Caminho de Galar. Editorial Aranzadi: 2011, p. 17.

A responsabilidade social e a governança corporativa vêm ganhado cada vez mais importância à medida que a própria sociedade espera que as empresas hajam com base em princípios éticos, promovam o desenvolvimento social e acolham os interesses de todos que direta ou indiretamente possam ser influenciados por suas decisões.

Com isso, vem-se deixando de lado a percepção do tão almejado lucro sem a preocupação com o bem estar da sociedade.[39]

A não proteção ou não efetivação dos direitos fundamentais comprometem três pilares dos direitos sociais. O primeiro deles seria quanto à solidariedade, vez que se demonstra inviável a busca pela equalização das diferenças sociais. O segundo deles seria a justiça social, a qual preza pela distribuição justa dos recursos econômicos e culturais. O terceiro, por sua vez, seria o da proteção da dignidade humana, a qual, quando inexistente, impossibilita a própria existência e manutenção do Estado Democrático e Social de Direito.

Entretanto, ainda que no âmbito interno a dignidade da pessoa humana já possa ter sido reconhecida por vários Estados, tanto quanto pela comunidade internacional, como um princípio e direito inerente a todos, hoje empresas intituladas como multinacionais ou transnacionais ganham representatividade econômica e importância global até mesmo superiores que alguns países.

Desse modo, a concretização e eficácia plena dos direitos sociais trabalhistas não se esgotam mais no âmbito interno de cada Estado Nação ou ainda por meio de negociações ou acordos supranacionais, mas, invariavelmente, dependem de uma participação ativa de todos, inclusive empresas. Afinal, em um contexto global, indiscutivelmente empresas são capazes de violar direitos humanos.

Nesta toada, podem-se perceber os problemas que as lacunas de governança criadas pela globalização deixaram na relação da exploração da atividade empresarial com os direitos humanos[40]. Assim, infere-se que referidas lacunas, direta ou indiretamente, viabilizam um ambiente permissivo para a prática de atos ilícitos no meio empresarial, as quais obstam qualquer tipo de reparação, responsabilização ou sanção.[41]

---

[39] SILVA FILHO, Cândido Ferreira; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco (Organizadores). *Ética, Responsabilidade Social e Governança Corporativa***.** 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Alínea, 2014, p. 5.

[40] BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014, p. 78 e 79.

[41] RUGGIE, John Gerard. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. 2008, p. 189. Disponível em: <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189>. Acesso em 15 mai. 2022.

Diante do exposto, infere-se que a violação de direitos fundamentais com caráter universal, tal como os direitos humanos e laborais, rompe com qualquer natureza individualista, clamando, por conseguinte, pela colaboração de todos os Estados, organizações de direito internacional, empresas, a fim de galgariar, de melhor medida possível, sua eficácia plena.

Neste sentido, pode-se concluir que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais exige das empresas um espaço idôneo para o exercício dos mesmos, mesmo diante do poder de organização, direção e disciplina atrelados a estas. Em outras palavras, tendo em vista que a relação de trabalho necessariamente pressupõe que um ser humano se coloque voluntariamente abaixo do poder de mando de outro, insofismavelmente reside a noção dos direitos fundamentais como limites intangíveis do poder privado.

Sendo assim, tem-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não somente atinge a relação de trabalho, o dever patronal de se abster de restringir arbitrariamente seu exercício e satisfazer suas prestações, mas carece que os poderes de organização, direção e disciplina atinentes às empresas sirvam para garantir a eficaz tutela daqueles direitos subjetivos. Assim, compete às empresas executar, dentro dos perímetros de seus processos produtivos, as medidas idôneas de prevenção, reparação e sanção das condutas que tenham por finalidade lesionar os direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores e terceiros que se desenvolvam em suas dependências.[42]

Outrossim, impende salientar que a crise atual do capitalismo neoliberal implementa a supremacia do capital financeiro sobre o capital produtivo, que se traduz na financeirização da economia e acarreta o deslocamento das empresas no trânsito entre o abandono de países civilizados em busca de outros países onde suas atividades especulativas possam gerar maiores lucros, ensejando, assim, insofismavelmente a precarização das condições de vida dos trabalhadores, que pagam o preço para além da tomada da mais-valia, da busca destes melhores resultados, ou seja, o mais puro e simples reflexo do *dumping* social.

Não obstante, ainda que no Brasil inexista qualquer regulamentação constitucional ou infraconstitucional especial e diferenciada para empresas multinacionais no tocante ao trabalho subordinado, indubitável é que a adoção de Diretrizes para as multinacionais seriam sempre uma possibilidade de fomentar a atuação de grupos de pressão em torno do cumprimento da legislação local e reivindicar a observância de padrões éticos, em especial em torno de políticas

[42] SANGUINETI, Wilfredo. CARBALLO, César A. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa*. Montevideo: Fundación Electra; Fundación de Cultura Universitaria, 2018, p. 41.

de reconhecimento de direitos humanos e a fim de evitar a precarização irrestrita das relações de trabalho.[43]

Sendo assim, ainda que o *compliance* ou a responsabilidade social corporativa possam ser vistos como um *"derecho blando"*, ou ainda um *"soft law",* indubitável é que quando relacionados a proteção e promoção do direito fundamental ao trabalho e demais direitos sociais, além de garantirem seu cumprimento, no mínimo colaboram para o enfraquecimento de empresas que não cumprem padrões trabalhista mínimos, tanto quanto favorecem a extirpação da lastimável prática do *dumping* social.

Desse modo, ainda que a responsabilidade social corporativa e os programas de *compliance* sofram certa debilidade na aplicação de seus princípios tanto quanto sua exigibilidade, grande parte dos doutrinadores os consideram como vinculantes dentro da perspectiva interna da conduta empresarial, ou seja, uma norma sem sanção imediata, mas que possui um valor orientador e uma eficácia hermenêutica da vontade da empresa.[44]

Esta convergência entre a livre iniciativa empresarial e direitos humanos, permeada pela ideia de responsabilidade social corporativa e programas de *compliance*, permite galgar cinco níveis, quais sejam: i) evitar conflitos entre empresas e empregados; ii) minimizar as possibilidades de que empresas possam se beneficiar por vantagens ilícitas; iii) garantir direitos trabalhistas mínimos aos empregados; iv) estabelecer padrões de respeito ao meio ambiente e; v) o compromisso de que empresas não se instalem em países que violem direitos humanos.[45]

Portanto, para concretização da eficácia plena dos direitos fundamentais sociolaborais a abertura, cooperação e interação deve ser de todos, quer seja Estado ou ainda empresa transnacional, vez que estas em muitos casos ocupam valor e representatividade econômica similar ou superior a daqueles.

Desse modo, para efetivação dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores, não basta, portanto, a ampliação do arcabouço legislativo punitivo, gerando congestionamento do sistema judiciário e de justiça, com constante judicialização da proteção social, buscando a eficácia vertical dos direitos fundamentais através do poder judiciário, razão pela qual não há como desprezar a imensa e imprescindível contribuição de meios, ainda que paliativos, que viabilizem sua concretização de forma plena.

---

[43] COUTINHO, Aldacy Rachid. *Boletim de ciências económicas.* v. LVII, Separata: Coimbra, 2014, p. 1228.
[44] AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 370.
[45] STAFFEN, Márcio Ricardo. ZAMBAM, Neuro José. Direito ao Desenvolvimento Humano Enquanto Bem Jurídico Gobal. *In: Revista de Direito Brasileira*. v. 11, n. 5, 2015, p. 37 e 38. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2864>. Acesso em 15 mai. 2022.

Sendo assim, compete aos Estados ativamente e às empresas, não somente como deveres negativos, ou seja, de não cometer violações, mas também positivos que viabilizem ativamente impedir que violações aconteçam, fomentar propostas e instrumentos, dentre eles a própria responsabilidade social corporativa e programas de *compliance*, a fim viabilizar a disseminação e concretização dos direitos humanos e sociolaborais.

CONCLUSÃO

Com o advento do mercado global, a economia se dissociou da política, tendo, por conseguinte, as empresas transnacionais ou multinacionais se tornado verdadeiros protagonistas da globalização, movendo-se em um espaço habitado tão somente pela economia e não mais pela política.

Em um contexto de corrida global, o papel do Estado se limita, em muitos casos, à única possibilidade de aderir à *race to the bottom* imposta ou sugerida pelo pensamento neoliberal.

A globalização carrega a universalidade do novo *ius mercatorum* ou nova *lex mercatoria*, que governa o mercado global, mas que infelizmente não se traduziu numa universalidade relativa aos direitos sociais.

Todavia, não se pode esquecer que uma globalização sustentável deve vir acompanhada de uma globalização dos direitos humanos, tanto quanto salvaguardem a dignidade dos trabalhadores.

Nessa toada, ainda que até o momento não se tenha obtido êxito quanto à elaboração de instrumentos internacionais de *hard law* em relação ao combate à prática do *dumping* social, os mecanismos de *soft law*, de autolimitação e autodisciplina de Direito Privado podem contribuir para a tutela dos direitos humanos e sociais por parte das empresas multinacionais. Afinal, a sensibilização com a justiça social e a concretização dos direitos sociais, por meio desses instrumentos, viabilizam, com o passar do tempo, a cristalização em um compromisso mais firme mediante a ação normativa.

Dessa forma, independentemente da atual ordem econômica capitalista ou da globalização em que estamos inseridos, o trabalho precisa ser ressignificado e revalorado, voltando a ocupar seu papel central de relevância e destaque.

Ao certo, o problema da prática do *dumping* social tem uma abrangência global e muito mais ampla do que as que se objetivam resolver com a presente pesquisa, entretanto, em virtude da ausência da concretização dos direitos sociais fundamentais, tanto no âmbito global como

no interno, optou-se por apresentar um projeto que visa a superar os meios até então encontrados para a refutação de tal prática, tendo em vista que, em uma escala global, problemas como a soberania e a ausência de instrumentos internacionais hábeis para combatê-la fazem com que, instrumentos como a responsabilidade social corporativa ou o *compliance*, possam contribuir positivamente com tal finalidade.

No âmbito internacional, a abertura, a cooperação e ou interdependência necessariamente precisam ser transpostas e rompidas a fim de que se possa cogitar a eficácia plena dos direitos sociais laborais. Alguns meios para tal fim inclusive já se encontram determinados, como, por exemplo, na implementação de padrões mínimos trabalhistas pelas intituladas cláusulas sociais, a proteção ao trabalho e formas de suas explorações por meio de tratados e convenções internacionais no âmbito das empresas, instrumentos como os códigos de ética, códigos de conduta, programas de *compliance* e responsabilidade social corporativa, entre outros, mas que encontram óbice nos sentimentos de autorregulamentação, autossuficiência e individualismo, alimentados ao certo pela inegável busca por lucro, representatividade e demonstração de poder.

No âmbito interno e, portanto, no plano de eficácia vertical, ou seja, na relação entre Estados e particulares, a ausência de regulamentação da prática do *dumping* social e meios eficazes para combatê-lo trazem consigo insegurança jurídica, tanto quanto nebulosidade quanto a legalidade, aplicabilidade, legitimidade, fundamentação, destinação da verba, entre outros, em evidente conclame para que sejam resolvidos ou ao menos mitigados.

Desse modo, a fim de se alcançar a eficácia plena dos direitos sociais laborais no âmbito das relações privadas (eficácia horizontal), as empresas, como atualmente até mesmo protagonistas da atual ordem econômica, devem não somente se abster de descumprir os direitos fundamentais ou normais trabalhistas, mas, juntamente com o Estado, implementar medidas preventivas, restituitórias e sancionatórias que permitam garantir o pleno e eficaz exercício dos referidos direitos.

Diante do exposto, tem-se que o problema da ineficácia dos instrumentos até então existentes para o combate do *dumping* social podem ser mitigados por meio da responsabilidade social corporativa e do *compliance*.

REFERÊNCIAS

ADNETT, Nick. *Social dumping and european economic integration. In: Journal of European Social Policy*, 1995, 5 (1), 1-12.

AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho Transnacional del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BACIGALUPO, Enrique. HERMIDA, Carmen. *Compliance y derecho penal.* Thonsom Reuteurs, Caminho de Galar. Editorial Aranzadi: 2011.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014.

CANDELORO, Ana Paula Pinho. RIZZO, Maria Balbina Martins. PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades do mundo corporativo.* 2 ed. São Paulo: Editora do Autor, 2015.

CORDELLA, Tito. GRILO, Isabel. *Social dumping and relocation: is there a case for imposing a social clause? In: Regional Science and Urban Economics,* 31, 2001, 643-668.

CORIA, Dino Carlos Caro. CAVAGNARI, Rodrigo J. Direitos Humanos, *Compliance* e Indústrias Extrativistas na América Latina. *In: Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 87-110, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.sistemacriminal.org/site/files/Livro.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Boletim de ciências económicas.* v. LVII, Separata: Coimbra, 2014.

DUTRA, Lincoln Zub. SANTOS, Samuel Lima dos. *A prática do dumping social no Projeto de Lei 4.330/04 e a precarização das relações e garantias trabalhistas*. *In: Dumping social no Direito do Trabalho e no Direito Econômico*. Coordenação: Lincoln Zub Dutra. Curitiba: Juruá, 2016.

EHRENBERG, R. Labor Markets and Integrating National Economies. *The Brookings Institutions. Washignton,* DC, 1994.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti. QUEIROZ, Bruna Pamplona de. GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o *Compliance* Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. *In:* Revista *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, v. 9, n. 1, p. 259-276, Jan-Abr, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8455>. Acesso em 15 mai. 2022.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LAAT ECHEVERRÍA, Bernardo Van. La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado. *In: Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica, 2004, n. 103, p. 4. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13367/12634>. Acesso em 15 mai. 2022.

LEON, Francisco Rafael Ostau de Lafront de; CHAVARRO, Leidy Ángela Niño. Incidencia del Derecho Internacional del mundo del trabajo en el marco de los derechos humanos en Colombia. *In: Revista Republicana*. N. 20, Enero-Junio, p. 65-96, 2016.

LUIS GIL, José. *Justicia social y acción de la OIT. In: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MANGARELLI, Cristina. *Código de conduta: em el marco de la Responsabilid Social de la Empresa.* Montevidéu: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

MARTÍN, Víctor Gómez. *Compliance y derechos de los trabajadores. In:* KUHLEN, lothar, MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. *Compliance y teoria del derecho penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

MARTÍNEZ BADENES, Miguel Ángel. *Presente y futuro de los derechos sociales en el ámbito internacional. In: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.* Volumen 3, número 4, octubre-diciembre de 2015.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. *O dumping social e a total possibilidade de tutela das minorias na atividade empresarial*. *In: Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*. Vol. 4, n. 43, ago. 2015.

OLIVEIRA, André Araújo de. A incidência da lei anticorrupção e do *compliance* no âmbito trabalhista. *In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito,* v. 12, n. 12, 2015.

PAMPLONA, Danielle Anne. Das violações de Direitos Humanos e o envolvimento das grandes corporações. *In:* SOARES, Inês; PIOVESAN, Flávia; TORELLY, Marcelo. *Empresas e Direitos Humanos*, Juspodivm, 2018, pp.171-184.

PAMPLONA, Danielle Anne; SILVA, Ana Rachel Freitas da Silva. Os princípios orientadores das Nações Unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? *In:* BENACCHIO, Marcelo (coord.). *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. Curitiba: Editora CRV, 2016. p. 147 a 168.

RUGGIE, John Gerard. *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy*. *In: Regulation & Governance*, 2018, 12, p. 317-333. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/rego.12154>. Acesso em 15 mai. 2022.

RUGGIE, John Gerard. *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*. 2008. Disponível em: <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189>. Acesso em 15 mai. 2022.

SANGUINETI, Wilfredo. CARBALLO, César A. *Derechos fundamentales del trabajador y libertad de empresa*. Montevideo: Fundación Electra; Fundación de Cultura Universitaria, 2018.

SANTOS, Mariana Lucena Sousa. RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. Reflexões Teóricas Acerca da Caracterização da Responsabilidade Internacional de Empresas Transnacionais por Violação a Direitos Humanos. *In: Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 162-174, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/1401>. Acesso em 15 mai. 2022.

SEIN, José Luis Goñi. *Programas de cumplimento, investigaciones internas y derechos de los trabajadores*. *In:* PUIG, Santiago Mir. BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. MARTÍN, Víctor Gómez. IBARRA, Juan Carlos Hortal. IVAÑEZ, Vicente Valiente. *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevencíon, detección y reacción penal*. Madrid. Edisofers: 2014.

SILVA FILHO, Cândido Ferreira; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; CALIL, José Francisco (Organizadores). *Ética, Responsabilidade Social e Governança Corporativa***.** 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Alínea, 2014.

STAFFEN, Márcio Ricardo. ZAMBAM, Neuro José. Direito ao Desenvolvimento Humano Enquanto Bem Jurídico Gobal. *In: Revista de Direito Brasileira*. v. 11, n. 5, 2015, p. 22-43. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2864>. Acesso em 15 mai. 2022.

VALENZUELA HERRERA, Augusto. Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio. *In: Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, SP, v. 38, n. 148, p. 293-312, out./dez. 2012.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*: *Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidade social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Madrid: Hegoa, 2009. Disponível em <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_derechos_humanos.pdf?1488539221, pp.548-578>. Acesso em 15 mai. 2022.

ABUSO SEXUAL DO MENOR DE QUATORZE ANOS

(Análise do Incesto, Pedofilia, abusador, estupro bilateral, lei Romeo e Julieta)

José Rosa Neto[1]

RESUMO: Sabemos que a violência sexual é hoje uma das formas mais graves de concretização da violência nas sociedades existentes, provocando facilmente nas pessoas uma sensação imediata de aversão e repúdio. Abrange um enorme conjunto de condutas sexuais muito violentas, as quais se descrevem como, Estupro, violações sexuais, abuso sexual, prostituição forçada, tráfico para exploração sexual, dentre outras, de acordo com o país. Essa conduta no Brasil recebe o nome de Estupro. Nesse contexto, o objeto do nosso artigo será Estupro de vulnerável do menor de quatorze anos, cuja descrição típica vem em um artigo do Código Penal, onde se tutela a dignidade sexual do menor de quatorze anos. Destarte, neste ensaio, buscou-se uma abordagem sobre o "consentimento do menor de quatorze anos para o ato sexual"; as diferenciações entre incesto, pedofilia e abusador sexual; além de uma análise perfunctória sobre o "estupro de vulnerável bilateral" e a lei "Romeo e Julieta".

Palavras-chave: Vulnerabilidade - Menor de 14 anos – Incesto – Pedofilia - Idade para Consentimento – Estupro Bilateral – Lei Romeo e Julieta.

ABSTRACT: We know that sexual violence is today one of the most serious forms of violence in existing societies, easily provoking in people an immediate feeling of aversion and repudiation. It covers a huge set of very violent sexual behaviors, which are described as Rape, sexual violations, sexual abuse, forced prostitution, trafficking for sexual exploitation, among others, according to the country. This conduct in Brazil is called Rape. In this context, the object of our article will be Rape of a vulnerable child under fourteen years old, whose typical description comes in an article of the Penal Code, where the sexual dignity of a child under fourteen is protected. Thus, in this essay, an approach was sought on the "consent of a person under fourteen years of age for the sexual act"; the differences between incest, pedophilia and sexual abuser; in addition to a perfunctory analysis of the "bilateral vulnerable rape" and the "Romeo and Juliet" law.

Keywords: Vulnerability - Under 14 - Incest - Pedophilia - Age for Consent - Bilateral Rape - Romeo and Juliet Law.

[1] decadepol@gmail.com
Lattes ID: http://lattes.cnpq.br/7043348287482589

INTRODUÇÃO

O abuso sexual de Crianças não é um fenômeno novo, mas sim algo que se tem manifestado sob variadíssimas formas em todas as culturas da atualidade. Assim, o abuso infantil faz parte das grandes problemáticas que as sociedades e os sistemas de proteção à criança atualmente têm enfrentado.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o abuso sexual infantil é definido como "o envolvimento de uma criança numa atividade sexual que o menor seja incapaz de compreender plenamente, sendo inapto a dar o seu consentimento informado ou para o qual a criança se manifeste prematura no desenvolvimento psicológico e sexual".

Assim, o abuso sexual infantil é evidenciado pela atividade entre uma criança e um adulto, ou outra criança que pela sua idade ou desenvolvimento se encontre numa relação de responsabilidade, confiança ou poder. No Brasil, esse crime é denominado estupro de vulnerável, tipificado no caput do art. 217-A, do Código Penal, introduzido pela 12.015/2009.

Antes da promulgação da referida lei, havia quem defendesse a tese de que o consentimento para a relação sexual dada por um menor com idade inferior a quatorze anos não poderia ser entendida como estupro, em razão da aplicação do instituto da 'violência presumida' (disciplinada no revogado artigo 224 do Código Penal) se, por exemplo, o menor se entregasse costumeiramente à prostituição. Embora se imaginasse que tais posicionamentos representariam julgados isolados na jurisprudência, tal tese começou a ganhar destaque em vários Tribunais e na primeira instância. Esse fato motivou o congresso nacional brasileiro a editar nova legislação que criou o tipo penal "estupro de vulnerável", na qual a idade da vítima passaria ao status de elementar do tipo penal, tornando a divergência jurisprudencial e doutrinária outrora debatida mais amena.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito do tema afirmando que "a violência presumida foi eliminada pela Lei nº 12.015/2009; que a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos consubstancia crime de estupro, não havendo mais de perquirir se houve ou não violência".

Destarte, o referido artigo tem por objetivo demonstrar - além das diferenças entre os conceitos de incesto, pedofilia e abusador sexual - que mesmo com a criação de súmulas e de leis no sentido de firmar o entendimento de que o crime de estupro de vulnerável do menor de quatorze anos não admite relativização, sendo o critério da idade objetivo e de presunção absoluta, a doutrina e a jurisprudência continuam ainda hoje divergentes nesse sentido, procurando, sempre que possível, relativizar a referida idade.

DO TIPO PENAL E O BEM JURÍDICO TUTELADO

O estupro de vulnerável no Brasil vem previsto no Título VI, que trata dos Crimes contra a Dignidade Sexual, no capítulo II, que trata dos Crimes Sexuais contra Vulneráveis, caput do artigo 217-A, tipificando condutas sexuais que, embora praticadas *sem* violência ou grave ameaça, implicam em atos criminosos, por ofender a dignidade sexual do menor de quatorze anos, afetando gravemente o seu desenvolvimento sexual. Ressalto que o abuso sexual *não* implica necessariamente a satisfação sexual do abusador; assim, a tônica deve ser sempre a criança e não o agente agressor. Ademais, o menor de quatorze anos tanto faz estar na posição ativa ou passiva, estará sempre sofrendo o abuso sexual.

Quanto ao tipo penal em si, o mesmo prevê duas condutas distintas que preenchem a moldura criminal do delito. Assim, na forma simples, a infração consubstancia-se em *ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos*, com pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos". Já em relação a forma qualificada, tem-se o disposto no § 3º que aduz que *se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave*, *a pena será de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos*, e no § 4º, diz que *se da conduta resulta morte, a pena será de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos*"; sendo considerado crime hediondo.

Importa também citarmos as causas especiais de aumento de pena, as conhecidas majorantes, onde no artigo 226 existe a figura do estupro coletivo, na hipótese de haver dois ou mais agressores; e estupro corretivo, que visa controlar o comportamento social ou sexual da vítima; por outro lado no artigo 234, haverá aumento especial de pena se resultar gravidez ou se houver transmissão de doença sexualmente transmissível.

Neste contexto, já decidiu a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a prática de conjunção carnal com demais atos libidinosos (como também sexo anal) caracterizará *crime único*. Assim, se o agente, além da penetração vaginal, vier também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*, já que os comportamentos se encontram na mesma figura típica, conforme decidiu a 5ª turma do STJ no HC – 441.523/BA.

No que se refere ao bem jurídico tutelado, a lei protege em tipo penal autônomo, os menores de quatorze anos. Assim, o tipo penal tutela, além da *liberdade* e *dignidade sexual* do menor de quatorze anos, protege, também, a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao *modus operandi*, o crime pode ocorrer com contato físico ou sem contato físico, daí a possibilidade do denominado *estupro virtual***,** onde o agente constrange a vítima nas redes sociais a praticar ato libidinoso, sob ameaça de compartilhar fotos e vídeos de conteúdo intimo dela (Ferreira, 2018). Assim, uma das bases para essa modalidade de estupro virtual é o denominado *sexting*, onde se utiliza a internet para expressão da sexualidade de maneira voluntária; se configurando o crime quando um deles exige do outro que pratique atos libidinosos (como nudez, masturbação etc), sob ameaça de que vai compartilhar nas redes sociais as imagens e vídeos que recebera voluntariamente.

No Brasil a Jurisprudência é majoritária em considerar o estupro virtual. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em 2017 em Recurso Especial que "A contemplação lasciva configura ato libidinoso nos tipos 213 e 217-A, CP, sendo irrelevante, para a consumação do delito, que haja contato físico entre o ofensor e o ofendido".

DA VULNERABILIDADE

No que se refere a vulnerabilidade, a lei é objetiva, pois serão considerados 'vulneráveis' todos os menores de 14 anos. A menoridade seria provada mediante certidão de registro civil. Consigna-se que no Brasil são considerados inimputáveis todas as pessoas menores de dezoito anos, sujeitos a legislação especial.

Cumpre ressaltar que parte da doutrina entende que a vulnerabilidade das pessoas inseridas em tal dispositivo é relativa, de modo que a capacidade para consentir com a prática do ato sexual deve ser apurada em cada caso concreto. Outra parte da doutrina opta pela vulnerabilidade absoluta. Assim, vê-se que a situação é mais complexa do que aparenta.

Contudo, em que pese a continuidade da discussão, é entendimento da doutrina majoritária que não mais cabe a polêmica a respeito da presunção de vulnerabilidade, uma vez que a nova redação é clara e inequívoca, considerando ela absoluta, não havendo, portanto, sentido em se entrar no mérito da presunção, tratando-se de objetividade fática (GRECO, 2020).

Nesse sentido já decidiu o STJ ao afirmar que "em se tratando de menores de 14 anos a presunção de vulnerabilidade é absoluta e não admitindo prova em contrário e nem qualquer espécie de relativização". Destarte, em 26/08/2014, a 6ª turma do STJ, reformou a decisão absolutória de primeira e segunda instâncias que absolviam o agente acusado de estupro de vulnerável diante da peculiaridade do caso concreto.

Confirmando esse entendimento, o STJ em sua 3ª seção exarou o seguinte julgado: "Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime". Assim, ratificou que a vulnerabilidade do menor de 14 anos é absoluta, sendo, portanto, presunção iure et de iure, ou seja, não admite prova em contrário.

Para os Tribunais Superiores existe uma única possibilidade de se afastar a punição nessa modalidade de crime, que é a hipótese de ocorrer o denominado *erro de tipo*, o qual poderá transformar a conduta em atípica. Seguindo esse entendimento, o julgador entendeu pela configuração do *erro de tipo*, tendo em vista o comportamento ousado e compleição física desenvolvida da vítima, assim aduzindo: "Se dos autos não se extrai certeza de que o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 (quatorze) anos de idade, acreditando, pelo seu comportamento ousado e compleição física desenvolvida, que a mesma era mais velha do que aparentava ser, configurado está o erro de tipo. Assim, havendo indicativos que a vítima, à época com 13 (treze) anos de idade, possuía entendimento e maturidade sobre sua sexualidade, não sendo corrompida ou ludibriada pelo acusado, com quem manteve voluntariamente relação sexual, não há que se falar na configuração do tipo penal disposto no art. 217-A, *caput*, do CP".

Desta forma, para que o autor do fato seja punido, será imprescindível que tenha plena consciência de que a pessoa a qual está tendo relações sexuais seja efetivamente vulnerável, caso contrário, não poderá ser responsabilizado.

Quanto a *ação penal*, dispõe o artigo 25 do Código Penal que no estupro de menor de 14 anos ou qualquer outro vulnerável, a ação será pública incondicionada.

TIPOLOGIAS DO COMPORTAMENTO CRIMINAL: pedofilia, abusador sexual e incesto.

Não raramente ocorre o uso equivocado, sobretudo pelos meios de comunicação, da associação das palavras "*pedofilia*" e "*pedófilo*" às infrações penais contra crianças ligadas às questões de sexo e de outros abusos sexuais, apregoando a existência do chamado "crime de pedofilia".

Objetivando esclarecer o que de fato é a "pedofilia", o presente trabalho baseou-se nas ponderações traçadas por dois documentos consagrados na literatura e prática médica

mundial, a saber: a Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5). O primeiro é o critério adotado no Brasil pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Trata-se de um documento que abrange *todas as doenças*, incluindo os transtornos mentais, e foi elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Já o DSM-5 é uma sigla inglesa, que significa Manual Diagnóstico e Estatístico. O DSM-5 é um documento que abrange apenas os *transtornos mentais*, sendo usado nos Estados Unidos e na Europa, na maioria dos países.

Apesar do constante uso equivocado da associação das palavras a crimes, em verdade, a pedofilia é um "transtorno mental" classificado na CID10, no item F65.4, como transtorno de preferência sexual por crianças , ao passo que o DSM-5 a tipifica como "transtorno pedofílico, definindo-o como uma parafilia na qual os adultos ou adolescentes com 16 anos de idade ou mais, têm fantasias sexualmente excitantes, impulsos sexuais ou comportamentos intensos e recorrentes envolvendo atividade sexual com criança, em geral, 13 anos ou menos. Destacando, ainda, que entre os pedófilos são encontrados homens que mantêm uma preferência por parceiros sexuais adultos, mas que, por serem cronicamente frustrados em conseguir contatos apropriados, habitualmente se voltam para crianças como substitutos".

Ressalta-se que para ser caracterizado como *pedófilo*, além do agente agressor contar com *dezesseis anos ou mais*, tem que ter uma *diferença de cinco anos* da vítima, critério este estabelecido pelo Manual Diagnóstico Estatístico de Transtornos Mentais, de 1994.

Já o *abusador sexual* é aquele que comete o crime de abuso sexual de crianças, podendo não existir qualquer transtorno de personalidade ou de predileção sexual. Muitas vezes trata-se de pais, padrastos, tios, ou qualquer outro membro da família, se aproveitando, inclusive da existência dessa relação familiar para praticar o crime sexual.

Em última análise, cumpre destacar que, nem todo pedófilo é abusador de criança e nem todo abusador é, necessariamente, um pedófilo, fazendo-se clara a ideia de que, o abusador de crianças pode ser definido por seus atos. Ao passo que o pedófilo pode ser definido por seus desejos.

Ainda que se possa aventar a possibilidade de enquadramento da pedofilia, enquanto compulsão sexual e o pedófilo como um "doente mental", não existe tipificação legal na legislação brasileira apontando para a semi-imputabilidade ou inimputabilidade em razão dessa anomalia psíquica. Assim, a lei penal brasileira não distingue o pedófilo do abusador sexual, punindo-os por estupro de vulnerável.

Nesse contexto ainda temos a figura do *incesto* definido como *"*a relação sexual entre parentes, consanguíneo ou por adoção" (COHEN, 1993). Ressalta-se que no Brasil o incesto

não é proibido, podendo ocorrer entre crianças (irmãos) sem necessariamente envolver um adulto ou adolescente. Portanto, nem todos os atos incestuosos podem ser considerados abusivos. Obviamente se ocorrer entre um menor de quatorze anos e um adulto, teremos a punição por estupro de vulnerável, e não porque ouve sexos dentro da família. A propósito está em tramitação o projeto de lei número 603/2021 que criminaliza o incesto no Brasil, com pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Assim, breve sairemos da imoralidade para adentrarmos na legalidade.

DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

Conforme o entendimento exposto em linhas acima, constata-se a existência de uma "presunção absoluta da vulnerabilidade do menor" de 14 anos no que tange aos crimes sexuais. Assim, conforme defende a doutrina de Victor Eduardo Rios Gonçalves, "pouco importa que uma moça de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens. Aquele que for flagrado com ela mantendo relação sexual, ciente de sua idade, responderá pelo crime de estupro de vulnerável. Não há que falar em presunção relativa, capaz de afastar o enquadramento penal".

Desta forma, é correto afirmar que, em outras palavras, a vulnerabilidade não admite relativizações, não importando o consentimento da vítima, que no caso não é válido, a experiência sexual anterior ou mesmo a prostituição infantil, ou o relacionamento amoroso entre autor e vítima, fato que também é incapaz de afastar o tipo penal em análise.

Nesse sentido foi o entendimento jurisprudencial manifestado pelo do Superior Tribunal de Justiça no Julgamento Recurso Especial 1289534/SP de 10/9/2019, no qual a Corte firmou entendimento no sentido de que "para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime".

Todavia, ainda que a novel lei tenha trazido um tipo penal com um dado objetivo, parte da doutrina e algumas decisões dos Tribunais pátrios ainda insistem na defesa da relativização da vulnerabilidade.

Para essa doutrina que defende a relativização da vulnerabilidade do menor em tais crimes, o entendimento advém de uma interpretação sistemática do Código Penal Brasileiro com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último, ao tratar de forma diferenciada da

responsabilidade pela prática de ato infracional por crianças (menor de 12 anos) e adolescentes (menor com 12 anos completos até os 18 anos).

Para estes autores, parece inconcebível que um adolescente (menor entre 12 e 14 anos) possa ter maturidade para experimentar a aplicação de uma medida socioeducativa, mas não possua capacidade e/ou maturidade para administrar livremente uma escolha sexual.

Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, entende que a proteção à criança (menor de 12 anos), deve ser considerada absoluta, ao passo que ao maior de 12 anos, a proteção deveria ser relativizada, considerando-se a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais por eles praticados.

Assim, apesar de atualmente os tribunais brasileiros serem pacíficos em anuir com a utilização do critério objetivo da idade para imputar o ilícito penal sexual ao acusado, muitas críticas ainda subsistem a esse entendimento, principalmente pelo contexto atual de amadurecimento sexual cada vez mais precoce na adolescência.

Neste contexto, é oportuno ainda abordar a figura do *Estupro Bilateral* e da *Exceção De Romeo E Julieta*. O primeiro, estupro bilateral, trata do sexo consentido entre menores de quatorze anos, o qual não constituirá crime, havendo atipicidade material. A segunda, é legislação importada do direito Americano denominada "Romeo and Juliet Law", ou seja, lei Romeo e Julieta, que relativiza a presunção de vulnerabilidade, a qual traz uma solução alternativa descriminalizando também a figura do estupro bilateral, permitindo a prática de ato sexual quando os sujeitos do crime ou do ato infracional possuírem diferença de idade inferior a cinco anos, havendo consentimento. Nesse sentido, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2020, reformou a sentença que aplicou a medida socioeducativa a um adolescente de 15 (quinze) anos que foi denunciado por fato análogo ao Estupro de Vulnerável, entendendo haver troca de afetos e não dolo entre ele e a menina de 12 (doze) anos.

CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COM A RELAÇÃO AO ATO SEXUAL

A questão do consentimento ainda é polêmica, uma que, esse sistema de "presunções de violência" gerou o nascimento de discussão acerca de ser relativa ou absoluta essa presunção, fazendo-se uso de situações fora da lei, como por exemplo, o comportamento sexual da vítima ou sua experiência sexual anterior, relacionamento amoroso anterior e até sexo com consentimento dos pais, fazem afastar a presunção de violência no caso concreto. Em verdade, o crime de estupro de vulnerável não traz hoje em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou

violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual; sendo, portanto, outro aspecto da questão.

Nesse contexto, um julgado proferido pela quinta câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual o réu foi absolvido, entendeu que a vítima cedeu, em parte, aos apelos do agente em virtude de seu próprio desejo libidinoso e curiosidade sexual, inerente à produção hormonal própria da puberdade, não podendo ser considerada ingênua ou absolutamente incapaz de entender as consequências de seus atos.

Nesse cenário, muitas vezes o consentimento da vítima, somado a possível laudo psicológico a demonstrar com segurança a maturidade biopsicossocial superior à idade cronológica da vítima, acaba por produzir a chamada atipicidade material da conduta. Logo, o fato de a vítima, ainda que menor de 14 anos, "anuir" com a prática da relação sexual poderá ter o condão de afastar a condenação por crime sexual, demonstrando a relevância penal do consentimento da vítima para a prática do ato sexual.

Entretanto, objetivando não deixar dúvidas quanto à questão, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 593 com a finalidade de pacificar o entendimento. Destarte, em 2017, definiu seu entendimento assim dispondo: "O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com a vítima".

Ocorre que, por se tratar de súmula não vinculante, não obrigava os demais órgãos jurisdicionais a adotarem tal entendimento. Assim, a jurisprudência de alguns tribunais estaduais ainda permanecia oscilante sobre o tema. Destarte, visando acabar de vez com esta celeuma, a legislação penal brasileira através da Lei 13.718/2018, acrescentou-se o parágrafo 5º ao art. 217-A, cuja redação é a seguinte: *"§ 5º: as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo art. 217-A, aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime"*.

Desta forma,com a adoção de tal dispositivo, objetivou o legislador brasileiro, impedir a consolidação de entendimentos jurisprudenciais que afastam a incidência do crime de estupro de vulnerável pelo fato de a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores à ocorrência do crime ou eventual consentimento com a relação, ou qualquer relacionamento anterior, adotando no dispositivo o critério objetivo da idade da vítima como menor de 14 anos.

Não obstante a toda essa discussão, decisões continuam sendo emitidas no sentido de relativização da vulnerabilidade. Assim, a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1919722 SP 2020/0307577-5, afastou, de forma excepcional, a presunção de ocorrência de

estupro de vulnerável no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 12 anos de idade. Assim, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha fixado que o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime, em uma analise do caso concreto a 5ª turma do mesmo tribunal propôs a aplicação de um *distinguishing* (distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificada peculiaridades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto) para a tese, uma vez que entendeu que a mera subsunção ao tipo penal poderia causar injustiças irreparáveis.

CONCLUSÃO

É sabido que, pelo princípio da intervenção mínima, o Estado de Direito só deve intervir quando seja necessária para proteger os bens considerados imprescindíveis para a sobrevivência da sociedade, pois a sua atuação deve preservar os bens jurídicos essenciais à manutenção da paz e segurança da comunidade e da livre personalidade do homem. Sucede que o relevo e a importância do bem jurídico penalmente protegido e a gravidade da sua lesão comparticipam da historicidade do homem e da sua realidade envolvente de modo que as condutas proibidas ou impostas pelo legislador criminal se situem no seu contexto histórico-cultural e social.

Neste contexto, entendemos que o legislador do direito penal brasileiro não acompanha as mudanças comportamentais reais da nossa sociedade, inclusive quando define criança e adolescente.

Destarte, sustentamos que a presunção absoluta para que o menor não tenha capacidade para consentir alcance somente os menores de 13 anos, para as demais hipóteses deve-se sempre ser analisado o caso em concreto, e sempre que couber, proceder a relativização, posto que a sociedade é dinâmica e "cada caso é um caso". Nesse mesmo diapasão, entendemos que aquele que tiver relação sexual ou qualquer ato libidinoso com um menor de 14 anos, cuja diferença de idade entre eles seja menor que cinco anos, só deverá responder pelo crime na hipótese de um deles não consentir, caso contrário, dever-se-á optar pela atipicidade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANTUNES, Maria João. Crimes contra a Liberdade de Autodeteminação sexual de Menores. In Revista do CEJ, nº 8 – jornada sobre a revisão do código penal. 2008.
BELEZA, Tereza Pizarro, a Morte e a Donzela in Dez Anos da faculdade de direito da UNL, Coimbra: Almedina,2008.

DIAS, Jorge Figueiredo, Comentários conimbricense do Código Penal. Parte Especial, TOMO I, editora Coimbra, 1999.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal. V, 3. Editora Saraiva, 2016.
GONÇALVES, Victor Eduardo Rios **-** Direito penal esquematizado: parte especial. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

GRECO, Rogério; Código Penal Comentado. Editora Impetus, Rio de janeiro, 2020.
NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual : comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Germano Marques. Direito Penal Português. Teoria do Crime. Universidade Católica editora. Lisboa. 2015.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos*: *Historia de una asimetría normativa. De la responsabilidade social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Madrid: Hegoa, 2009. Disponível em <http://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/79/Empresas_transnacionales_frente_a_los_ derechos_humanos.pdf?1488539221, pp.548-578>. Acesso em 15 mai. 2022.

O DIREITO DO INTERSEXUAL À IDENTIDADE DE GÊNERO E AO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO.

José Eulálio Figueiredo de Almeida[1]

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de demonstrar que a pessoa intersexo, não obstante haver nascido com genitália ambígua, que expõe, por óbvio, sua diferenciação sexual, tem direito ao registro público de seu nascimento, onde devem constar seu nome, sexo, cor, filiação, naturalidade, e outras informações pertinentes, porque, ainda que seu corpo não exponha a certeza sexual heteronormativa, revela, sem disfarces, a forma humana que lhe confere direito a uma identificação sexual provisória para o exercício de sua cidadania, personalidade e identidade civil, como fundamento básico da dignidade humana, até que a puberdade ou a idade adulta lhe assegure a garantia de optar em permanecer com o gênero sexual que nasceu ou com o que sua identidade psicológica autodeterminar posteriormente.

Palavras chaves: Intersexual – Intersexo – Intersexofobia - Identidade Civil – Gênero – Binarismo Sexual – Ignorado – Indefinido – Masculino – Feminino - Dignidade Humana – Nome Social - Registro Público – Direito Constitucional – Direito Civil.

Abstract: The present study aims to demonstrate that the intersex person, despite being born with ambiguous genitalia, that obviously, exposes their sexual differentiation, has the right to the public record of his birth, where his name, sex, color, affiliation, naturalness, and other pertinent information must be included, although, his body does not expose heteronormative sexual certainty, reveals without disguise the human form that gives him the right to a provisional sexual identification for the exercise of his citizenship, personality and civil identity as the basic foundation of human dignity, until puberty or adulthood assures you the assurance of choosing to remain with the sexual gender that your psychological identity self-determine.

Key words: Intersexual - Intersex – Intersexophobia - Civil Identity - Genre – Sexual Binarism – Ignored – Undefined – Masculine – Feminine - Human Dignity – Social Name - Public Registry - Constitutional Law – Civil Law.

1. Introdução

Todo ser humano ao nascer precisa ser identificado com um nome[2], conforme determina o art. 16 do Código Civil[3]. Além disso, deve ser identificado também com o sexo[4], a cor, a naturalidade, a filiação, e outras informações pertinentes. Pelo menos, em tese, isso é o que deve constar dos

[1] Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Juiz de Direito do TJMA, Titular da 8.ª Vara Cível em São Luís-MA. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Especialização em Processo Civil pela UFPE. Especialização em Ciências Criminais pelo UNICEUMA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Notarial e Registral da UFMA. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

[2] Toda pessoa física precisa ter um nome que a identifique, ainda que provisoriamente. O intersexual é pessoa humana colocada entre o masculino e o feminino. Embora seu corpo não exponha a certeza sexual, revela, sem disfarces, a forma humana que lhe confere direito a uma identificação sexual e nome para o exercício de sua cidadania e identidade

[3] Art. 16 do Código Civil: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome o sobrenome.

[4] Há quem defenda que no campo relativo ao sexo devem ser escritas expressões tais como: indefinido, impreciso, indeterminado, não especificado, não identificado. Penso que deva ser escrita, em caráter provisório, a expressão **intersexo**, considerando que a correção definitiva do prenome registrado pode ser feita na idade adulta ou na puberdade pela própria pessoa intersexual, acaso não prefira manter-se com a ambiguidade genital e com a referida identidade de gênero. Essa opção facilita, por conseguinte, a indicação pelos pais de prenome comum para qualquer gênero. Por exemplo: Adail, Altair, Alcione, Aurimar, Dagmar, Deusimar, Diomar, Edmar, Elismar, Elzamar, Guiomar, Francimar, Íris, Laurimar, Ozimar, Sasha, etc. .

espaços em branco do documento oficial que conhecemos com o nome de certidão de nascimento.

Esse documento essencial, que confere cidadania ao indivíduo, não deve impor barreiras que fomentem o desprezo pela diversidade sexual, principalmente numa sociedade plural onde cada vez mais se reivindica o respeito à dignidade humana. A ideia aqui suscitada visa fomentar a inclusão da pessoa intersexo, segregada em face do padrão sexual heteronormativo adotado pelo legislador que a coloca num estado de anonimato e de invisibilidade por uma culpa que não pode ser atribuída a ela, muito menos a seus pais.

Não pode o Estado legislador, muito menos a sociedade preconceituosa, negar à pessoa intersexo o direito à cidadania e à socialização. Caso não seja reconhecido como tal, o indivíduo intersexual fica restrito no seio familiar pela omissão do Estado e vigiado pela comunidade como um prisioneiro, submetido às rígidas leis do cárcere e à difícil definição da identidade de gênero sexual no plano social, haja vista correr o risco de viver como alguém condenado a uma perpétua obscuridade e reclusão no ambiente estritamente doméstico.

É óbvio que a casa do indivíduo é o seu melhor refúgio. Contudo, não é o melhor esconderijo para o intersexo, considerando que não é prudente tornar-se prisioneiro da situação que pretende visibilizar e libertar-se. Assim sendo, o caminho mais seguro para o intersexo reivindicar o autorreconhecimento de sua identidade de gênero não é asilar-se, mas juntar-se a outras pessoas que comunguem dos mesmos objetivos ou que possuam traços comuns. Isto somente será possível se a pessoa intersexo sair de sua zona de conforto e do estilo aninhado do lar doméstico para o convívio agitadíssimo dos logradouros públicos, onde poderá divulgar e debater sua pauta de reivindicações.

Obter o registro de seu nascimento com todas as garantias peculiares à sua condição de pessoa intersexo é um direito sagrado, natural, universal, autoevidente, imprescritível e inalienável, que não pode ser olvidado em tempo e lugar algum, considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama, em seu art. 1.º, que *"Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos."*

Na mesma linha de raciocínio, a referida declaração obtempera, em seu art. 2.º, a ubiquidade desse direito natural universal, ao afirmar que *"Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição."*

No Brasil, o Código Civil assegura a toda pessoa o direito a um nome, dispondo, em seu art. 16, o seguinte*:"Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome".* Essa regra contempla direito da personalidade protegido pelo princípio constitucional da dignidade humana. Acrescente-se que o nome civil, além de atributo da personalidade, deve ser também designativo do sexo da pessoa, tal como se autorreconhece, devendo, por isso, o ordenamento jurídico assegurar-lhe o efetivo merecimento da autonomia da vontade para manter indene sua personalidade físico-psíquica ou social.

Destarte, por se tratar a dignidade humana de direito da personalidade (art. 2.º, Código Civil), intransmissível e irrenunciável, que cria possibilidades e acessos para obtenção da almejada tutela jurídica, nem sempre ela resulta do ordenamento jurídico ou do Direito, mas de uma

característica intrínseca do homem, traduzida por uma espécie de lei moral[5], presente na própria essência humana, que está acima de todas as normas legais, exatamente porque as precede em tudo.

Por essa razão, o princípio da imutabilidade do prenome civil não é absoluto, porquanto ele deve expressar a individualização e a correta identificação da pessoa autodeclarada em suas relações sociais. Esse autorreconhecimento, portanto, de natureza estritamente pessoal, decorre da autodeterminação do indivíduo e justifica a sobreposição do interesse individual sobre o interesse público e a segurança jurídica concernente a imutabilidade do prenome.

Com efeito, a pessoa intersexo, pela sua própria natureza humana, está inserida no ordenamento jurídico. Por esse motivo, goza de status de *homo iuridicus*. Essa particularidade confere à pessoa intersexo legitimidade para exigir o direito de ser identificado pela lei como se autorreconhece, haja vista ser essa uma condição inerente à razão de ser de sua vida, porquanto está também inserido no conceito de *homo socialis*. Lutar por esse direito não é algo que interessa diretamente apenas à pessoa intersexo, mas também à própria lei que não foi reformada ou atualizada para garantir sua inclusão social, com essa identificação, desde o seu nascimento.

Esse reconhecimento faz parte da vida humana e da estrutura da personalidade que individualiza e identifica cada pessoa. Como leciona o jurista Luis Legaz y Lacambra[6], *ipsissima verba*:

> *"La afirmación de la propria existencia es la mais alta ley de la creación, que se manifesta en el instinto de conservación de toda criatura. Pero, para el hombre, no se trata sólo de la vida física sino ante todo de su existencia moral, y una de las condiciones de ésta es la afirmación del Derecho. En el Derecho posee y defende el hombre su condición moral de existencia y sin él desciende al grado de la animalidad. La afirmación del Derecho es, pues, un deber de autoconservación moral."*

Registre-se, por ser necessário, que a pessoa intersexo, quando adota a identidade de gênero feminina, também deve ter acesso às medidas protetivas da Lei Maria da Penha, independentemente de suas orientações afetivas.

Na esteira da mesma perspectiva aqui estudada, a discriminação ou ofensa contra a pessoa intersexo, além de configurar intersexofobia, trata-se de ofensa às pessoas LGBTQI+ (conforme sigla que está no voto do relator) que, por essa razão, é considerada infração penal, tipificada no art. 20 da Lei n.º 7.716/1989, que equipara a LGBTfobia ao crime de racismo, consoante definido, por maioria de votos, pelo STF no julgamento da ADO 26/DF, relatada pelo Min. Celso de Mello.

2. Do desconhecimento científico e indefinições sociais identitárias sobre a pessoa intersexo

Durante muito tempo a pessoa intersexual foi vista como um ser hermafrodita, como um indivíduo andrógino, homossexual, bissexual, transexual ou assexuado. Era comum até dizer-se que a pessoa com tais características constituía uma aberração sexual, posto ser portadora de dois órgãos sexuais (masculino e feminino) externos por conta da deformação congênita de sua genitália. Para o bem da ciência e felicidade dos intersexuais esses termos estão ultrapassados, caíram em desuso; são,

[5] Essa Lei Moral deve reger a personalidade do homem, a partir de princípios inerentes a todo ser humano, tais como: igualdade, liberdade, fraternidade, dignidade, autonomia da vontade, etc

[6] El Derecho y el Amor. Barcelona: Casa Editorial S/A, Urgel, 31 bis, 1976, p. 217.

em uma só palavra, anacrônicos.

A ausência de conhecimentos da comunidade científica de outrora a respeito da correta identidade sexual do indivíduo portador de genitália ambígua, ao incipiente exame dos órgãos sexuais externos, permitia inferir, de afogadilho, quando do seu nascimento, que era do sexo masculino ou feminino; nunca intersexo. Esse equivocado diagnóstico criava barreiras para a inclusão da pessoa intersexo no lugar de merecimento perante a sociedade.

Essa identificação sexual, feita açodadamente por médicos na maternidade ou por parteiras leigas, nos tugúrios mais longínquos de nosso imenso país, também propiciava equívocos no registro civil de nascimento que somente mais tarde, quando a pessoa atingia a idade púbere ou núbil, após exame criterioso de profissional médico e entrevista do indivíduo intersexo, podia ser efetivamente determinada.

Outro entrave para a identificação de gênero no registro civil do intersexo, que ainda persistia, era a própria Lei dos Registros Públicos, que não permitia – e ainda não permite - o registro de sexo dúbio ou incerto. Por isso, diferentemente dos transexuais, a pessoa intersexo enfrentava - e ainda enfrenta - barreiras nos cartórios extrajudiciais para obter a redesignação de gênero, motivo que a levava, e ainda a leva, obrigatoriamente a postular a mudança de sexo e de nome em processo judicial.

Mas atualmente, com o avanço dos estudos interdisciplinares, é possível compreender e aceitar a condição biopsicológica da pessoa intersexual, pela multiplicidade de casos já solucionados no campo das ciências médicas, jurídicas e sociais.

A equivocidade do diagnóstico médico permitia a menção da palavra ignorado[7], no registro de nascimento originário da criança intersexo, para identificar a referida diversidade sexual até que a idade adulta possibilitasse, a critério da pessoa interessada, definir o sexo predominante. Observado esse juízo hipotético, deveria constar definitivamente no campo específico de sua certidão de nascimento o gênero que escolhesse, posteriormente, em face de sua identidade psíquica.

O termo ignorado lançado no registro civil, após o nascimento do bebê intersexo, como sugestão do Ministério da Saúde do Brasil e do CFM, era – e continua sendo - completamente desrespeitoso. Quando ignoramos esse estado pessoal do neonato em referência estamos invisibilizando uma identidade humana, negando sua existência e toda uma situação complexa. Impõe-se, por assim dizer, a negação de um corpo humano apenas por ser diversificado e situar-se fora do padrão heteronormativo.

Essa nomenclatura me preocupava bastante, porque não refletia o que o intersexo é realmente. O Ministério da Saúde elaborou o manual de instruções para preenchimento da Declaração de Nascido Vivo, onde consta, numa atitude equivocada, a recomendação de preencher como "ignorado" sempre que constatado, pelo profissional médico, caso de nascituro com "genitália indefinida ou

[7] Defendo que deva constar no trecho em branco, a ser preenchido na certidão de nascimento, a expressão "intersexo", a qual deve permanecer em caráter provisório até que a pessoa intersexual atinja a puberdade ou a idade adulta e decida o sexo que deseja assumir em face de sua identidade psicológica ou, se for o caso, manter-se com o binarismo sexual por se identificar e conviver muito bem com essa dualidade. Penso que esta alternativa atende à ratio essendi dos registros públicos.

hermafroditismo", porque certamente é tratado como uma anomalia congênita[8] incorrigível.

Ocorre que a saída encontrada não dissipava a dúvida existente. Ao contrário, eliminava a característica identitária do intersexo, porque dizer "ignorado" era não definir o que já estava presumível ou provável. Era condenar ao ostracismo e à proscrição o intersexo, relegando, para o futuro, em face de procedimento médico-cirúrgico, a correção da decantada deformidade sexual para ajustá-la ao padrão sexual que a heteronormatividade impõe: masculino ou feminino.

Era, também, em última análise, considerar a criança intersexo um natimorto, negando a ela seu registro de nascimento como tal, pelo único fato de ser portadora de um corpo que apresenta genitália anômala. Na verdade, ignora-se o que está visível, adiando-se *sine die* a análise percuciente dos porquês dessa anatomia transgressora.

Entretanto, os direitos tão sonhados pelas pessoas intersexo soavam como um surdo anseio ao parlamento brasileiro, levando todo o corpo legislativo a fazer ouvidos moucos às justas reivindicações do enorme contingente de indivíduos que era encarado simplesmente como uma inferioridade numérica[9]. Os debates sobre os direitos das pessoas intersexo incitavam essas presumidas minorias a falarem por si mesmas e a exigirem, em nobilitante pervigília, reconhecimento social equivalente aos demais gêneros sexuais, pleito que foi deferido pelo Poder Judiciário no âmbito do CNJ, ao definir o que é a pessoa intersexo, para suprir a omissão do órgão legiferante.

De fato, a indiferença que havia outrora entre direito e sentimento, decorrente da ausência de regra legislativa, que protegesse pessoas intersexo, cujos significados ou qualificativos de identificação não estavam contidos no texto legal, inviabilizava a obtenção de reconhecimento e direitos concernentes à identidade de gênero aos que sempre carregavam as características de intersexual, posto que, embora necessitassem de segurança jurídica em suas relações sociais, não gozavam do mesmo status jurídico que é dado aos transgêneros.

Na verdade, a pessoa intersexo, nesse ínterim, ficava encoberto pelos véus indevassáveis das metáforas, considerando que utilizava-se o adjetivo "ignorado" para designá-la, cujo significado não corresponde a identidade de gênero que o vocábulo pretendia designar. O intersexual era visto, pelos burocratas do moralismo estatal, com os olhos estrábicos e ferrenhos de quem o enxergava como alguém que precisava, inicialmente, livrar-se da anomalia que aprisionava o seu corpo ingênito para, posteriormente, encaixar-se em uma norma jurídica que respaldasse sua existência como homem ou como mulher; jamais como ambos, ou seja, nunca como homem/mulher, ao mesmo tempo, num só corpo.

Aqui residia um claro exemplo de violência institucional contra a pessoa intersexo, haja vista que a sua aparente "deformidade sexual" era considerada incompatível com a desigualdade de gênero que já vinha conquistando status de normalidade e se ajustando, embora artificialmente, aos novos conceitos sobre diversidade de gênero e à consciência social quanto a necessidade de eliminar o olhar discriminatório sobre os corpos das inúmeras vítimas da transfobia.

O intersexo, que é humano, precisa obter esse status jurídico para ser reconhecido, em

[8] Art. 1.º, da Resolução n.º 1.664/ 2003 do CFM

[9] A professora Elisângela Padilha aponta que "segundo a ABRAI, até o momento são cerca de 54 estados intersexo já descobertos." (A Criança Intersexo: entre silenciamentos e a normalização compulsiva de corpos. 1.ª ed. Curitiba: Editora Appris, 2023, p. 44).

sociedade, como pessoa. Daí porque deve ter garantido o impostergável direito ao registro civil de nascimento, com essa denominação, porque a insígnia de "ignorado" jamais permitirá que o mesmo conviva e se relacione, em condições de liberdade, igualdade e dignidade, com os outros seres humanos.

Confesso que, muito embora ainda seja um jejuno a respeito do tema proposto, pretendo demonstrar, neste estudo, a análise que procedia em meus julgamentos, como Juiz titular de uma das Varas de Registros Públicos da Comarca de São Luís do Maranhão, onde tinha a oportunidade de examinar pedidos referentes à mudança de sexo e de nome, bem como à transgenitalização e redesignação de gênero, diante da multifacetária diversidade sexual das pessoas que postulavam em juízo a modificação do *status quo ante.*

Este estudo que desenvolvi, a partir de um caso verídico que julguei (PJe n.º 0818846-49.2018.8.10.0001), no dia 26 de abril de 2019, como magistrado titular da 8.ª Vara Cível da Comarca de São Luís, levou-me a determinar, à ausência de previsão legal, o registro civil da parte autora como intersexo.

Em face desse julgamento pioneiro, concedi uma longa entrevista à ANOREG-SP[10], publicada na Revista n.º 21, página 100, dessa associação, em 20/03/2020, onde reforcei a defesa da necessidade de inclusão do nome "Intersexo" no registro civil de nascimento do recém-nascido e publiquei um artigo no site e na Revista do IBDFAM n.º 52 e também no site do Jusnavigandi sobre o assunto.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça, em boa hora, editou a Resolução n.º 348, de 13/10/2020, em cujo art. 3.º, inciso II, define a pessoa intersexo e permite seu registro, com essa identidade de gênero, na certidão de nascimento.

A Resolução do CNJ supracitada, afirma, ainda, dentre outras coisas, que "pessoas intersexo podem ter qualquer orientação sexual e identidade de gênero" (art. 3.º, inciso II, alínea "b"), bem assim que "a orientação sexual não está relacionada à identidade de gênero ou às características sexuais" da pessoa (art. 3.º, inciso II, alínea "d").

A Associação Brasileira de Intersexo - ABRAI considera que a palavra intersexo é um termo guarda-chuva que engloba todas as outras condições biológicas diferentes das definições médicas de sexo masculino e feminino, envolvendo cromossomos, genitália, gônadas e hormônios. Desse modo, somente uma fração das pessoas intersexo se enquadra no conceito do que se chamava hermafrodita.

Destarte, nos casos de genitália ambígua, a intersexualidade é visível a olho nu. Contudo, nos demais casos, a intersexualidade apenas poderá ser descoberta ou completamente identificada clinicamente com exames hormonais, genéticos, cromossômicos ou de imagem, o que requerer perícia médica, embora saibamos que a discussão a respeito desses corpos variantes ou atípicos ultrapassam o âmbito da medicina.

Diga-se, em reforço do que já foi explicitado acima, que as pessoas intersexuais podem ser heterossexuais ou não e cisgênero, condição que consiste em identificar-se com o sexo atribuído

[10] Revista ANOREG-SP n.º 21 – Ano 5 – Abril a Junho 2020. Disponível no link https://www.anoreg.org.br/site/wpcontent/uploads/2016/11/CcV-21-4.pdf

no nascimento ou não. As características intersexuais incluem uma ampla gama de diferentes variações subjacentes. Estas podem ser determinadas no pré-natal, no nascimento, durante a puberdade e em circunstância superveniente, como a tentativa da procriação.

A propósito, no enfrentamento do tema tratado, lembro aqui da peça teatral "O Patinho Torto", escrita em 1917, com irreprochável maestria e refinado estilo literário, pelo grande romancista maranhense Coelho Neto, considerado o "príncipe dos prosadores brasileiros", em pesquisa realizada pela revista "O Malho" com vários intelectuais brasileiros de sua época. Nela esse notável dramaturgo retrata, de forma bem-humorada, hipótese de binarismo sexual presente na personagem Eufêmia que fora educada e registrada como mulher, mas depois de adulta, após uma consulta médica, retorna para a casa dos pais, rompe o noivado com o pretendente, passa a fumar e a vestir-se como homem, a falar com voz de barítono, a puxar navalha pelo rosto e a adotar nome masculino.

Eufêmia, conforme apressada inspeção ocular do esculápio, Dr. Patubera, era um hermafrodita por hipospadia. O próprio nome da personagem central da peça teatral "Eufêmia" carrega a ideia do eufemismo, figura de linguagem que suaviza a informação sobre alguma característica da pessoa de maneira agradável, permitindo a compreensão da sua diversidade, orientação e identidade sexual, rompendo as algemas que o tradicional conceito biológico do binarismo sexual (masculino/feminino) impõe à sociedade.

3. Histórico

A versão antiga de que o homem é que estabelece o paradigma masculino, como ordem hierárquica sobre os demais gêneros, sempre prevaleceu como verdade inquestionável no relato de religiosos, de governantes, de historiadores, de filósofos, de psiquiatras, de psicanalistas, de escritores e de pensadores, que pregavam a identidade de gênero como resultante do sexo biológico masculino.

Muito embora isso prevalecesse outrora, informa Viveiros de Castro[11] que, no Antigo Egito, *"considerava-se Astartea, deusa da lua, como sendo ao mesmo tempo macho e fêmea"*, encontrando-se *"nos poetas antigos"*, conforme esse renomado criminalista maranhense, *"allusões a essa legenda."*

Segundo a mitologia, Hermafrodito (*Hermaphroditos*) ou Hermafrodita, era uma pessoa metamórfica, construída pela Antiguidade Grega, isto é, um ser humano híbrido que tinha, ao mesmo tempo, traços corporais híbridos de seus progenitores, Hermes e Vênus Afrodite.

O fundamento geralmente utilizado para a existência do hermafrodita na Antiguidade Grega é o das *Metamorfoses*, que nos legou Ovídio, o célebre poeta romano. Essa versão, considerada a mais autêntica e detalhada, que chegou até a contemporaneidade, conta que Hermafrodito era um rapaz muito belo. Porém, ao banhar-se num lago, tem o corpo fundido com o de uma ninfa chamada Salmacis que, seduzida pela beleza incomparável de Hermafrodito, pediu aos deuses para que a unisse a ele, indissoluvelmente, a fim de torná-los um só indivíduo intersexo.

Após a fusão dos corpos e, tornando-se uma criatura enfraquecida e revoltada, sem identidade de gênero definida, Hermafrodita, vítima dessa transformação divina incompleta e anômala, sob o ponto de vista sexual, revolta-se e amaldiçoa o lago, profetizando mal agouro a todo

[11] Attentados ao Pudor: estudos sobre as aberrações dos instictos sexuais. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1894, p. 199.

aquele que ali banhasse, mediante o castigo de ser transmutado em um ser intersexual.

Para Anchyses Jobim Lopes[12]:

> *"A soma do masculino e do feminino seria dotada do simbolismo da fertilidade e seria o dom de deuses. Pela classificação acima descrita, Hermafrodita não seria um transexual, mas intersexual. E na versão de Ovídio a transformação foi uma violência imposta de modo que ficaria fora de ambas as classificações: trans e intersexualidade. Entretanto, a análise de vestígios mais arcaicos do mito revela atributos que podem fornecer dados valiosos para a compreensão psicanalítica da transexualidade."*

Existem outras versões para retratar a história do aparecimento dos sexos e suas diferenças, dentre as quais a criada por Platão em "O Banquete", sobre o mito do andrógino, descrito por Aristófanes de forma hilariante.

O civilista Antônio Chaves[13] enfatiza que:

> *"Cada um dos seres gregos criados por Aristófanes tinha a forma de uma esfera, com quatro braços e pernas além de duas caras numa mesma cabeça, voltadas em direções opostas, o que lhes conferia poderes excepcionais. Eles disparavam corridas girando como uma bola, cambalhotando sucessivamente nos oito membros disponíveis.*
>
> *No dia em que se atrevem a rolar Olimpo acima para destronar os deuses, Zeus usou literalmente a tática de dividir o inimigo: com a ajuda de Apolo, cortou todos pelo meio reduzindo-os à forma dos humanos, com apenas dois braços e pernas. Da separação do andrógino original, apareceram homem e mulher, condenados a perseguir, pela existência, a metade perdida."*

Para afastar qualquer confusão teórica ou científica sobre o assunto, é de fundamental importância esclarecer que o intersexo não é um transexual. O intersexo é a pessoa que apresenta genitália biológica congênita ambígua disforme; enquanto que o transexual é o indivíduo que se autoidentifica com um sexo diverso do seu sexo biológico. Melhor explicando, é a pessoa que se reconhece com um sexo diferente do qual nasceu e passa a adotar outra identidade de gênero, contudo nem sempre se desfaz da conformação conata do sexo biológico original e responde aos estímulos psicológicos de outro.

4. O intersexo e sua definição sexual

A capacidade expansiva da globalização tornou-se responsável pela mudança de paradigma em diversos setores da sociedade, levando conceitos e comportamentos que eram considerados indecentes, e que definhavam em recônditas ideias preconceituosas, a obterem hegemonia, simpatia e aceitação social.

Tais ideias, outrora censuradas como tabu, conquistam, atualmente, as manchetes dos diversos meios de comunicação e das redes sociais, vencendo obstáculos que se lhe antepunham determinados setores da sociedade, ultrapassando fronteiras geográficas e até mesmo soberanias

[12] Transexualidades – psicanálise e mitologia grega. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ep/n47/n47a05.pdf
[13] Direito à Vida e ao Próprio Corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2.ª ed. revista e ampliada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 135.

nacionais.

A coragem de seus defensores em exigir a inclusão, na pauta de discussão mundial, de direitos à diversidade de gênero que a lacuna legislativa não garantia a inúmeras pessoas, bem como o asseguramento da identidade civil básica com os traços característicos ao gênero que se identifica, a indivíduos que existiam e exigiam visibilidade como seres humanos, vem crescendo de maneira irrefreável e surpreendente, forçando o legislador a preencher a omissão legiferante que lhes negava direitos sociais.

Do mesmo modo, quando o dever imposto ao legislador originário não é cumprido, setores descontentes da sociedade batem à porta do Judiciário, requerendo o pronunciamento dos magistrados para suprir a omissão legislativa ou preencher os interstícios legais que postergam a conquista dos direitos reivindicados.

O vazio legislativo apontado pela população LGBTQIAP+ favorecia a despersonalização das pessoas que assim se reconheciam. Desse modo, foi preenchido, paulatinamente, pelos movimentos e mídias sociais, bem como - e principalmente - pelo ativismo e vanguardismo dos magistrados brasileiros, que compõem o primeiro grau de jurisdição do Poder Judiciário, os quais passaram a decidir contra o obsoletismo da legislação reinante. Havia – como ainda há – o interesse em tratar as pessoas transgêneros com a mesma igualdade e dignidade que homens e mulheres heterosssexuais são tratados em relação aos direitos e obrigações sociais.

Esse movimento vanguardista serviu de combustível e mola propulsora para o encorajamento de várias pessoas que viviam discriminadas ou na clandestinidade, em face de sua diversidade sexual, liderarem movimentos para o reconhecimento de seus direitos como intersexo. Não suportavam mais experimentar todo tipo de preconceito, discriminação e exclusão social, decorrente de uma herança cultural alicerçada no patriarcalismo colonial e imperial brasileiros, que sempre privilegiava a soberania e o moralismo atrabiliário do Estado como forma de repressão e banimento da comunidade LGBTQIAP+ do ambiente comunitário.

É que nossa sociedade foi construída a partir do mito do machismo e da crença na heterossexualidade como norma de conduta lícita entre as pessoas. Nada parecia mais longe de nossa racionalidade e realidade, se atentarmos para o fato de que, embora sob o manto do menor vestígio da timidez e da mais límpida pudicícia, um arsenal heteróclito da desfaçatez humana mostrava sua outra face, revelando o que o imaginário coletivo testemunhava, para tornar inútil e vã a tentativa de vetar o avanço da diversidade de gênero que, atualmente, prolifera.

O discurso sobre a definição da sexualidade humana tem sempre um viés moralista. Dificilmente alguém, em conversa informal ou mesmo convencional, discute a questão sob o ponto de vista da aceitação das orientações sexuais diferentes do padrão genético e social instituído pelo binômio homem-mulher.

Por essa razão, algumas categorias sexuais, a exemplo dos intersexuais, vivem como pessoas invisíveis, condenadas a um exílio compungitivo, numa espécie de retiro social que impõem a si mesmo, por vergonha ou por medo de assumirem a identidade biopsicossocial que carregam e de serem alvos do estigma que os levaram ao isolamento social e à invisibilidade, que nada mais é do que um injusto castigo aplicado pelo senso comum contra quem não tem culpa de nascer com o sexo que os caracteres da anatomia genital humana não identificou.

Mas não deve ser assim, porque o intersexo tem vida, tem rosto, sentimento, fala, desejos, sonhos, paixões, emoções, e outras aptidões sensoriais. Portanto, necessita, essencialmente, ter um nome que o identifique com o sexo que a natureza concebeu. É como se o seu corpo gritasse a todos: *"quero ser como a natureza me fez".* Cabe, sob essa ótica, somente à pessoa intersexo ser feliz como se autorreconhece, sem perquirir-se sobre eventual erro cometido pela natureza. Essa é a razão pela qual num Estado de Direito as pessoas devem ser protegidas pelo ordenamento jurídico para evitar o ódio entre iguais e, principalmente, a intersexofobia.

O formato binário da genitália, no caso, não pode ser encarado simplesmente como uma exceção natural lançada num papel timbrado, selado e carimbado pelo notário público, muito menos como fundamento do registro de nascimento, mas como algo resultante da própria confirmação da pessoa intersexo a respeito de sua identidade sexual ou da conclusão do laudo médico em caso de recém-nascido.

O direito brasileiro tem o dever de tutelar tal situação, competindo ao Juiz, no caso de omissão legislativa, suprir a lacuna procedendo a uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, inclusive para, se for o caso, espanar as poeiras de eventual lei vetusta, para ajustá-la ao caso em julgamento, notadamente quando a matéria envolver direito de família ou da personalidade humana.

A personalidade constitui fundamento básico, intrínseco da pessoa humana. A respeito dessa condição do indivíduo, as juristas Natália Bernadeth Fernandes Rodrigues e Anne de Fátima Pedrosa Araújo[14] ensinam que:

> *"A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens."*

Neste caso, como em outros semelhantes, a venda da deusa da Justiça não pode causar cegueira a algo que está ao alcance da visão de todos os cidadãos. Deve prevalecer a harmonização social para o tratamento paritário da pessoa intersexo em relação aos demais indivíduos, devendo o Juiz agir com cautela, prudência, cuidado e precaução na análise da hipótese submetida a julgamento.

O correto, portanto, é primar pela inclusão social, banindo a possibilidade de incidência da discriminação afetiva, do discurso de ódio, da vitimização, do *bullying*, da intersexofobia, porque o mesmo poder que confere ao Juiz a prerrogativa de dizer a intenção da lei a ser aplicada, também lhe confere autoridade institucional para outorgar valor jurídico-sentimental ao direito reivindicado pela pessoa intersexo, independente da constatação de eventuais emoções que a questão possa suscitar. Afinal, como afirma Michael Stolleis *"a Justiça é, em primeiro lugar, a virtude da atenção em direção às circunstâncias dos fatos."*

Na minha atividade jurisdicional tive a oportunidade de julgar casos envolvendo pedidos

[14] In Direitos da personalidade. Natália Bernadeth Fernandes Rodrigues e Anne de Fátima Pedrosa Araújo. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>. Acesso em 06/08/2024.

de transgenitalização, mudanças de sexo, de nome e de prenome por pessoas de orientação sexual diversa da que consta em seus registros de nascimento. Nenhuma perplexidade quanto a isso, até que, de forma inusitada para mim, deparei-me com um pedido envolvendo a intersexualidade de uma pessoa que fora registrada ao nascer com nome e sexo masculino, quando, na verdade, desde a idade infantojuvenil, sempre se identificou com o sexo feminino.

Na petição inicial, o interessado alegou ter nascido em 09/03/1993, ter sido registrado por seus pais com nome e sexo fisiológico masculino, e que na adolescência passou por período de confusão de transformação, já que percebia mudanças no seu corpo, tanto de ordem masculina (crescimento dos pelos) quanto de ordem feminina (crescimento das mamas), independentemente de fazer uso de hormônios.

Justificou que, apesar da ambiguidade sexual, passou a identificar-se como mulher, mudando suas vestimentas, seus gestos, o estilo e comprimento do cabelo e o comportamento, chegando até a se relacionar com pessoas do sexo masculino, inclusive tendo vida sexual desenvolvida de forma normal com seus parceiros, sendo hoje aceita e respeitada como mulher. Tem, atualmente, namorado e adota nome social compatível com sua anatomia feminina, acrescido dos apelidos de família.

Relatou também que se enquadra na modalidade de gênero denominada “intersexual”, pois nasceu com variações congênitas anatômicas desse gênero sexual, e muito embora tenha sido registrado como do sexo masculino, pelo fato de possuir genital semelhante a um pênis e indicação médica, ao tempo de seu nascimento, seu gênero sexual não condiz com a forma pela qual está identificado em seu registro civil.

Revela não ter feito uso de hormônios e que não se considera um transexual, já que possui genitália ambígua, porém não deseja manter os dois órgãos sexuais aparentes, mas somente o feminino.

Finalizou afirmando que a realidade fática de ser uma mulher com nome masculino lhe causa grande conflito existencial e incompreensão intrapsíquica, causando-lhe ainda constrangimento e invasão de privacidade, e que a mudança de prenome e de gênero será de suma importância para o seu reconhecimento pleno na sociedade como mulher.

Os fatos foram confirmados na audiência de justificação pelo depoimento pessoal do interessado, pelos depoimentos de testemunhas e pelo relatório médico de cirurgia de retificação de sexo, onde foi constatada a amputação do genital masculino.

Reforçando sua tese, a parte juntou ainda pareceres consistentes em Estudo Social e Relatório Psicológico, ambos emitidos pelo Núcleo Psicossocial da Defensoria Pública do Estado, atestando sua identidade social feminina.

No julgamento que proferi (novidadeiro para mim), nos autos do processo judicial eletrônico n.º 0818846-49.2018, aduzi que a ação de redesignação sexual com retificação de nome civil objetiva a alteração do prenome e do gênero, em razão da parte interessada ostentar designação que não mais corresponde à identidade psicológica que adquiriu e incorporou pela sua visível orientação sexual.

A hipótese que examinei nos autos aponta inequivocamente ao intersexualismo,

inicialmente com características congênitas de ambos os sexos, embora com prevalência maior do sexo feminino, na aparência física, no timbre de voz e na personalidade individual da parte interessada, sendo a retificação do seu registro civil uma das etapas de conformação com o seu sexo psicológico.

Com efeito, há de se garantir ao intersexo o direito ao autorreconhecimento que fuja das categorias limitadoras que vinculam a identificação humana ao binarismo sexual homem ou mulher imposto pela moral social.

A Lei dos Registros Públicos, em seu art. 58, permite a alteração do prenome, uma vez que se constate ser este capaz de submeter seu titular a situações vexatórias. Tal previsão, portanto, se amolda aos intersexuais, visto que no dia-a-dia dessas pessoas fica evidente a exposição a eventuais discriminações, preconceitos, rejeições e exclusões, acaso seus pleitos de reconhecimento e aceitação social não sejam concedidos, violando-se claramente sua dignidade como pessoa humana.

O direito à identidade sexual deve ser protegido pelo Estado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama em seu art. 12 que: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão as limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática".

É importante registrar que o CNJ, com a edição da Resolução n.º 348, de 13/10/2020, em seu art. 3.º, inciso II, considerou intersexo as "pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino."

Resta salientar que, nada obstante os prenomes das pessoas físicas conformarem-se com os princípios da imutabilidade e da indisponibilidade, tal interpretação vem sendo relativizada, tendo em vista a busca pela concretização de outros interesses sociais mais relevantes, como no caso em comento, em que a requerente visa a adequação do seu nome à sua identidade sexual atual, pois se o Estado permite a possibilidade de realizar-se cirurgia de transgenitalização deve também prover os meios necessários para que o indivíduo intersexo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal como se apresenta perante a sociedade e como se autorreconhece psicologicamente.

Essa ideia tem como pressuposto o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma, o que implica no dever do Estado implementar políticas públicas que visem a integração dos indivíduos no meio social em que vivem ou circulam, isto é, na obrigação estatal de favorecer a felicidade da pessoa livre, dotada de vontade, como sujeito de direitos, no fastígio de suas garantias individuais.

É preciso compreender e aceitar essa realidade axiológica, posto que ela é o componente que permite a identificação do indivíduo como pessoa humana, portadora de qualidade moral, com a sua própria essência, enquanto ser livre e consciente que se desprende da força e dominação que a sociedade impõe às vítimas da violência de gênero. Nada mais justo, porque cada um de nós possui uma identidade singular, inconfundível, indivisível, intransferível, inobscurecível, que nos impede de

experimentar a vida do outro ou de sermos qualificado ou identificado com as características de outrem.

Desse modo é imperioso concluir que não é saudável, física e psicologicamente, ao ser humano intersexo conviver com essa crise existencial e de consciência. O caráter único e insubstituível de cada ser humano, titular de um valor próprio, o leva a não permitir que sua personalidade, em contínua evolução e transformação, como uma realidade a ser completada, resvale para o "Eu" que é questionado o tempo todo e, por essa razão, susceptível a mudanças.

Não é necessário ao indivíduo intersexual livrar-se de um dos seres que o aprisiona. Lutar contra isso o dia inteiro não é fazer apologia a um permanente polimento de si mesmo, nem ancorar-se exclusivamente num cartesianismo racional, mas adotar como solução paradigmática o axioma forjado na filosofia existencialista de Ortega y Gasset: ”*Yo soy yo y mi circunstancia."*

A realidade demonstra que o intersexo não é um protagonista efêmero de sua existência. Portanto, sua vida não pode ser comparada a uma aquarela transitória, como se fosse uma projeção óptica e ilusória do arco-íris. Sua essência não se desfaz em razão de intervenções médicas ou de conceitos biológicos. Ela decorre da própria identidade psicológica de gênero autodeterminada pela pessoa que assim se autorreconhece.

Na incensurável preleção de Boaventura de Souza Santos[15]:

> *“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.”*

Ser diferente também é um valor humano. O que não podemos permitir é a indeferença e a invisibilidade quanto ao intersexo como se fosse um “Outro” qualquer, porque esse “Outro”, guardadas as devidas proporções, pode ser também cada um de nós com suas peculiaridades e indivisibilidades.

Acontece que os que dominam não têm interesse na visibilidade dos oprimidos ou dos alienados, porque estão fora do padrão preponderante que a sociedade moralista impõe como política de importância social. Por isso, os tratam como sub-humanos ou inumanos para negar-lhes os direitos que são assegurados aos cidadãos que se enquadram no modelo de aceitação normativa.

Destarte, não é justo, nem correto a sociedade impor ao indivíduo intersexo um sofrimento que os cidadãos que se dizem honrados não possuem a capacidade de sentir, nem de compartilhar a dor do outro. Esse apelo antagônico de moralistas e de conservadores fortalece cada vez mais a população LGBTQIAP+, em especial os indivíduos transgêneros a continuarem suas lutas, pelo fato de o acolhimento de seus interesses estar cada vez mais assegurado no ordenamento jurídico vigente, que os tratam como pessoas, dotadas de personalidade, cidadania e dignidade humana.

A biologia contemporânea tem demonstrado que a rigidez do modelo binário XX/XY perdeu a credibilidade perante a moderna genética e não mais atende aos questionamentos das mutações sexuais do cotidiano, muito menos às indagações da diversidade sexual ou de gênero. É

[15] Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

que a natureza humana do intersexual, pelo dualismo genital que ostenta, não é suficiente para determinar quem ele é como "indivíduo" na medida em que essa expressão seja empregada como sinônima de indivisível.

5. A criança intersexo: entre o masculino e o feminino.

Toda vez que uma mulher revela seu estado de gravidez, sua família, parentes, vizinhos e amigos criam uma expectativa enorme quanto ao sexo da criança. Então, perguntam, reiteradamente: É menino ou menina? Consequentemente, com base no modelo heteronormativo, a resposta mais lógica e aguardada, em princípio, seria: homem ou mulher, para facilitar a tradicional maneira de organizar o enxoval e o chá de bebê do neonato, ignorando-se qualquer possibilidade da variabilidade genital biológica do corpo do nascituro.

Em tempos passados, principalmente nas cidades pequenas, chegava-se ao absurdo de encaminhar a mulher, na condição de penitente, à igreja católica para confessar ao padre da paróquia sobre quem seria o provável pai do nascituro, como se lhe competisse o exercício de jurisdição pastoral, ética, moral, social e sancionatória sobre a coletividade de pessoas da comunidade.

Atualmente, a resposta definitiva, sobre o sexo do recém-nascido, quando convém aos pais, somente é informada após a realização do exame de ultrassonografia para constatar, de fato, qual o sexo da criança e eliminar a incessante curiosidade dos especuladores.

Sendo assim, o resultado do exame de ultrassom nem sempre é informado para os indagadores, visto que pode causar grande decepção e enorme constrangimento aos pais e à família da criança, acaso o laudo médico declarar que trata-se de intersexo, uma vez que a surpresa dessa constatação levará, obrigatoriamente, o núcleo familiar a esconder essa anomalia orgânica congênita para proteger o ente querido e impedir inevitável discriminação pelo corpo monstruoso e maldição que outrora acreditava-se que o hermafrodita carregava.

Porém, a maior dificuldade que a família enfrentava, e ainda hoje enfrenta, em face da incerteza sexual, após o nascimento da criança intersexo, é livrar-se do equivocado diagnóstico médico a respeito da configuração sexual do portador das chamadas Anomalias do Distúrbio Sexual (ADS) ou dos Distúrbios do Desenvolvimento Sexual (DDS), conforme definição prevista no art. 1.º da Resolução n.º 1.664/2003, do Conselho Federal de Medicina. É que, segundo a referida Resolução (art. 2.º), a "diferenciação sexual" deve *"ter assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil."*

Sucede que o mencionado "tempo hábil" para correção da "anomalia" diagnosticada, salvante os casos de disfunção ou que possam afetar a micturição, não pode ser interpretado como sinônimo de urgência ou de emergência, pois a hipotética crença na ulterior satisfação do bem-estar psicossocial da criança intersexo não pode ser fator de relevância ou de prevalência, ainda que sob o ponto de vista médico, para ignorar-se o autorreconhecimento, na idade adulta, da verdadeira identidade psicológica sexual de gênero, pela própria pessoa com indicação a submissão à cirurgia corretiva.

Parece, à primeira vista, que a dor do "Outro" não importa para o profissional médico. No caso, o evidente perfil do intersexo é jogado ao léu, porque sua identidade é negada, desde o seu nascimento, na sala de cirurgia e substituída, à sua revelia, por outra versão que não lhe é peculiar.

Desse modo, proliferam os abusos de toda natureza contra pessoas intersexuais, incluindo infanticídio, intervenções médicas forçadas e compulsórias, discriminação na educação, na saúde, no esporte, no emprego e em outras atividades laborais, situações esdrúxulas que vêm sendo corrigidas pela intervenção firme de setores organizados da sociedade e do Poder Judiciário.

Por essa razão, bem apropriado para censurar essa arbitrariedade praticada contra o neonato intersexo, é o escólio de Luis Legaz y Lacambra[16], abaixo transcrito:

> *"Es un deber resistirse contra una injusticia que pone a la persona en una situación-limite, esto es, contra una violación del Derecho que, aceptada, supondría un desprecio de la misma; es um deber para consigo mismo, pues hay un precepto de autoconservación moral y un deber para con la comunidad, la cual tiene interés en el mantenimiento del Derecho."*

É que o conceito de gênero e de identidade de gênero, cada vez mais amplo, complexo e polissêmico denota muito cuidado de todos e, principalmente, do esculápio, porque vai além da definição que juristas, médicos, psicólogos, filósofos e outros estudiosos do tema possam imaginar. Como visto, não há um consenso ou unanimidade conceitual. A maior prova desta assertiva é a própria sigla LGBTQIAP+, que estende ao infinito *permissa maxima venia* as inúmeráveis possibilidades de autorreconhecimento[17] da identidade sexual psicológica.

Atenta a essa realidade inconfundível, Elisângela Padilha[18] explica que:

> *"No que condiz a uma sociedade heterossexista, o gênero é compreendido a partir da heterossexualidade e a intersexualidade está intimamente ligada com a experiência de um corpo vigiado, punido, controlado e construído pelos saberes médicos em salas cirúrgicas, discurso esse que contou sempre com a instituição família. Sendo assim, o intersexo é aquele que tem cicatrizes sociais criadas em salas cirúrgicas, visando socializá-lo, atribuindo-lhe o papel de homem ou mulher no modelo hetenormativo "*

O intersexo precisa de um nome que o individualize como pessoa humana, portadora de uma identidade civil, de um perfil psicológico, de um traço característico que o torne visível e o inclua dentre os demais seres humanos e que o deixe fora das discussões sobre o sagrado e o profano; necessita também de legislação que proteja sua escolha genética para corrigir falha da natureza que não pode ser imputada a ele, nem a seus familiares.

No imenso código da lei natural, cheio de normas não escritas, não lidas, nem interpretadas, mas perceptíveis, se encontra o direito do intersexo ao registro civil de acordo com a sua gênese sexual. A função do Juiz, neste caso, não é inventar um Direito novo, mas ajustar o direito preexistente às situações novas, à semelhança de uma suposta lei natural que, por ser justa e coerente, pode e deve ser aplicada aos neonatos que não apresentem o modelo binário definido no padrão aceito pela sociedade. Nisto não haverá perigo de criar-se regalias ou privilégios. Ao contrário, será evitado

[16] El Derecho y el Amor. Barcelona: Casa Editorial S/A, Urgel, 31 bis, 1976, p. 216/217.
[17] A professora Elisângela Padilha aponta que "segundo a ABRAI, até o momento são cerca de 54 estados intersexo já descobertos." (A Criança Intersexo: entre silenciamentos e a normalização compulsiva de corpos. 1.ª ed. Curitiba: Editora Appris, 2023, p. 44).
[18] A Criança Intersexo: entre silenciamentos e a normalização compulsiva de corpos. 1.ª ed. Curitiba: Editora Appris, 2023, p. 41.

a incidência de discriminações que o binarismo sexual heteronormativo impõe, permitindo-se a inclusão da pessoa intersexo e a paridade de gênero, conforme intelecção do art. 5,º, inciso I, da Constituição Federal.

A ideia é incluir o intersexo, dando-lhe existência cidadã, com base numa certeza ou numa verdade racional que está acima do costume e da própria lei. Com isto, assegura-se ao intersexo o exercício de direitos constitucionais essenciais, tais como cidadania, personalidade e dignidade humana.

Sintetizando o raciocínio, podemos dizer que o homem que não se identifica com a sua natureza humana é reduzido a um sujeito que não tem condições de agir por si só, conforme agem os demais homens, porque se enxergará sempre, perto do espelho ou longe dele, como uma aberração da natureza. É que, independentemente de ser pessoa, sempre se reconhecerá sem identidade e sem valor moral, como conceitos correlativos de dignidade humana.

Como preleciona Fernanda Carvalho Leão Barreto na apresentação ao livro INTERSEXO (Ed. Revista dos Tribunais, 2018), por ela organizado:

> *"O intersexo é a própria diversidade encarnada, é a prova inconteste de que o binarismo de gênero não é um destino incontornável imposto pela biologia, mas uma construção cultural que alicerça a heteronormatividade, o patriarcalismo e o machismo."*

A jurista e professora Maria Berenice Dias, coordenadora da obra supracitada, em seus prolegômenos, também enfatiza que:

> *"É necessário assegurar aos intersexuais o direito de eles próprios definirem como se identificam, como se reconhecem, livres da intervenção coacta do Estado de eleger, de forma coacta, sua identidade sexual. Certamente não há afronta maior a quem merece ter sua dignidade, sua integridade física e psíquica respeitada."*

No que tange à alteração do gênero, a jurisprudência é pacífica no sentido de permiti-la, pois é direito fundamental subjetivo do indivíduo, não se exigindo, para tanto, nada além da sua manifestação de vontade. Tal pretensão pode, inclusive, ser exercida tanto na via judicial, como diretamente na instância administrativa, conforme recente decisão do STF, quando do julgamento da ADIN n.º 4.275/2018, haja vista estar vinculada exclusivamente à autodeterminação da pessoa.

Nesse precedente, a Corte Suprema julgou procedente a ação, dando interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, bem como ao art. 58 da Lei n.º 6.015/73, reconhecendo, por conseguinte, aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transversalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil para afirmação de sua identidade de gênero e personalidade sexual.

Nada mais justo do que permitir também ao intersexo a aplicação da mesma regra de direito, quer por ato cartorial administrativo, quer por decisão judicial fundamentada – *ubi eadem ratio, ibi ius idem esse debet.*

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também confirmou o entendimento aplicado na ADIN supracitada, conforme julgamento manifestado no Recurso Especial n.º 1.631.644- MT

(2016/0267667-4), da relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, garantindo dentre outras coisas:

> *"Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral)."*

Em outra passagem bastante elucidativa, o venerando acórdão exaure o tema ao questionar a imutabilidade registral. Destarte, aduz categoricamente:

> *"Ademais, o chamado sexo jurídico (aquele constante no registro civil de nascimento, atribuído, na primeira infância, com base no aspecto morfológico, gonádico ou cromossômico) não pode olvidar o aspecto psicossocial defluente da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo, o qual, tendo em vista a ratio essendi dos registros públicos, é o critério que deve, na hipótese, reger as relações do indivíduo perante a sociedade. Exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito."*

A intersexualidade versada na ação judicial que deu margem ao presente estudo, diferentemente da transexualidade, se particulariza pelo fato de o autor ter nascido com genitália ambígua, ou seja, com uma variação nas características sexuais externas que identificam cada sexo e que os antigos, desde a mitologia grega, chamavam hermafroditismo ou androginia. As diferenças podem ser encontradas nos genitais, cromossomos, gônadas ou hormônios, que não coincidem com o entendimento binário dos corpos (nem o masculino, tampouco o feminino).

São inúmeros os conceitos para definir o que seja intersexual. Por essa razão, embora saiba que toda definição é reducionista, transcrevo, dentre todos, para compreensão dessa expressão, o conceito fornecido por Rodrigo da Cunha Pereira, *ipsis verbis*:

> *"Intersexual é a pessoa que nasceu fisicamente entre (inter) o sexo masculino e o feminino, tendo parcial ou completamente desenvolvidos ambos os órgãos sexuais, ou um predominando sobre o outro. Popularmente era conhecido como hermafrodita. (...) Os sujeitos intersexuais, que não são poucos, são os mais invisíveis de todas as categorias sexuais. Provavelmente porque é a que mais desafia o binarismo sexual." (Do livro Intersexo, p. 39 e 47, ed. RT, 2018).*

Abro aqui um parêntesis para dizer que não se pode confundir a expressão intersexual com orientação sexual, pois como preleciona Fernanda Carvalho Leão Barreto (Op. Cit., p. 50):

> *"A intersexualidade não se confunde, pois, com orientação sexual, que diz respeito às inclinações afetivas e sexuais da pessoa, à expressão do desejo. Nesse sentido, um intersexual pode ser, por exemplo, homossexual, heterossexual, bissexual ou assexual."*

Na mesma linha de raciocínio é o luminoso vaticínio de Luiz Guilherme Loureiro[19], segundo o qual:

> *"O diagnóstico do hermafroditismo exclui o do transexualismo, pois o indivíduo transexual possui genitália perfeitamente formada, adequada às suas informações genéticas e aos seus órgãos internos. O fenótipo corresponde ao genótipo, não havendo má formação embrionária, não houve má formação genética, restando o distúrbio apenas na inadequação da identidade sexual."*

No caso dos autos em estudo, o autor, maior de idade, inferiu que seu gênero é feminino e que sua identidade pessoal psicológica se encaixa em certos padrões de beleza e orientação sexual tipicamente de mulher. Por essa razão, submeteu-se espontaneamente a procedimento cirúrgico denominado penectomia, optando, com tal atitude, pela manutenção da genitália feminina e amputação da masculina, posto que o psiquismo sexual sempre lhe inclinou a se enxergar como mulher.

Atitude racionalmente correta porque o corpo do intersexo tem características variantes que devem ser respeitadas e não podem ficar à mercê do esculápio no momento de seu nascimento. Portanto, entregar ao médico o corpo de um bebê intersexo para decidir se o mesmo é masculino ou feminino é chancelar uma atrocidade e legitimar que a medicina realize intervenções irreversíveis num corpo que não fala por si ainda. Quando não respeitamos sua condição natural, violamos e torturamos esse corpo com procedimentos médicos violentos consistentes em mutilações genitais precoces e perenes, além da aplicação de medicamentos que alteram toda uma estrutura corporal.

Livre das amarras do binarismo sexual, a pessoa poderá sentir-se como realmente se autorreconhece e sair da invisibilidade que a ética hipócrita impõe ao indivíduo intersexo, sob o pálio ultrajante do que supõe-se ser a moral sexual. Dito de outro modo, seria o rompimento da etiqueta do preconceito e a exigência do inalienável dever de respeito por todos às diferenças individuais, como epifenômeno dos direitos da personalidade humana.

Além disso, poderá, liberto dos recalques que a imperfeição congênita lhe causava, enfrentar as vicissitudes da vida sem o receio de sofrer complexos ou de repelir opiniões estereotipadas a respeito da pretérita intersexualidade. Não terá mais vergonha do seu corpo, nem medo de amar e de ser amado; nem dificuldades em escolher quem amará e por quem quer ser amado; nem preocupações de como aproveitará a vida, após renascer com a identidade sexual do gênero que sempre adotou, livre do estigma social que oprime, humilha e perverte o indivíduo.

Ninguém. Nem o juiz, nem o médico, nem o psicólogo podem dizer a identidade sexual do intersexo. Somente ele possui a inteira capacidade e percepção para autodeclarar o que realmente é ante as tendências sexuais opostas que o seu corpo exibe. Por essa razão, a Resolução n.º 348 de 13/10/2020 do CNJ, em seu art. 5.º, *caput*, reconhece, como válida, a autodeclaração da pessoa como

[19] Registros Públicos: Teoria e Prática. 9.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodium, 2018, p. 190.

intersexo.

Sendo assim, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, além do direito a identidade pessoal de gênero, torna-se medida necessária, à ausência de regência da lei, a autorização judicial para que o intersexo passe a adotar o nome (masculino ou feminino) que escolher, acrescido do matronímico/patronímico, uma vez que não pode permanecer com um prenome que está em total desacordo com sua personalidade e suas características fisicopsíquicas.

Ademais, no caso em estudo, não há riscos às relações jurídicas nem prejuízos a terceiros, visto que a retificação pleiteada consiste na simples alteração do prenome, não prejudicando os apelidos de família que devem permanecer inalterados. Também não haverá prejuízo quanto a mudança de gênero, até mesmo porque, em que pese o autor já ter tido as duas genitálias (masculina e feminina), submeteu-se a procedimento cirúrgico com amputação da genitália masculina, não havendo mais dúvidas de que o seu sexo agora é somente o feminino.

6. Como registrar o nascimento da pessoa intersexo?

A vida humana deve ser, necessariamente, marcada pela convivência social. Portanto, a existência de toda pessoa deve ser compartilhada com os demais membros da família e da sociedade, seja qual for a sua origem, raça, cor, condição social, grau de instrução ou identidade sexual. Mas para isso, é indispensável que seja individualizada com caracteres identitários que permitam sua identificação como ser humano.

No plano da existência humana, quer sob o ponto de vista da religião, quer sob a ótica da biologia, a pessoa intersexo não pode ser vista como um arquétipo do fora da lei. Pensar diferente é negar ao intersexo o amor ao próximo e o legítimo direito que toda pessoa tem, por natureza, de conquistar as aspirações que a vida reserva ao gênero humano, tal como retratado no aforismo cartesiano *cogito, ergo sum.*

Não defendemos aqui apenas um tratamento racionalista para a construção jurisprudente da hipótese estudada, mas também (e de forma simultânea, reconhecendo a invencível fugacidade da vida humana), uma espécie de primazia das emoções, empregada como fundamento jurídico para permitir a célere intervenção do magistrado no sentido de declarar a vulnerabilidade da pessoa intersexo, ainda na condição de nascituro.

Esse motivo de grande alcance e relevância social, justifica o uso de toda forma de hermenêutica jurídica para a prolação da decisão consciente que permite o registro de nascimento do neonato como intersexo, considerando o fato de que atenderá, *ipso facto,* a uma coletividade de pessoas, interessadas na confirmação da identidade de gênero autorreconhecida, que enfrenta resistência da sociedade cada vez mais complexa e multifacetada.

Antigamente, muitas pessoas existiam sem um prenome ou nome designativo; sequer tinham o documento básico chamado registro civil de nascimento. A maioria das pessoas era conhecida apenas por apelido, por alcunha ou por algum hipocorístico familiar. Aquelas que recebiam o sacramento do batismo, na crença católica, possuíam o batistério. Outros, nem esse documento eclesiástico tinham. Muitas vezes, o primeiro registro civil era feito quando a pessoa ía para a escola ou pelo fato de contrair núpcias.

Resta claro, portanto, que a impersonalidade não é atributo do ser humano. É preciso que

a pessoa personalizada possa distinguir-se dos demais membros da sociedade em que convive. Mas para isso, é indispensável, antes de tudo, revelar-se socialmente para expressar, em que medida, precisa também ser, essencialmente, vista com sua verdadeira identidade de gênero sexual.

O jusfilósofo espanhol Luiz Legaz y Lacambra[20] destacou em magnífica monografia, com palavras de rara beleza, que:

> *"En toda y cualquier sociedad humana tienen que estar presentes la amistad y la justicia. Allí donde, por hipótesis inverificable, sólo existiesen la radical y absoluta injusticia y la universal e integral enemistad entre los hombres, no podría decirse que se da una verdadera sociedad entre ellos.*
>
> *Frente a eso, nada importan los sacrifícios e incomodidades que el proceso lleva consigo. Y no es un interés dinerario lo que lleva siempre a iniciar una acción ante los Tribunales, sino el dolor moral por la injusticia padecida. Hay una voz interior que le dice a uno que no debe cejar en su empeño, que no se trata de recuperar un objeto tal vez sin valor, sino de defender su propria personalidad. En una palabra, el proceso deja de ser una mera cuestión de intereses para convertirse en una cuestión de carácter: afirmación o abdicación de la personalidad."*

O intersexo é um ser humano. Por essa razão, não pode levar uma vida impessoal ou impersonalizar-se. A lei precisa assegurar o que a pessoa intersexo é realmente, de preferência pela própria autodeclaração ou autorreconhecimento dela. O legislador precisa antecipar-se à população intersexo, que já vem se mobilizando, de forma organizada, para obtenção de seus direitos. Se isso não ocorrer, a doutrina o fará pelo conjunto dos princípios que germinam na natureza, criando o Direito que o Judiciário haverá de aplicar por uma questão de justiça a favor da pessoa intersexo, cuja sexualidade revela sua personalidade e que não pode viver sem uma existência legal.

A Constituição Federal Brasileira prega, em seu preâmbulo, dentre outros princípios, a fraternidade como valor supremo da sociedade, ao assegurar aos cidadãos "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social."

Esta ideia carrega em si, não apenas conteúdo normativo, mas também religioso, considerando que a bíblia traz o dever de todo homem amar ao próximo mais que a si mesmo, porque todos são criaturas divinas e, portanto, devem amar-se entre si como amam a Deus, por toda a eternidade.

Por outro lado, o Código Civil estabelece que toda pessoa tem o direito a um nome, dispondo, em seu art. 16, o seguinte*:"Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."* Essa regra incorpora o que, atualmente, se entende como a constitucionalização de princípios que se irradiam, com predominante força normativa, para todo o ordenamento jurídico, neste caso específico para o Direito Civil, conferindo ao Juiz, como seu exegeta, o salvo-conduto para a aplicação direta e simultânea do próprio Direito Constitucional na esfera cível, buscando sempre a proteção de valores consagrados em nossa Carta Magna, tais como:

[20] El Derecho y el Amor. Barcelona: Casa Editorial S/A, Urgel, 31 bis, 1976, p. 5 e 216.

cidadania, personalidade, liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade humana, justiça e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação .

Ora, se isso é verdade, deve haver um compromisso geral para o atendimento das necessidades de todas as pessoas que precisam de reconhecimento social para usufruir dos direitos de cidadania que são outorgados, indistintamente, aos seres humanos, independentemente da predisposição de setores sociais que, por alguma forma de preconceito legislativo ou não, tentam inviabilizar essa garantia constitucional básica. Esta concepção deve ser entendida com o caráter de urgência e de emergência para evitar, no caso em estudo, a intersexofobia.

Embora a Lei de Registros Públicos não contemple a possibilidade do registro civil de nascimento do intersexo, com essa denominação, a Resolução n.º 348 do CNJ, de 13/10/2020, em seu art. 3.º, inciso II, define como intersexo as "pessoas que nascem com características sexuais físicas ou biológicas, como a anatomia sexual, os órgãos reprodutivos, os padrões hormonais e/ou cromossômicos que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino."

Definir o que se entende por pessoa intersexo, sob a ótica do CNJ, foi um passo importante, porém não definitivo, posto que a Resolução n.º 348 não enfrentou o ponto nevrálgico da questão, que consiste em saber se o recém-nascido, que apresentar genitália dupla ou ambígua, deve ser registrado como intersexo.

Entendo que a ausência dessa previsão na mencionada norma administrativa não impede o registro de nascimento pelo notário ou mediante a prolação de decisão judicial, autorizando o registro do neonato como intersexo, obviamente, desde que apresentado juntamente com o requerimento perante a serventia extrajudicial, ou com a judicialização do pedido, laudo chancelado por médico credenciado, confirmando o diagnóstico da anatomia intersexual.

Com efeito, a Resolução supracitada, em seu art. 5.º, *caput*, reconhece, como válida, a autodeclaração da pessoa como intersexo, garantindo-lhes "o direito de utilizar vestimentas e o acesso controlado a utensílios que preservem sua identidade de gênero autorreconhecida" (art. 11, inciso IV, alínea "c"), considerando que "pessoas intersexo podem ter qualquer orientação sexual e identidade de gênero" (art. 3.º, inciso II, alínea ""b").

Tanto a Constituição Federal, quanto a Resolução n.º 348/2020 do CNJ, são diplomas legais que se encontram em patamar hierárquico superior à Lei dos Registros Públicos. O primeiro diploma legal antecitado, sendo nossa Carta Magna, estabelece, como princípios fundamentais da República, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, incisos II e III), assim como "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação (art. 3.º, inciso IV). O segundo, embora sendo Resolução, possui status de norma constitucional, porque de acordo com o § 5.º, do art. 102, do Regimento Interno do CNJ "*as Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ*", o que equivale dizer que não podem ser questionadas por atos normativos de menor hierarquia.

Sendo assim, a Lei dos Registros Públicos por ser omissa e letra morta adormecida no tempo desusado, não pode impedir o cumprimento do preceito normativo constante da Resolução 348/2020 do CNJ, sob pena de estagnar garantias e negar o exercício de direito inalienável à pessoa intersexo, qual seja o seu registro civil de nascimento com a indicação da identidade de gênero que

sua genitália apresentar ao nascer ou a autorreconhecida, quando atingir a autopercepção de sua identidade sexual psicológica.

Mas ainda que não existisse no ordenamento jurídico brasileiro lei ou norma administrativa que regulasse a matéria, o registro da pessoa intersexo poderia ser realizado por ordem judicial, porquanto o Poder Judiciário tem a prerrogativa e o dever de aplicar não apenas a lei, mas também o Direito (ainda que não escrito) às situações concretas sobre as quais é provocado a decidir. O lecionamento do professor Marcílio Franca, citado por Nevita Luna[21], abaixo transcrito, dilucida essa questão:

> *"A totalidade do Direito não está contida na lei, porque a lei, simplesmente, não comporta todo o Direito. Há um direito que ultrapassa a letra da lei, e é possível encontrar o Direito fora (aquém ou além) dos limites da norma jurídica positiva."*

Cabe ao Juiz legisperito, como primeiro e último intérprete isento da lei, trazer à tona esse Direito latente que, aparentemente, está fora-da-lei, contudo presente em inúmeras situações sociais do gênero humano, para aplicá-lo aos casos análogos e prestar juscivilisticamente a pleiteada tutela jurisdicional, considerando que o Poder Judiciário é o abrigo dos injustiçados e a instância estatal onde, no dizer de Rui Barbosa[22], *"a esperança nos Juízes é a última esperança."*

7. Conclusão

A primeira vez que nos propomos a discorrer sobre um tema que ainda não dominamos completamente e que ainda não existe uma certa compreensão do destinatário do texto sobre o sentido de nossas ideias, vem-nos a inevitável sensação de estarmos inovando sobre o assunto e ingressando num mundo novo, onde tudo é estranho, polêmico, contraditório, ousado, sombrio, diferente e assustador.

Passa também a impressão de que o que foi dito antes não pode mais ser modificado, porque faz parte de uma verdade inquestionável. Mas a dialética, entendida como processo de diálogo para a busca da verdade, se estabelece, em qualquer tempo e lugar, entre o homem e o meio social em que está inserido, sempre voltada para o progresso da ciência e o bem da humanidade.

Se a experiência científica não permite afirmar, no momento do nascimento do intersexual, qual o seu verdadeiro sexo, deve prevalecer a coerência como pedra de toque da diversidade genésica, consignando-se por escrito no registro desse indivíduo neonato o **gênero provisório de intersexo** até que sua maturidade psicológica permita que o mesmo autodeclare espontaneamente a sua identidade sexual.

Aqui o formalismo legislativo hipotético cede lugar à equidade para corrigir a antinomia e o paradoxo que a abstração legiferante não contemplou. Cabe à justiça, nesse caso, suprir a deficiência diante da realidade concreta da vida para atender aos anseios do gênero humano, acaso não exista norma legislativa estatal ou administrativa do Judiciário que regule a situação enfrentada por conta da configuração anatômica do órgão sexual do nascituro.

[21] Op. Cit., p. 94.
[22] Trecho retirado do livro "Obras Completas, Vol. XXV, Tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947, p. 130.

A vetusta formalidade legislativa, a que nos referimos, atravancava a realidade da natureza humana do intersexo e a velocidade das decisões legiferantes. Daí a insegurança jurídica em relação ao direito caduco e a busca de soluções urgentes e eficazes, mediante adaptação supletiva da legislação vigente às situações supervenientes pelo Estado-Juiz.

Tal situação letárgica favorecia o alheamento do Estado ante as mutações sociais e o distanciamento do papel de garantidor das necessidades e legítimos interesses de grupos que vivem à margem dos modelos aceitos como padrão de normalidade, ao mesmo tempo em que também favorecia a formação de extratos sociais parasitários, que tinham como origem a indeferença ou incompreensão de quem possui atribuição institucional para evitá-los.

A natureza, como sabemos, não é homogênea. Nela habita uma infinidade de seres que não são homogêneos. Não há só uma raça, só uma cor, só uma matéria, só um idioma, só um canto, só uma ideia a respeito das coisas. O mundo é heterogêneo; o ser humano também. A partir dessa heterogeneidade material é possível explicar a diversidade sexual que tanto assusta atualmente a humanidade pela multiplicidade de pessoas que jamais poderão ser tratadas dentro de um padrão homogênico.

Isto deixa claro que se a natureza é um universo inacabado, os seres humanos, como parte integrante desse contexto, também carregam enormes imperfeições e diferenças entre si, que lhes permitem ser ou viver como melhor lhes convêm.

O homem é o resultado da sua interindividualização. Essa é a razão pela qual o médium Chico Xavier, num momento de rara inspiração, sintetizou toda a essência da individualidade humana, ao vaticinar “Eu permito a todos serem como quiserem, e a mim como devo ser.”

Consequentemente, devemos concordar que numa sociedade plúrima, como a brasileira, a laicidade nos inclina a raciocinar a partir de inúmeras possibilidades, dentre as quais como e onde encontrar a felicidade humana. Sabemos que somente cada pessoa, conhecendo a si própria, pode encontrá-la e descobrir onde ela está.

É que esse estado de bem-estar espiritual satisfaz o equilíbrio psicofísico e emocional do indivíduo, conferindo-lhe liberdade ilimitada para sonhar, falar, pensar, agir, decidir, vestir-se e comportar-se dentro do modelo de existência humana que escolheu de acordo com sua autonomia e a escala de valores éticos e morais socialmente aceitos ou não.

Por isso, não é equivocado afirmar que o ser humano, guardadas as devidas desigualdades, deve ser tratado de modo a obter a condição essencial e legal de existir como pessoa da maneira como reconhece sua identidade sexual, o que somente será possível quando, sob essa perspectiva, for aceito socialmente e tratado com igualdade perante todos de acordo com a autonomia da vontade e identidade de gênero psicossocial.

Esse entendimento vem sendo construído paulatinamente por diversos ramos do conhecimento humano. O Judiciário, como órgão regulador das tensões sociais, é obrigado a pronunciar-se diante das hipóteses ventiladas, ainda que não se enquadrem nas categorias jurídicas já reguladas. O Juiz não julga pessoas, mas os fatos a elas atribuídos, vale dizer a conduta. Ele encarna o direito vivo e, por isso, deve inspirar-se no exemplo do pretor romano para quem o direito era *ars boni et aequi*.

A função imparcial do Juiz, neste caso, não é inventar um Direito novo. Mas ajustar o Direito preexistente, que se encontra na lei, e que se mostra inerte, letárgico, omisso, anacrônico e impotente, além de legalista e puramente formal, às situações novas, à semelhança de uma suposta lei natural que, por ser justa e coerente, pode e deve ser aplicada a todos, sem o perigo de criar regalias ou distinções, com base numa certeza ou verdade racional que está acima do costume e da própria lei. Trata-se do Direito existente fora da lei, impregnado na natureza humana, tal como amplamente demonstrado pelo comediógrafo grego Sófocles na trágica peça de sua autoria, denominada Antígona.

O Direito também pode ser encontrado fora da lei ou do positivismo jurídico. A vida do Direito não pode ignorar a vida das pessoas, pois são exatamente as manifestações sociais que desmumificam, frequentemente, a imobilidade e vitalidade dos códigos e das leis para reconhecer direitos ignorados por esses diplomas legais, cuja frieza não é capaz de desvendar a história complexa de cada indivíduo, nem reconhecer a individualidade e diferenças entre os seres humanos.

Isto é possível, porque não é correto o Direito positivo contrariar o Direito natural, visto que é contra a lógica e a razoabilidade. Uma sociedade plural, democrática e laica deve respeitar todo tipo de identidade da pessoa humana, tal como ela se autorreconhece na sua identidade de gênero. Os preceitos morais implicam a suposição de garantias e exercício de liberdades individuais e coletivas. Não se pode tratar o oprimido com a tirania do opressor, nem permitir a mudança de posição entre ambos. Os direitos da pessoa intersexo são atributos de sua condição humana e não objeto da miopia ou do estrabismo da lei.

Se a lei brasileira ainda não reconhece ao intersexo o direito ao registro de nascimento, tal como veio ao mundo, ou como se autorreconhece[23], haveremos de buscá-lo no jusnaturalismo. No imenso código da lei natural, cheio de normas não escritas, não lidas, nem interpretadas, mas perceptíveis, se encontra o direito do neonato intersexo ao registro civil de acordo com a sua gênese sexual, cabendo ao mesmo, ao atingir a puberdade ou a idade adulta, decidir qual será sua identidade sexual psicológica e, por conseguinte, atribuir-se um nome compatível com o seu gênero.

É certo *data maxima venia* que não podemos esperar essa iniciativa dos tribunais que, quase sempre conservadores, não inovam a maneira de interpretar a lei, nem atualizam frequentemente a jurisprudência, a qual, engessada por súmulas e precedentes antiguíssimos, impedem a caminhada *pari passu* do Direito com a velocidade galopante das novas concepções humanas sobre a identidade de gênero sexual.

Os juízes das instâncias monocráticas, sempre vanguardistas e dispostos a corrigir essas miopias legislativas, sem fugir ao espírito da lei e do Direto vigentes, enxergam e compreendem essas situações consideradas anômalas com inquestionável precisão, pois o contato imediato com as partes e com o conflito a solucionar, lhes confere a capacidade de perscrutar o caráter lícito do fato para inferir que toda norma de conduta ética ou moral tem como tendência transformar-se em norma jurídica para a construção da paz social.

Nessa medida, o Juiz torna-se o elo entre o conflito de interesses e a comunhão social, cabendo-lhe, como intérprete dos fatos submetidos ao seu conhecimento, dizer o direito fundamental aplicável à espécie, ainda que baseado em princípios imutáveis, os quais, por serem abstratos, ubíquos

[23] O autorreconhecimento como intersexo é o primeiro passo da pessoa rumo à formação de sua personalidade na definição de sua identidade de gênero.

e universais, levam uma grande vantagem sobre a lei.

É desse fenômeno que o Juiz retira argumentos para exercer sua capacidade interpretativa, como também para prestar a almejada tutela juscivilista e acudir situações que o Direito escrito ignorou, bem assim para determinar, como no caso das pessoas intersexo, o reconhecimento civil da identidade psicológica de gênero autorreconhecida, a elas profligada pelo ordenamento jurídico.

Com esse sentimento jurisdicional, revelado na própria etimologia da palavra sentença, derivada do latim *sententia*, o Juiz garante, na justa medida, o cumprimento dos princípios que fazem prevalecer constitucional e juscivilmente o respeito a dignidade do Direito e da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Rui. Obras Completas, Vol. XXV, Tomo II. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1947.

BARRETO, Fernanda Carvalho Leão. Intersexo. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

BUTLER, Judith. A Reivindicação de Antígona: o parentesco entre a vida e a morte; tradução Jamille Pinheiro Dias; revisão técnica de Carla Rodrigues. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

- Desfazendo Gênero. Coordenação da tradução por Carla Rodrigues. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

CASTRO, Viveiros de. Attentados ao Pudor: estudos sobre as aberrações dos instictos sexuais. . Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1894.

CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, Maria Berenice. Intersexo. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; Falavigno, Chiavelli Facenda; Mata, Jéssica da. (Org). Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2018.

LACAMBRA, Luis Legaz y. *El Derecho y el Amor*. Barcelona: Casa Editorial S/A, Urgel, 31 bis, 1976.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: Teoria e Prática. 9.ª ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Editora Juspodium, 2018.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. *Por uma erótica do direito*: contradições, diálogos e perspectivas entre direito e emoção. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MARTINEZ, Vicente. Rosário de. Princípio da legalidade e homotransfobia. 1.ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

NETO, Henrique Maximiano Coelho. O Patinho Torto. 1.ª ed. Porto: Livraria Chardron, 1924.

PADILHA, Elisângela. A Criança Intersexo: entre silenciamentos e a normalização compulsiva de corpos. 1.ª ed. Curitiba: Editora Appris, 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Intersexo. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

PICOZZI, Laura. Meu filho me adora: filhos reféns e pais perfeitos. Tradução: Cláudia Souza. São Paulo: Buzz Editora, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.