

**DIREITOS HUMANOS:
DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES**

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS

Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)
José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)
Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia)
Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal)
Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)
Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro)
Santiago Polop (UNRC, Argentina)
Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro)
Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus)
Thiago Pereira (UCP, Petrópolis)
Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis)
Vania Marinho (UEA, Manaus)
Victor Bartres (Guatemala)
Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES:
ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO, DANIEL MACHADO GOMES,
FERNANDA SANTOS FERNANDES, FLÁVIO MIRZA MADURO

DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES



GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Antonio Eduardo Ramires Santoro, Daniel Machado Gomes, Fernanda Santos Fernandes, Flávio Mirza Maduro (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas

EDIÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial Selo Ágora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Caroline da Silva

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES

Santoro, Antonio Eduardo Ramires. Gomes, Daniel Machado. Fernandes, Fernanda Santos.

Maduro, Flávio Mirza.

ISBN: 978-85-8273-773-6

SUMÁRIO

CONSUMIDOR.....17

O SUPERENDIVIDAMENTO E A LEGISLAÇÃO: ESTUDO COMPARADO DO PROJETO DE LEI Nº 283 DE 2012 NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA E FRANCESA.....18

Christine Geneveve Silva Elcock Bradford

OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA.....35

Stephane M. da Rocha

Claudia A. S. Pires

VULNERABILIDADE E PLURALISMO IDENTITÁRIO: VETORES DEMOCRÁTICOS PARA A PROTEÇÃO DE SUPERENDIVIDADOS NO BRASIL49

Frederico Oliveira Silva

REGULAMENTAÇÃO DA ROTULAGEM DA PRESENÇA DE ALIMENTOS ALÉRGICOS EM MEDICAMENTOS, COSMÉTICOS, PERFUMES E SANEANTES DOMESTICÁRIOS.....64

Lilian Carvalho Lopes

CRIMINOLOGIA.....85

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO “DELITO DE SOLIDARIEDADE” A PARTIR DO CASO MALLAH CONTRA FRANÇA.....86

Erica Brito Bakonyi

SER HUMANO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS: A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.....102

Erica do Amaral Matos

A CRIMINALIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES E A EXTREMA DIREITA E O CONSERVADORISMO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....119

Gabriel Martins Furquim

REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER A PARTIR DOS CONCEITOS SOBRE PRECONCEITO.....136

Jesiane Marins

Luís Antônio Monteiro Campos

Karine Bastos Silva

Pedro de Abreu Monteiro Campos

NEUTRALIZAÇÃO DO EXCEDENTE: O ABANDONO DA FUNÇÃO DISCIPLINARIZADORA DO CÁRCERE NO PÓS-FORDISMO.....145

Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA161

Tamires Isabel Mendonça Zambotto

CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NA TELEVISÃO ABERTA NO BRASIL.....173

Tatiana das Neves Swatek

O SISTEMA PRISIONAL E O CRIME ORGANIZADO: A AUSÊNCIA DE CONTROLE DO ESTADO NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE.....191

Vera Martins Veiga Rios

CULTURA E PATRIMÔNIO.....209

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE LITERÁRIA NO SÉC. XIX: ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI APRESENTADOS POR APRÍGIO GUIMARÃES, GAVIÃO PEIXOTO E JOSÉ DE ALENCAR.....210

Ana Cristina Alves de Paula

MEMÓRIA E IDENTIDADE: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LÍNGUAS INDÍGENAS226

Daniel Machado Gomes

Tiago da Silva Cícilio

Aline dos Santos Lima Rispoli

O TEATRO DO BOI COMO ESPAÇO PÚBLICO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS236

João Paulo da Silva

DIREITO COMPARADO.....253

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO COMPARADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL.....254

Adriane dos Santos Condro

CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO ARGENTINO E BRASILEIRO.....271

Angelina Colaci Tavares Moreira

Carolina Braglia Aloise Bertazolli

Flávia Copia Sperandio

O CASO "FARMÁCIAS" DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (APOTHEKENURTEIL BVERFG 7,377) COMO PARADIGMA DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO.....286

Camila Possan de Oliveira

A INFLUÊNCIA DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DOS EUA NAS COTAS DOS PAÍSES DE LÍNGUAS PORTUGUESA.....299

Charles de Sousa Trigueiro

Marcelo Gomes Franco Grilo

Nina Gabriela Borges Costa

Maryela Mireia de Sousa Bandeira

LEI DE ECONOMIA COMUM: BRASIL E PORTUGAL.....310

Claudio Joel Brito Lóssio

ESTUDO COMPARADO SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO PRESENTE NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA - AVANÇOS E DESAFIOS PELO FIM DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO.....323

Kawanny Hydemy Pereira Kawamura

DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO.....339

A CONDIÇÃO FEMININA NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS...340

Alessandra Tauk Santos

REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE LGBT352
Ana Carolina Bicca Bragança

A INDEXICALIDADE PRESENTE NOS DISCURSOS LEGAIS - AS REGRAS DAS NA-
ÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE MULHERES PRESAS E MEDIDAS NÃO
PRIVATIVAS DE LIBERDADE PARA MULHERES INFRATORAS (REGRAS DE BAN-
GKOK) REVISITADAS.....363
Deise Ferreira Viana de Castro

QUEM TEM DIREITO AOS DIREITOS HUMANOS? A EFERVESCÊNCIA DA "IDEOLO-
GIA DE GÊNERO" COMO DISPOSITIVO RETÓRICO À EDUCAÇÃO PARA A DIVER-
SIDADE.....380
Edimauro Matheus Carriel Ramos

RETIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO DAS PESSOAS TRANS: APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....394
Edmilson Rodrigues de Sousa Junior
Cícera Amanda Guilherme Fernandes

MAIS AMOR, POR FAVOR: DIREITO À INFORMAÇÃO, DISCURSOS DE ÓDIO NAS
REDES SOCIAIS E A CONSEQUENTE VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS.....411
Kaoanne Wolf Krawczak

DIGA NÃO A PATOLOGIZAÇÃO! DIREITO À SAÚDE, IDENTIDADE DE GÊNERO E A
NECESSIDADE DE DESPATOLOGIZAR A TRANSEXUALIDADE.....426
Kaoanne Wolf Krawczak

CONSTRUÇÃO CULTURAL DO CORPO ENTRE MULHERES PROSTITUTAS NA RE-
GIÃO DA PAISSANDU EM TERESINA-PI.....444
Marcos Paulo Magalhães de Figueiredo
João Victor Mendes Carvalho

SOBRE A IMPORTÂNCIA DE PENSAR OS DIREITOS HUMANOS NUMA PERSPECTI-
VA DE GÊNERO.....459
Nayara Fernanda Magalhães Feitosa
Emily de Paula Sousa Silva
Cristiane Maria Marinho

EM TEMPOS CONSERVADORES: OMISSÃO DE OBJETIVOS CLAROS NA POLÍTICA IDENTITÁRIA DAS MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO QUE COMPÕEM O SEGMENTO LGBTQ+ 473

Paulo Roberto de Souza Junior

#IDENTIDADES: PENSANDO NOS CONCEITOS DE IDENTIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DOS SUJEITXS INTEGRANTES DO SEGMENTO LGBTQ+..... 487

Paulo Roberto de Souza Junior

MEIO AMBIENTE 503

A GESTÃO AMBIENTAL PÚBLICA FRENTE ÀS DEMANDAS ECONÔMICAS PELA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO DA SOJA NO MUNICÍPIO DE SÃO SEPÉ/RS: NOVOS DILEMAS & VELHOS PROBLEMAS NA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL..... 502

Adriana Martini Correa Pedrosa

Diego Marques Gonçalves

UM PANORAMA INTERNACIONAL DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SEUS DESDOBRAMENTOS.....525

Adriana Xavier Ferreira Lopes

AVANÇOS NA GARANTIA DO DIREITO AO ACESSO A ÁGUA E A IGUALDADE DE GÊNERO.....542

Alexsandra Matilde Resende Rosa

Vera Lúcia de Miranda Guarda

Kerley dos Santos Alves

O COMPLIANCE AMBIENTAL COMO INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS EM PROL DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL561

Bárbara Beatriz Rodrigues Afonso Chiste

DIREITOS HUMANOS PARA NÃO HUMANOS.....580

Beatriz Borges Maia

Carlos Alberto Maciel Públio

A IMPORTÂNCIA DA ORIENTAÇÃO SOBRE O CORRETO DESCARTE DE RESÍDUOS MEDICAMENTOSOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARA ESSA E PARA AS FUTURAS GERAÇÕES..... 590

Conceição de Lourdes de Lana

A INDÚSTRIA DA MODA "FAST FASHION" E SEUS IMPACTOS AMBIENTAIS: DA NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....603

Gianfranco Faggin Mastro Andréa

Wagner Wilson Deiró Gundim

A ATIVIDADE DE MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS.....625

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Raffaella Cássia de Sousa

A DELEGAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: O TEXTO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº08 E A SUA INSERÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA638

Jéssica Cristina de Souza

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS NOS PROCESSOS DE CRIMES AMBIENTAIS E A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DOS CASOS DE MARIANA E BRUMADINHO-MINAS GERAIS.....653

Kamila Batista Prates

OS PROJETOS DE REDUÇÃO DE EMISSÕES POR DESMATAMENTO E DEGRADAÇÃO INCLUINDO CONSERVAÇÃO, AUMENTO DOS ESTOQUES DE CARBONO E MANEJO SUSTENTÁVEL DE FLORESTAS (REDD+) DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU).....663

Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

LAGOA DO PORTINHO: O CASO DE UM CONFLITO AMBIENTAL EM PERSPECTIVA SÓCIO-ANTROPOLÓGICA.....676

João Victor Mendes Carvalho

Marcos Paulo Magalhães de Figueiredo

REFLEXÕES ACERCA DA CONJUNTURA AMBIENTAL E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO ESTADO DO CEARÁ.....689

Mariana da Silva de Lima

O RECONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL BRASILEIRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE CRÍTICA DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS.....701

Milton Leonardo Jardim de Souza

CONSTRUÇÃO JURÍDICO-FORMAL DOS POVOS TRADICIONAIS E SEU RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO, CULTURAL E TERRITORIAL.....717

Talita Benaion Bezerra Thevenin

Julien Marius Reis Thevenin

MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA GERAÇÃO E A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL736

Thais Cíntia Cárnio

TECNOLOGIA.....749

A NECESSIDADE DE UMA "DIGITALÉGICA" E OS DIREITOS HUMANOS NOS AMBIENTES DIGITAIS.....750

Adriano Augusto Fidalgo

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL ATRAVÉS DO USO DE NOVAS TECNOLOGIAS COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL.....769

Amanda D'Andrea Löwenhaupt

GDPR E O DIREITO À EXPLICAÇÃO DE DECISÕES AUTOMATIZADAS: PANACEIA OU REMÉDIO EFICAZ CONTRA A OPACIDADE ALGORÍTMICA?.....785

Giovana Figueiredo Peluso Lopes

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE PESSOALIDADE E VULNERABILIDADE.....802

Giovana F. P. Lopes

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS DESAFIOS DE SUA OBSERVÂNCIA NA ERA DIGITAL: PERSPECTIVAS DO **BIG DATA** E BREVE ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....820

Guilherme Mesquita Estêves

ACESSO AO MEIO DIGITAL VIA INTERNET COMO DIREITO UNIVERSALMENTE DECLARADO.....836

Ingrid de Figueiredo Lopes

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Yasmin Condé Arrighi

EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA OTIMIZAÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS: ALGUMAS IMPRESSÕES.....848

Marcelo Pereira de Almeida

Vera Regina Fróes Villela

Letícia Pereira de Araújo

Mauro Bastos Alves Junior

UM ENSAIO SOBRE DIREITO DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE: VOCÊ AINDA OS TEM?.....862

Milena de Bonis Faria

MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL E OS DESAFIOS DO DIREITO À PRIVACIDADE.....879

Yasmin Xavier Vianna Galhardo

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glauca Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-D-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH)**, que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de 2019 e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento: Direitos humanos: juridicidade e efetividade, Visões de direitos humanos e fundamentais, Direitos sociais e efetividade, Interfaces entre instituições e Estado, Direitos humanos: diálogos interdisciplinares, Direitos humanos e sociedade e Teoria e empiria dos direitos humanos.

O **INTERDH** foi um evento comemorativo dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi um dos maiores e mais representativos eventos em língua portuguesa sobre o tema. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica.

CONSUMIDOR

O SUPERENDIVIDAMENTO E A LEGISLAÇÃO: ESTUDO COMPARADO DO PROJETO DE LEI Nº 283 DE 2012 NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA E FRANCESA

Christine Geneveve Silva Elcock Bradford

INTRODUÇÃO

O ato de consumir vem trazendo nas pessoas um estado de bem-estar cada vez maior, não é por acaso que atualmente qualquer cidadão econômico é entendido como um agente ativo à medida que age como consumidor. É neste sentido que, quando menos se espera, um indivíduo pode encontrar-se em um endividamento excessivo decorrente da própria sociedade de consumo pós-moderna, que se destaca pela grande oferta de crédito marcada pelo mercado liberal e globalizado atual.

Assim, é entendido que o crédito, mesmo que tenha um objetivo essencial de fomento à economia, garantindo a cada indivíduo a possibilidade de ter acesso aos bens que lhe são necessários, também possui uma face negativa. É sobre esta face do crédito que está o foco deste trabalho, isto é, quando concedido de forma desenfreada, gera um dos principais fenômenos atuais, o superendividamento.

Neste sentido, o principal enfoque do presente artigo está no Projeto de Lei do Senado Federal nº 283 de 2012, que está sendo criado a fim de suprir o vácuo legal que o sistema brasileiro oferece a um tema de suma importância para grande parte dos brasileiros considerados superendivida-

dos. Esta nova norma legal vem para aperfeiçoar a disciplina do crédito e dispor sobre a prevenção do superendividamento¹ e por isso merece tanto destaque neste artigo, tendo em vista seu condão de alteração ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) que não é norma suficiente para esse tema em específico.

O seguinte artigo foi produzido a partir de uma introdução de o que é, e como se desenvolve o superendividamento na sociedade brasileira. Depois haverá um foco no Projeto de Lei em si e suas principais mudanças ao CDC. E por fim, o artigo traz como inovação um estudo comparado com países que, ao contrário do Brasil, já tratam sobre o tema por meio de tutelas jurídicas peculiares, como os Estados Unidos, por meio de seu *Bankruptcy Code* e a França através do *Code de La Consommation*.

Assim, será abordada ao longo de todo o trabalho a forma de reinserção do consumidor superendividado na sociedade, e será demonstrado como o Projeto de Lei busca melhorar a imobilidade da economia do Brasil, país conhecido pela alta taxa de inadimplência, por meio de diversas inovações protetivas aos consumidores.

O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

Um Iphone da última geração, um carro do ano, um apartamento na Zona Sul do Rio de Janeiro ou quaisquer outras coisas que possam fazer uma pessoa ser envolvida por uma força que a leve a comprar por mero impulso. Vivemos em um momento muito delicado e peculiar, tendo em vista que, a situação nos permite dizer que enfrentamos uma sociedade na qual o consumo serve como principal meio de inclusão social. Sociedade essa em que há uma verdadeira “cidadania econômico-social”, isto é, as pessoas físicas têm realização plena de sua liberdade e dignidade pelo ato de consumir.

Há um consumismo exorbitante nesta sociedade vigente, a economia de mercado passa a ser um sinônimo de “economia do endividamento”. Tal situação acaba por desencadear no consumidor o que pode ser chamar de um “endividamento crônico”, em que as pessoas se encontrariam em uma situação análoga a uma “bola de neve” que não conseguiriam sair facilmente.

1 Emenda do Projeto de Lei nº 283 de 2012.

É sobre esta situação categórica que Bauman deixa possível entender que houve uma transformação de uma “sociedade sólida de produtores”, em que os bens eram valorizados por sua qualidade, para uma “sociedade moderna-líquida de consumidores”, em que os bens passaram a servir para mero prazer imediato. Os indivíduos buscaram por se transformar em mercadorias a fim de serem aceitos no meio social vigorante, como se o consumo fosse uma maneira de autopromoção.

PRINCIPAIS CAUSAS DO SUPERENDIVIDAMENTO

Há um gama de possibilidades a se citar, que podem ser fatores percursos para levar o indivíduo contemporâneo moderno a ser “enfeitado” a comprar tudo o que pode e também o que não pode.

Assim sendo, uma das primeiras causas do superendividamento é a própria valorização que a nossa sociedade confere ao ato de consumir, visto que, uma pessoa está bem incluída, uma vez que, tem a capacidade de consumir de maneira ininterrupta. Dessa maneira, quem não tem a possibilidade de obedecer ao “dever universal de consumir”, viria a ser considerada uma pessoa que estaria à margem, seria excluído, um décrepito social, um “consumidor falho”. Outras questões podem levar a este fenômeno, como o fato do próprio consumidor que não possui planejamento no momento em que vai adquirir determinados bens, e não tem a preocupação de se organizar para saber o que pode e o que não pode adquirir. Além disso, não se deve esquecer de alguns atos das próprias instituições, que usam uma publicidade agressiva e falaciosa, que atrai cada vez mais o consumidor ignorante e de boa-fé a necessidade de obter bens.

Deixemos por último a principal causa que transforma o consumidor endividado em um superendividado: a oferta de crédito rápido e facilitado, e as diversas formas de financiamento. O casamento entre a necessidade de possuir certo bem momentaneamente, com a oferta a qualquer tempo, é primordial para que o consumidor se encontre em uma situação quase que impraticável. O indivíduo acaba por contrair créditos com os diversos cartões de crédito, com a concessionária do carro novo, com o financiamento de 12x da viagem dos sonhos e com os créditos consignados adquiridos para os pagamentos de todos os anteriores, isso torna o consumidor em um “multisuperendividado”.

O PROJETO DE LEI Nº 283 DE 2012

Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando garantir o mínimo existencial e a dignidade humana; estabelece como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas; dispõe sobre a prescrição das pretensões dos consumidores; estabelece regras para a prevenção do superendividamento; descreve condutas que são vedadas ao fornecedor de produtos e serviços que envolvem crédito, tais como: realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou meio similar, que o consumidor peça e obtenha a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos, condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência relativas a demandas judiciais; dispõe sobre a conciliação no superendividamento; define superendividamento; acrescenta o § 3º ao art. 96 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) para estabelecer que não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso; dispõe que a validade dos negócios e demais atos jurídicos de crédito em curso, constituídos antes da entrada em vigor da lei, obedece ao disposto no regime anterior, mas os seus efeitos produzidos após a sua vigência aos preceitos dela se subordinam.²

2 SARNEY, José. Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012. Justificação. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106773>

O tratamento do superendividamento foi começado com o “projeto-piloto”. Tal projeto foi importante pelo fato de ter tratado do assunto através de mecanismos de conciliação (com a participação dos credores), que ocorriam em quantidades maiores que a média nacional (MARQUES, 2012). O principal objetivo pautado nesse projeto era o fato de haver uma grande preocupação com uma nova inclusão social do indivíduo superendividado por meio de audiências processuais (BERTONCELLO).

Então, aquilo que era algo facultativo no projeto-piloto, passa a ser obrigatório no Projeto de Lei número 283 de 2012 – que busca uma atualização do Código de Defesa do Consumidor – através de alguns princípios relacionados com a concessão de crédito, a fim de evitar superendividamento do consumidor (LEITE, p.152). Tal no Projeto de Lei vem mais de acordo com o modelo francês, do que o sistema instaurado nos Estados Unidos, que trabalha com questões relacionadas à falência total, mas isso será explicado em outro momento (MARQUES, 2012).

Como já explicado anteriormente, mesmo que exista o instituto da insolvência civil, este ainda não é a melhor maneira de cuidar do assunto, visto que, nosso país não dispõe de uma lei que trate do tema superendividamento de forma específica. É neste sentido que surge o Projeto de Lei 283 de 2012, justamente para suprir um vácuo legal sobre o tema e trazer maiores proteções a pessoas que não são mais capazes de suprir suas necessidades financeiras (KUPSKE, 2013).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor traz uma redação com questões meramente principiológicas e, ao não apresentar normas específicas, faz com que o tema não seja caracterizado como uma questão social, mas como conjunto de casos individuais, advindos de análises pontuais (CARPENA, 2007). Então, já que há uma insuficiência do CDC para proteção do superendividado, logo, o Brasil precisa o quanto antes de uma norma jurídica específica para tratar destes casos (FOSSA, 2012).

Os princípios sempre funcionaram como fontes auxiliares para resolução de conflitos no Direito. Assim, o debate em torno do superendividamento que vem por meio deste Projeto de Lei, também se personifica por meio de princípios norteadores que são valores fundamentais para a proteção integral do consumidor. O primeiro deles é a função social dos contratos e conseqüentemente a proteção da parte hipossuficiente, o que permite a utilização de uma justiça distributiva nos contratos (PALHARES, 2010).

O Projeto de Lei aposta também em uma proteção material – e não apenas formal – do superendividamento desde sua origem. Isso permite que ele traga, como função preventiva, o princípio da boa-fé objetiva justificada por meio de lealdade, proteção, transparência, e cooperação para atingir o bom fim das obrigações (BESSA, 2002, p. 284).

Outro princípio bastante importante para a corroboração deste novo ato normativo é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre através da possibilidade das interpretações que são dadas a ideia de falência de pessoa física e, a instituição de soluções oferecidas, já que se trata de um problema com grande repercussão social (GIANCOLI²⁰⁰⁸).

O SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL EM FACE DA LEGISLAÇÃO COMPARADA

1. *Bankruptcy Code* como tentativa de resolver o regime de falência individual norte-americana

Como já explorado em momentos anteriores, o nosso País ainda possui vácuo legal – que o Projeto de Lei nº 283 de 2012 busca suprir – acerca de uma proteção global de recuperação financeira pessoa física; como já ocorre com pessoas jurídicas, mediante a lei 11.101 de 2005, uma lei com institutos que buscam evitar a falência de empresas. Atualmente, a única solução em termos de instrumento jurídico é a insolvência civil, que tem como objetivo precípuo os pagamentos das dívidas aos credores, em detrimento da preocupação material com a pessoa do devedor (PALHARES, 2010).

Isso nada mais tem como justificativa do que “um paradoxo característico do capitalismo periférico” visto que, ao passo que o empresário tem a possibilidade de se recuperar financeiramente e posteriormente poder reentrar no mercado; o consumidor “sobreendividado”³, que por sua vez, deveria, segundo os princípios constitucionais, ter sua dignidade em primeiro lugar, não possui tais mecanismos de proteção. Dado o exposto, é possível entender que o que ocorreu no Brasil foi uma aplica-

3 Há possibilidade de se falar em “sobreendividamento”. Uma expressão usada na União Européia quando falada na língua portuguesa.

ção do sistema desenvolvido nos Estados Unidos através do *Bankruptcy Code* apenas no que tange a parte relacionada às sociedades empresárias, porém, olvidando com grande veemência da falência pessoal (PALHARES, 2010).

Os Estados Unidos começaram sua “corrida” em direção ao amparo do superendividamento a partir dos anos 70 e 80, pois deram a oportunidade de que houvesse uma grande concessão do crédito ao consumidor, buscando nisso uma aposta para o crescimento econômico do país (PEREIRA, 2006). A partir disso, houve o surgimento de novas formas de consumo: a oferta de crédito teria alterado mecanismos de consumo que gerou um endividamento crescente. Neste ritmo, em 1978 a Suprema Corte Norte-Americana na decisão *Marquette Nat'l Bank of Minneapolis vs First Omaha Serv. Corp*⁴ levou a uma consequência óbvia: grande disputa entre os fornecedores de crédito e vulnerabilidade dos consumidores na escolha do quantum de seu débito (KILBON, 2006).

Entendido qual era o novo perfil daquela sociedade de consumo, a grande inovação trazida pelos Estados Unidos da América é a visão genuína dada por este país acerca do superendividamento por meio do modelo do *Fresh Start Policy*. Este sistema é peculiar no sentido em que faz com que o superendividamento não seja visto como um simples problema individual, mas como uma consequência diretamente advinda de um inconveniente econômico e social crônico do mercado financeiro. Sendo assim, o sistema pioneiro nos Estados para a exoneração do passivo se deu por meio deste modelo (DE PINTA MARQUES, 2011, p. 02).

Dado o exposto, sem ideia instalada pelo *fresh start policy*, dificilmente seria possível que se alcançasse novamente a capacidade financeira dos indivíduos sem tal procedimento reparatório que garantisse aos consumidores retornarem ao mercado de forma plena (PEREIRA, 2006). Seguindo este raciocínio, em 1978 foi criado o código de falências norte-americano, o *Bankruptcy Code* que compreende tanto as normas de natureza de falência para empresas, como também as de tratamento do superendividamento de consumidores, isto é, a “falência individual”.

Sendo assim, o código de insolvência civil norte-americana faculta aos superendividados dois modelos distintos para o alívio de suas dívidas:

4 Deu fim com eficácia a regulação do empréstimo ao consumidor.

a liquidação do capítulo 7º (*straight bankruptcy*) e o ajustamento de dívidas no Capítulo 13 (*reorganization*) (PEREIRA, 2006).

2. O Code de *La Consommation* Francês e o dever de informar

A França, assim como nos Estados Unidos, tem um regime de falência civil ao consumidor superendividado com a possibilidade de pagamento de dívidas por meio da liquidação de seus bens (ROCHA, 2014). Todavia, de forma oposta do que foi desenvolvido na legislação norte-americana, previne e trata do fenômeno em tese como uma falha conjunta advinda tanto do sistema econômico capitalista moderno, como do próprio consumidor. Desta maneira, trabalha com a oferta de um padrão de reeducação financeira com a organização de dívidas de forma global, podendo chegar ao perdão das mesmas em última instância no judiciário (KIRCHNER, 2008).

Na França, havia a necessidade real de uma lei oriunda do governo em 1989, visto que, cerca de duzentas mil famílias estavam em situação de desalento financeiro, “à beira da completa exclusão social” (PEREIRA, 2006). Ao notar a situação para qual o país estava caminhando, o governo francês finalmente emitiu uma lei a fim de diminuir ou até mesmo extinguir este problema. Desta feita, foi o primeiro país a se preocupar com o consumidor de forma efetiva, buscando auxílio ao mesmo, por meio da Lei 89-1010, de 31.12.1989, chamada *A Lei Neiert*⁵ (SERRA, 2013, p. 01).

O entendimento acerca da Lei Neiertz foi o de que tal lei foi construída unicamente para uma sociedade que sofria muito com o superendividamento ativo. Todavia, com o passar do tempo, consumidores franceses passaram a enfrentar o superendividamento de uma forma não apenas “ativa”, fazendo com o que tal lei não fosse mais adequada (PAISANT, 2006).

Foi nesse contexto que em 1997 houve uma codificação das leis por meio do Code de la Cosommation⁶ pelo Título III “tratamento das situações de su-

5 Nome denominado pela lei que tratou do superendividamento na França. Segundo Paisant foi chamada assim por que adveio da iniciativa da Secretaria do Estado de Consumo na época Sra. Neiertz. Ao longo dos anos, já sofreu muitas modificações.

6 Código de Defesa do Consumidor francês.

perendividamento”, com busca a tratar de regras específicas para a real recuperação do inadimplente (ROCHA, 2014).

Depois de muitas alterações legislativas com busca a solucionar as mais diversas questões acerca do superendividamento na França, o cenário social francês sobre o tema foi enfim solidificado. Para tal solidificação o sistema atual é combinado por duas fases obrigatórias, uma administrativa, e uma judicial (MUCELLIN, 2013, p. 42).

A administrativa é composta por Comissões de superendividamento (*Commissions de surendettement*) que analisam a declaração do devedor no que tange a sua admissibilidade de acordo com os parâmetros legais, bem como sobre a saúde financeira do devedor. Há também a fase judicial, que ocorre na hipótese de haver um insucesso da parte administrativa, serão feitas algumas recomendações aos credores e ao devedor. Neste último caso, será aberto um prazo de quinze dias para que os devedores possam recorrer ao juiz da execução, sobre o conteúdo e a legalidade. Se não houver recursos, caberá ao juiz simplesmente dar exequibilidade a medida administrativa (MUCELLIN, 2013, p. 45).

Assim sendo, a este código de defesa do consumidor é possível auferir que o modelo é possuidor de três momentos distintos. O primeiro em um tratamento extrajudicial, composto por uma Comissão que fazem uma relação das dívidas do consumidor, particular de boa-fé, e depois elabora um plano para pagar todas as dívidas contra os credores. O segundo momento é o de negociação com todos os fornecedores para o pagamento das dívidas, e o terceiro é um momento judicial que busca homologar o acordo extrajudicial com a coletividade dos credores (KHAYAT, 2012, p. 415).

A definição de consumidor superendividado está no *Code de la Consommation* como “caracterizada pela impossibilidade manifesta pelo devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas”.

O superendividamento tem grande e total proteção pela lei francesa; não por acaso, que a norma dedica dois capítulos para tratar do crédito oferecido ao comprador. A primeira observação feita seria que o código se preocupa em definir quem é o credor e quem é o tomador dentro de uma relação de crédito. Neste sentido, delimita que o credor é “toda pessoa” que tem possibilidade potencial de oferecer o crédito; isso permite que credor não se limite aos bancos, mas também vendedores e prestadores

de serviços que tenham como objetivo a venda de créditos. Desta feita, o tomador é a outra parte dessa relação, salvo se não a utilizar para fins profissionais (COSTA, 2002, p. 41).

Este formalismo contratual consistente em haver um documento escrito obrigatório, é definido por uma “oferta preliminar” (*L’offre préalable*). Assim, caso o consumidor tenha concluído seu contrato sem a existência da oferta prévia ou esta tenha sido formulada em oposição a disposições legais, o fornecedor ficará submetido a sanções de natureza penal e civil.⁷

No que tange a ilicitude de natureza penal, esta se finca principalmente em uma contravenção que deve ser punida por multa (COSTA, 2002, p. 41). Já no que tange a sanção civil, o fornecedor pode vir a perder o direito à sua percepção de juros, que garante ao mutuário a possibilidade de adquirir apenas o crédito que tenha advindo de correção monetária, consubstanciando, pois, em um empréstimo gratuito (CONTIJO, 2010, p. 91).

Vale ressaltar também a grande importância que esse país oferece na transmissão de informações com qualidade, respeitando, antes de tudo, a autonomia da vontade do consumidor, do momento da publicidade até o fechamento do negócio (MUCELLIN, 2013, p. 41). É necessário que a informação seja feita da forma mais clara e precisa possível a fim de que o consumidor tenha certeza do que está adquirindo. O objetivo que é inerente a esta preocupação é o de evitar que o consumidor, parte hipossuficiente do contrato, possa sofrer com as consequências drásticas de um negócio feito com assimetria informacional frente à instituição fornecedora (MUCELLIN, 2013, p. 40).

Nessas previsões, é possível notar uma inquietação por parte dos legisladores em relação a um tratamento preventivo do superendividamento por meio do controle da publicidade abusiva⁸. O objetivo desta preocupação é limitar as operações com efeitos “sedutores” que são muito perigosas quando interferem na vontade dos consumidores que são influenciados por meio de incompletude de informações (COSTA, 2002, p. 63). Desta feita, a lei traz a necessidade de que sejam destacadas as taxas de juros, bem como as condições nas quais o financiamento será feito, oferecendo assim,

7 PLS nº 283/12 Art., 54 – D §2º também prevê sanções.

8 PLS nº 283/12 Art. 54 – B §3º E 4º II também controla a publicidade abusiva.

informações fundamentais para o juízo de conveniência do consumidor (CONTIJO, 2010, p. 87).

Outro aspecto preventivo peculiar a este Código é o período de re-tratação que é dado ao consumidor, a fim de que se evitem os riscos da tomada de decisão feita por mero impulso. Assim, o regime francês oferece a particulares um prazo de reflexão⁹ (*délai de réflexion*) que foi feito para dar ao consumidor a possibilidade de refletir, comparar preços e discutir com seus familiares ou outros profissionais acerca da necessidade ou não de se apoderar deste empréstimo. Este direito à hesitação será de sete dias a partir da formalização e aceitação da oferta prévia (COSTA, 2002, p. 90).

Pode-se concluir que se trata de um regime de reeducação que entende que o superendividamento é consequência diretamente proporcional de uma falha conjugada entre os atos do consumidor e do sistema como um todo. Em meio a esta administração global do superendividamento, o legislador francês oferece também um “prazo de graça” (*délai de grâce*) em que o juiz concederá ao consumidor um tempo entre todas as execuções contra ele, e durante este período as dívidas contra ele permanecerão suspensas, não poderão ser objeto de multa e nem de cobrança (LIMA, 2010, p. 41).

Ainda cabe ressaltar que, em todo o tempo as regras francesas buscam estabelecer a dignidade da pessoa humana e o não afastamento social do indivíduo superendividado. Foi neste sentido que se criou a necessidade da preservação do mínimo vital¹⁰ (*reste à vivre*), que prevê que os montantes das dívidas devidas não possam de nenhuma forma, comprometer 100% da renda do consumidor. Isto é, deve-se deixar um valor mínimo para que possa ter seus gastos cotidianos normalmente (COSTA, 2002, p. 124).

Dado o exposto é possível observar que as regras consumeristas francesas são bem próximas do que o Projeto de lei nº 283 brasileiro pretende instalar, com uma preocupação real a vida e a permanência do consumidor dentro de um convívio econômico e social moderno.

9 PLS nº 283/12 também prevê a possibilidade de um prazo de reflexão.

10 PLS nº 283/2012 Art. 54-D também prevê a possibilidade de se reservar um mínimo vital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se ao longo do trabalho que a situação atual do Brasil é a de ser um país de inadimplentes que precisam de uma tutela jurídica que resolva efetivamente sua situação de superendividamento. Neste sentido em que, o Código de Defesa do Consumidor não é suficiente, demonstra-se a necessidade clara de todo o conteúdo desenvolvido na norma que foi objeto deste artigo, isto é, o Projeto de Lei nº 283 de 2012.

Sendo assim, o atual paradigma globalizacional de sociedade de consumo - como meio da valorização social - mostra-se a grande importância dada ao conteúdo apresentado pelo Projeto de Lei do Senado, tendo em vista a necessidade da criação de práticas de prevenção ainda na fase pré-contratual, além da proibição de propagandas com cunho abusivo que venham a acarretar uma vantagem para a parte cedente de crédito.

A partir do divulgado, o trabalho em questão demonstra por si só, a sua importância para o sistema brasileiro como um todo, tendo em vista a amplitude reacionária que o fenômeno do superendividamento causa para a economia brasileira, considerando que sua aplicação não é individual, mas sim sistemática.

O artigo trouxe também grande enriquecimento sobre o tema pelo fato de fazer analogias a outros sistemas legais, isto é, um estudo comparado de tutelas jurídicas para os superendividados. Os Estados Unidos *Bankruptcy Code* pelo capítulo 13, ou seja, um ajustamento de dívidas por meio de um plano geral apresentado ao Tribunal ou pelo capítulo 7º que possibilita a eliminação total de suas dívidas desde que não cobertas por garantia real ou pessoal. Sendo assim, o modelo americano origina duas possibilidades para que se garanta o retorno da pessoa superendividada para a vida social econômica.

Também foi tratado no presente texto do modelo francês que por meio do *Code de la Consommation* apresenta muitos princípios também observados no nosso Projeto de Lei como, por exemplo, o *délai de réflexion*, isto é, um tempo para refletir sobre o empréstimo e o *reste à vivre*, que seria a garantia que nosso Projeto de lei denomina como mínimo vital, ou seja, o empréstimo contraído não pode de maneira alguma corromper toda renda do consumidor.

O mais interessante acerca de toda esta discussão é como o Projeto de Lei busca ocasionar medidas preventivas ao superendividamento, isto

é, aquilo que a análise econômica do direito denominaria de regulação ex-ante ao problema por meio da obrigação de dever de informação por parte do ofertante, proibição de propagandas de caráter abusivo e preocupação com o mínimo existencial. Além disso, pode-se entender a possibilidade de uma conciliação da dívida como uma maneira de regulação ex-post, o que garante ao consumidor uma nova chance de arcar com seus débitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1^a ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Gabriel João Fernandes. **Efeitos da sentença declaratória de Insolvência Civil**. Universidade do Vale Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas- Curso de Direito, 2010.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa. Adesão ao processo conciliar é legal-CNJ “**Projeto-Piloto: Tratamento das situações de Superendividamento do Consumidor**”.

BESSA, Leonardo Rosco e – **Proteção Contratual** – Manual de direito do consumidor, 2^a edição, 2^a tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

BONELLA, Danielle Soncini e MINATO, Luana Hundertmarck. **Crédito Consignado e o Superendividamento: da necessidade de divulgação dos direitos básicos do consumidor como mecanismo de prevenção**.

CALIXTO, Fabiana de Carvalho; SEIXAS, Maria Clara de Souza. **A Importância da tutela da situação de superendividamento do consumidor brasileiro**.

CARPENA, Heloísa. Contornos atuais do superendividamento. *In* MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.) **Temas de Direito de Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARPENA, Heloísa. **Uma lei para os consumidores superendividados.** Em Revista de Direito do Consumidor nº61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima, *op. cit.*, p. 93.

CONTIJO, Patrícia Maria Oliva. **A regulamentação do Superendividamento como forma de concretização do Estado Democrático de Direito.** Nova Lima, 2010.

COSTA, Geraldo de Faria Martins. **Superendividamento: proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

COSTA, Geraldo de Farias Martins. Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: RT, 2002. In FOSSA, Carolina Olivaes. **O Superendividamento de acordo com o projeto de lei de reforma do código de defesa do consumidor**

EUA, Governo Federal. **Individual Debt Adjustment.** Disponível em < <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter13.aspx>> Acesso em: 20 de abril de 2014.

EUA, Governo Federal. **Liquidation Under the Bankruptcy Code.** Disponível em < <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/Bankruptcy/BankruptcyBasics/Chapter7.aspx>>. Acesso em: 3 de abril 2014.

FOSSA, Carolina Olivaes. O Superendividamento de acordo com o projeto de lei de reforma do Código de Defesa do Consumidor. Trabalho de conclusão de curso para a obtenção do título de bacharel em ciências Jurídicas e Sociais pela faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), novembro de 2012.

GIANCOLI, Bruno Pandori. **O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito.** São Paulo, SP: Editora Verbo Jurídico Ltda, 2008.

GOMES, Vasconcelos Filipe. **A insolvência Civil.** Agosto de 2013.

- KHAYAT, Danielle. Le droit du surdendettement des particuliers. LGDJ, Paris, 1997. *In* MARQUES, Cláudia Lima. **Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas.** Revista Jurídica da Presidência, out 2011/jan 2012.
- KILBON, Jasno J. – Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor buscando as causas e avaliando soluções, p 71. *in* **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- KIRCHNER, Felipe – **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividado de pessoas físicas** – Revista de Direito do Consumidor, Editora RT, janeiro-março de 2008, n.65.
- KUPSKE, Marcos Fernando. **O Tratamento judicial para os casos de superendividamento.** Monografia final de curso de graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Santa Rosa (RS), 2013.
- LEITE, Marcello Alvarenga. **O Superendividamento do Consumidor de Crédito.** Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11.
- LIMA, Juliana Cabral. **Superendividamento: a busca pelo tratamento justo no ordenamento jurídico brasileiro.** Brasília, 2010.
- MARQUES, Cláudia Lima – Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul – *in* **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006
- MARQUES, Claudia Lima. **Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar**

o “superendividamento” dos consumidores pessoas físicas.
Revista Jurídica da Presidência, Brasília, outubro 2011/janeiro 2012.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela. **Direitos do devedor endividado: superendividamento e crédito.** São Paulo: revista dos Tribunais, 2006

MARQUES, Leticia Milhina de Pinta. **Fresh start: a exoneração do passivo restante ou uma nova oportunidade concedida a pessoas singulares?**, 2011.

MARQUES, M.M. [et al]. **O Endividamento dos Consumidores.** Almeida, Coimbra, 2000.

MUCELLIN, Guilherme Antônio Balezarck. **Aspectos Jurídicos e Sociais do superendividamento: da necessidade de uma lei especial à reinclusão social do consumidor.** Porto Alegre, 2013.

PAISANT, Gilles. A Reforma do procedimento de tratamento do superendividamento pela lei 29.07.1988 relativa à luta contra as exclusões sociais. **in Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

PALHARES, Cinara. **A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.** Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e crédito ao consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. p. 172. **in Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**, coordenação Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

ROCHA, Amélia Soares; FREITAS, Fernanda Paula Costa. **O Superendividamento, o consumidor e a análise econômica do Direito.** Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/16949/o-superendividamento-o-consumidor-e-a-analise-economica-do-direito/3>> Acesso em: 11 maio 2014.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012**. Justificação. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106773>

SERRA, Catarina. **I Congresso de Direito da Insolvência**. Ed. Almedina, março de 2013.

OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA

Stephane M. da Rocha

Claudia A. S. Pires

INTRODUÇÃO

O presente artigo constitui uma análise inicial da pesquisa que está sendo desenvolvida com a finalidade de entender de forma crítica a realidade trazida aos jurisdicionados em especial os da Comarca do Estado do Rio de Janeiro. Em atuação nas comarcas de Petrópolis e Rio de Janeiro - Capital é possível perceber descontentamento do cidadão perante as formas que estão sendo conduzidos os conflitos apresentados.

Em um primeiro momento da pesquisa é possível perceber que a promessa de acesso à justiça, feita pelo Tribunal de Justiça estudado, a partir de programas de solução de conflitos de forma diferenciada não vem surtindo o efeito esperado, ao passo que, por vezes, podem ocasionar um efeito contrário, criando verdadeiras barreiras burocráticas para o cidadão alcançar a justiça esperada.

O texto traz algumas hipóteses de projetos que são utilizados pelo judiciário com a justificativa de efetivação de acesso à justiça e solução de conflitos, mas que, de acordo com a pesquisa preambular realizada, aos olhos do jurisdicionado são na verdade verdadeiros entraves para que o cidadão possa acessar o judiciário, como os citados nos capítulos a frente: a mitigação do dano moral nas ações consumeristas, o projeto expressinho, a imposição de conciliação e mediação.

Nota-se que neste texto se inicia uma discussão sobre as referidas promessas de acesso à justiça de forma célere e eficaz oferecidas, mas que paradoxalmente não resulta em garantia de acesso à justiça. Como podemos citar por exemplo formas extrajudiciais – mediação e conciliação – que vêm ganhando espaço no campo do direito e no debate acadêmico, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, nos últimos anos, atribuiu grande valor às composições que são realizadas nos centros de mediação e conciliação,

Essas formas de soluções de conflitos vêm sendo apresentadas como uma solução ao número excessivo de processos judiciais, tendo em vista a cultura brasileira de buscar uma autoridade para que apresente a solução de seus conflitos cria uma realidade de extrema judicialização

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu 1.684.875 novos processos¹¹ entre janeiro e novembro de 2018. Diante da redução de funcionários e o aumento de demandas o mesmo tribunal busca incessantemente formas de finalizar com celeridade os processos, dentre essas formas as transações como conciliações, mediações tem sido meios de resolver o conflito sem que o judiciário necessite julgá-lo efetivamente.

Entretanto, a crítica a essa prática constitui-se em: forçar um acordo garante ao indivíduo acesso à justiça, ou apenas se está mascarando a ineficiência do judiciário em resolver as demandas apresentadas?

As autoras Bárbara G. L. Baptista e Maria Stella de Amorim explicam com propriedade a forma de utilização impositiva dos meios alternativos de solução de conflitos, como maneira de burocratizar o acesso à justiça:

Retomando a questão da introdução da mediação e da conciliação, tidas como inovações no sistema judiciário, pode-se dizer que, submetidas às práticas em uso na organização judiciária, elas não poderiam ser absorvidas como inovações, embora incentivadas por movimentos que as apresentavam como contribuição crucial para a excessiva quantidade de ações em andamento nos tribunais brasileiros e também para simplificar a prestação jurisdicional. No caso da conciliação, já introduzida no âmbito dos Juizados Especiais há

11 Fonte: REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/tj-rio-recebeu-16-milhao-novos-processos-2018> (acesso em 28/02/2019)

quase duas décadas, ela não poderia sustar o aumento das demandas judiciais, que, ao contrário, aumentaram muito com a adoção da conciliação judicial nos Juizados. Ela também não interferiu nos atos processuais vantajados. O aumento da demanda ocorreu, em grande parte, por estar a conciliação em juizados especiais, gratuitos que permitiam em casos regulados dispensar despesas com advogado. Também deve ter influenciado o aumento da demanda a sedução do jurisdicionado por maior agilidade no curso da ação. Neste sentido, os juizados contribuíram para o aumento quantitativo do acesso à justiça, a despeito de reclamações expressas por usuários dos serviços judiciais, quase sempre sobre a falta de qualidade no atendimento, ou por se sentirem desconsiderados durante a prestação jurisdicional. Já a mediação, ora também apresentada como inovação pelos mais altos escalões da burocracia judicial, dá agora os primeiros passos nos tribunais brasileiros, quase na mesma modalidade adotada na criação dos juizados especiais, ou seja, dentro do processo judicial, correndo o risco de ser uma mediação tuteladora das partes. Tudo indica que a mediação seguirá o mesmo caminho da conciliação judicial, antes já introduzida no Judiciário. Mas é preciso esperar para constatar como suas práticas serão formalizadas e aplicadas. (BAPTISTA, AMORIM. 2014 p. 313/314)

Não obstante, realizada pesquisa como ouvinte em conciliações e mediações que ocorreram no TJ-RJ, foi possível ter uma visualização preliminar, que o indivíduo, que por inúmeras vezes não possui conhecimento o suficiente para entender os procedimentos do judiciário, se sente coagido à realização de uma transação, mesmo que essa não seja sua verdadeira vontade. Posto que, por vezes, sem o acompanhamento de um advogado ou defensor público, se vê em uma situação de extrema vulnerabilidade perante os advogados da parte contrária, como tem-se por base de estudo as demandas consumeristas em face de grandes empresas.

Logo, é possível pressupor preambularmente que, o indivíduo pode ter a sensação de não ser devidamente protegido pelo judiciário e diante disso a sua sensação particular de justiça eventualmente fica prejudicada, passando a acreditar que fora injustiçado pelo próprio poder judiciário, o que se torna um contrassenso diante da verdadeira importância do papel do judiciário no cenário atual do Brasil.

DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Entre os direitos elencados como ‘direitos do ser humano’ o acesso à justiça deve ser considerado de extrema importância, tendo em vista que, por muitas vezes, para alcançar a efetivação dos demais direitos como saúde e educação por exemplo, o acesso à justiça será o seu principal instrumento.

A aludida garantia constitucional não deve ser apenas um direito formalmente instituído, mas sim constitui o ponto fundamental no Direito como um todo, visto que a justiça não caracteriza apenas acesso a máquina judiciária, mas também acesso a todo sistema de garantias e direitos fundamentais.

Segundo Cappelletti e Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.08).

Vale ressaltar que em seu sentido *latu sensu* a expressão “acesso à justiça” é justo como verdadeira assistência jurídica, como a eficácia na solução dos conflitos e que seja acessível a todos sem exceção.

Assim, Cappelletti e Garth definem *que* “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.12).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 8º preceitua que todo indivíduo tem direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas, ou seja, sem demora, em tempo hábil e por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial.

Outrossim, o mesmo texto expõe em seu artigo 25 o seguinte:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Essa é outra questão essencial na plena efetivação de acessibilidade a justiça, que as decisões judiciais proferidas pelo Estado (pessoas que estão no exercício das funções oficiais), sejam diligentes, eficientes e eficazes na proteção dos direitos fundamentais.

Referida Convenção fora ratificada pelo Estado Brasileiro através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 e enquanto signatário desta, deve buscar os meios adequados e necessários a plena efetivação ao acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros, sem qualquer distinção.

O acesso à justiça não quer dizer apenas a possibilidade de utilizar-se da ferramenta do processo judicial e sim, torna-se algo muito mais abrangente que um simples processo, é a garantia do cidadão ter uma orientação de qualidade, um processo célere, uma decisão justa, um atendimento digno. Não deve ser visto apenas como apenas como necessidade de um atendimento gratuito, mas uma garantia de defesa de todo e qualquer direito que esteja sob ameaça ou iminência de ser ameaçado independentemente da capacidade econômica e/ou social do indivíduo.

O acesso à justiça se torna inexistente quando as sentenças são injustas, quando o juiz não dá a devida atenção ao cidadão, quando se recusa a ouvir suas queixas, quando não analisa com primor os processos que estão em suas mãos, quando trata o cidadão como mais um número.

Falar de acesso à justiça é falar de acesso à efetiva prestação jurisdicional seja ela realizada por um juiz ou conciliador.

DIFICULDADES DE ACESSO À JUSTIÇA

A Jurisdição tem seu conceito definido como o “*Faculdade de aplicar as leis e de corrigir os que as quebrantam. Atribuições do magistrado. Área em que se tem jurisdição. Alçada. Competência. Poder. Influência.*”

Uma vez realizado o monopólio estatal no exercício da jurisdição, há a necessidade de dar garantias a todos cidadãos igualmente e o direito de todos terem acesso igualitário ao poder judiciário. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, previu o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no rol das garantias e direitos individuais, *in verbis*: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

O acesso à justiça é, de acordo com a constituição federal, o direito fundamental de qualquer cidadão se dirigir ao Poder Judiciário e requerer deste um pronunciamento sobre as questões apresentadas de uma forma célere e justa, a fim de efetivar a obtenção da tutela do direito ou de defender-se com direito ao contraditório no caso daquele em face o qual foi desencadeada a lide.

Diante da proibição da autotutela e a necessidade de que o Estado intervenha nas relações entre os indivíduos a fim de resguardar os direitos fundamentais dos jurisdicionados, foi imposta pela própria legislação pátria uma série de limites e deveres a fim de nortear a atuação daquele. Percebe-se que a garantia de acesso à justiça não possui um fim em si mesmo, ela é o instrumento para garantir o acesso a outros direitos legais ou até mesmo a outros direitos fundamentais, como se não bastasse visa assegurar o devido processo legal, ou seja, um conjunto de normas que tem por objetivo servir de limitação ao exercício do poder pelo Estado-Juiz.

O devido processo Legal está previsto no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição dá origem ainda dois princípios norteadores do processo judiciário atual, os princípios do contraditório e ampla defesa, estes garantem uma jurisdição justa, adequada e eficaz, que resguarda os direitos de ambas as partes.

Neste contexto denota-se imprescindível fazer do processo um instrumento de efetivação da justiça. No entanto, alcançar o objetivo da tutela do direito do jurisdicionado tem sido dificuldade por vários fatores e obstáculos à sua efetivação.

Nota-se que um dos maiores entraves suportados pelo jurisdicionado na atualidade é a morosidade da máquina judiciária, que a partir de diversos

fatores vem dificultando a emanção das decisões judiciais e quanto mais seu cumprimento efetivo, levando em conta, ainda, o alto custo para o cidadão do ingresso em juízo, e a falta de celeridade dos cartórios e servidores da justiça, tudo isso faz com que o sujeito de direitos releve a possibilidade até mesmo de abrir mão de sua queixa, uma vez que o resultado efetivo da decisão é amplamente dificultada e muitas vezes sequer cumprida, não havendo, portanto, o legítimo cumprimento da missão institucional.

Não obstante Leonardo Greco (2005, p.197-223) elenca três tipos de barreiras ao cumprimento da efetividade da jurisdição, são elas: as barreiras econômicas, as barreiras geográficas e as barreiras burocráticas.

As barreiras econômicas caracterizam-se pelo alto custo para ingressar em juízo, valores que devem ser pagos antes mesmo da distribuição da demanda judicial como sustas judiciárias, honorários advocatícios e ainda, o risco sempre presente da sucumbência.

As barreiras geográficas traduzem-se na impossibilidade do Estado Juiz estar presente em todas as áreas habitadas do país, tendo em vista suas proporções continentais existem até hoje lugares de difícil acesso nos quais o Estado é pouquíssimo presente e os cidadãos daquela localidade possuem extrema dificuldade de acesso à justiça.

E por fim, mas não menos problemáticas, as barreiras burocráticas que decorrem da falta de estrutura, preparo e investimento na máquina judiciária para que pudesse enfrentar com vigor a quantidade de processos que a ela é exposta.

Isto posto, para um funcionamento eficiente e satisfatório do judiciário há um longo caminho pela frente, faz-se necessária a criação de instrumentos capazes de dinamizar o processo e executar a eficácia jurisdicional, fazendo ser cumpridos os preceitos normativos das garantias constitucionais ou não, permitido o real acesso à justiça para o alcance de uma ordem jurídica justa e de qualidade.

A MITIGAÇÃO DO DANO MORAL COMO FORMA DE DESESTÍMULO À PROPOSITURA DE PROCESSOS CONSUMERISTAS

Os advogados que militam na esfera do Direito do Consumidor já perceberam uma mudança acentuada na jurisprudência do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao longo dos anos com relação à condenação à título de danos morais em favor do consumidor.

Notadamente, fica evidenciada a tentativa do próprio poder judiciário de desencorajar o autor de demandas judiciais de massa a partir de suas decisões, o que caracteriza um contrassenso ao verdadeiro dever do poder judiciário que constitui em garantir que as normas jurídicas sejam cumpridas.

Sabendo que o dano moral se caracteriza como uma lesão subjetiva causada ao sujeito de direito que deve ser valorada de acordo com as peculiaridades de cada situação. O que vem ocorrendo com extrema frequência é, o juízo deixar de reconhecer a existência de necessidade de indenização por danos morais, por meio da tese do mero aborrecimento, ou seja, entende-se que a situação vivenciada pelo consumidor é corriqueira e comum do cotidiano e diante disso, não há necessidade de reparação do dano causado.

Não obstante a Sumula do TJ-RJ que embasava tal tese, qual seja, a sumula 75, fora cancelada por um órgão especial do mesmo Tribunal diante da análise do pedido da Ordem dos Advogados do Brasil já protocolado requerendo o aludido cancelamento. Entretanto os juízos de primeira instância, mesmo sem a fundamentação da referida súmula permanecem inalteradas com suas decisões, mantendo a prática da não condenação em reparação por danos morais ao consumidor utilizando-se, no entanto, de outras terminologias como “mero transtorno” ou “dissabor do cotidiano”.

Infelizmente, é possível perceber que as decisões que não concedem danos morais ao consumidor têm o condão de afasta-lo do judiciário a fim de diminuir artificialmente a quantidade de processos judiciais que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, uma vez que outrora esta quantidade saltava aos olhos em sua grande maioria versando sobre direitos consumeristas.

O Poder judiciário que através do Estado-Juiz detém o monopólio da força e do poder de obrigar a pessoa seja física ou jurídica a respeitar sua determinação, possui o poder/dever de fazer sanar as injustiças e ilegalidades cometidas nos casos a ele apresentados, sendo ademais proibido por força de lei que o indivíduo exerça a autotutela. Diante desse cenário, no momento que o Estado-Juiz passa, através de suas decisões, a diminuir as condenações do réu ao pagamento de compensação por dano moral e, não obstante,

procura deliberadamente indeferir ações que notoriamente deveriam ser deferidas com a finalidade de única e exclusivamente fazer com que o cidadão desista de propor uma ação judicial sobre referido tema, verifica-se uma ratificação da conduta delituosa por parte do Estado-Juiz.

É cediço que tal atitude vem sendo utilizada propositalmente para diminuir o número de processos que são propostos todos os dias, tendo em vista que após inúmeras e infrutíferas tentativas de garantir seu direito, o sujeito passa a desistir de seu intento e procura se conformar com a situação a ele imposta e absurdamente autorizada pelo único ente que detém o monopólio da força e que poderia trazer à tona a justiça.

Não menos importante, a mitigação não traz apenas o desestímulo ao cidadão sujeito de direito, mas também ao advogado militante que se vê em uma situação de mingua não havendo como trabalhar neste seguimento judicial, tal conduta permeada pelos magistrados vem dizimando com a possibilidade de trabalho dos advogados na área do direito do consumidor, fazendo com que diminua ainda mais as demandas propostas perante os Juizados Especiais Cíveis.

Com a não existência de honorários de sucumbência e outrossim o indeferimento de diversas ações propostas torna-se inviável para o advogado atuante trabalhar nas demandas consumeristas visto que o valor recebido em proporção ao trabalho realizado torna-se aviltante.

A aludida atitude promovida vem esvaziando o poder judiciário a posto de as grandes empresas não se sentirem compelidas a respeitar o Código de Defesa do Consumidor e não fazem qualquer esforço para que os danos em massa cometidos em face dos seus consumidores sejam sanados pois não há nada e nem ninguém que as impeça, que as puna, pois não há aplicação do caráter punitivo e pedagógico da sentença diante desses entreveros, ao passo que, para as empresas, que se encontram no rol dos grandes demandados junto ao judiciário, permanece a impunidade.

O PROJETO EXPRESSINHO DO TJ-RJ COMO EMPECILHO À PROMOÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS CONSUMERISTAS

Segundo o informativo do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi criado em 1999 o “projeto expressinho” que consistia

em uma tentativa de “*criar novos mecanismos de agilização dos processos distribuídos aos Juizados Especiais Cíveis, de ações onde eram parte passiva das demandas, Sociedades Comerciais/Empresas com excessivo número de ações distribuídas em razão da precariedade do serviço oferecido*”.¹²

Diante de tal apresentação é necessário analisar sob uma perspectiva do direito fundamental de acesso à justiça se esses conhecidos “expressinhos” são efetivamente eficazes em sua proposta de método extrajudicial de acesso à justiça. Ressalta-se que o aludido projeto foi criado para agilizar as soluções de problemas perante certas empresas que são muito demandadas, e que na teoria deveria ser utilizada como uma faculdade do indivíduo, mas que aquele cidadão mais carente que recorre à defensoria pública é direcionado para o referido “expressinho”.

Apresentada como uma inovação, o projeto expressinho conta com o apoio do TJ-RJ para suas atividades que ocorrem da seguinte forma: o consumidor formaliza uma reclamação para um funcionário da empresa ou preposto e é celebrado um acordo extrajudicial.

Entretanto o narrado acima não foi observado durante a pesquisa, e curiosamente, um caso chamou a atenção: Certo cidadão, com problemas junto à uma conhecida empresa de telefonia, dirigiu-se ao aludido expressinho para tentar solucionar sua questão. Sem auxílio de advogado ou qualquer pessoa capacitada juridicamente para tal realizou um acordo de pagamento de um serviço que não estava utilizando. Acontece que no mês seguinte o problema persistia e o cidadão precisava voltar ao expressinho. Todo mês sua fatura estava errada com cobranças indevidas, e todo mês ele precisava perder um dia de trabalho para se dirigir ao aludido expressinho. Passados absurdos 08 (oito) meses nos quais o cidadão a cada mês necessitou de dirigir ao expressinho, aquele procurou orientação de advogado, que através de uma ação judicial conseguiu finalmente resolver o problema após mais de 01 (um) ano.

Diante da história real ocorrida na Comarca de Petrópolis/RJ, questiona-se a eficácia dos expressinhos e se realmente são um instrumento de ajuda ao cidadão ou se, na realidade, estão sendo utilizados como barreiras para impedir que aquele acione o poder judiciário, visualizan-

12 Texto explicativo sobre o Projeto Expressinho encontrado do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://cgi.tjrj.jus.br/projetos-especiais/expressinho> (acesso em 28/02/2019)

do, neste aspecto, uma possível barreira imposta pelo próprio poder judiciário.

Logicamente, a ideia inicial dos expressinhos teria sido buscar resolver as demandas mais simples de maneira mais fácil, rápida e econômica para o poder judiciário. Entretanto, aparentemente havendo uma deturpação da visão primordial, o referido meio de solução de conflitos possivelmente vem sendo utilizado como um meio de reter atitudes mais drásticas do consumidor, impedindo que este proceda com uma demanda judicial e economizando direito para a empresa beneficiada.

Verificou, ainda, que para o cidadão mais humilde, esta “aparência de poder judiciário” que é conferida ao expressinho pode ser elemento de confusão no jurisdicionado, provocando até mesmo a crença de que ele esteja em algum tipo de audiência ou processo judicial, quando na verdade apenas está realizando uma reclamação para um funcionário da empresa.

Em participação em conciliações como ouvinte foi possível verificar que o consumidor conduzido até o expressinho não recebe qualquer orientação de advogado ou Defensoria Pública e diante da sua hipossuficiência técnica/jurídica pode neste momento estar à mercê do funcionário da empresa, uma vez que não existe fiscalização ou acompanhamento de defensoria pública ou ministério público o consumidor quando muito humilde se torna refém do que for oferecido pela empresa, sem qualquer parâmetro para entender se aquela proposta é favorável ou não.

Diante do observado questiona-se a efetividade do projeto e a possibilidade de que esteja sendo desvirtuado e ainda não alcançando sua real finalidade que é evitar que casos simples sejam judicializados.

FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS COMO SOLUÇÃO PARA A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Diante de todos os problemas apresentados como obstáculos ao acesso à justiça é de fundamental importância encontrar formas de solucionar o problema de acesso à justiça utilizando assim mecanismos que se mostrem eficazes na desobstrução do judiciário, sem, no entanto, suprimir direitos com a finalidade de desestimular a judicialização das questões, trazendo às partes soluções satisfatórias que garantam o sentimento de justiça àquele jurisdicionado.

Neste sentido é possível elencar os meios extrajudiciais como mecanismos capazes de solucionar corretamente as lides apresentadas, de maneira célere e justa. Como alternativas a serem pormenorizadas lista-se a mediação e a conciliação.

Como preleciona Boaventura:

(...) o mediador não possui o poder de ditar decisões que vinculem as partes. Todas as decisões na mediação são estabelecidas através de acordos entre as partes. O mediador intervém de maneira a influenciar na tomada das decisões, sempre com o intuito de colaborar para que as partes possam construir uma decisão satisfatória para ambas. (SANTOS, 2004, p.28).

O mediador caracteriza-se como um facilitador da intercomunicação entre as partes, não interfere nas decisões apenas utiliza-se de técnicas a fim de incentivar o diálogo e a reconstrução do relacionamento anteriormente perdido, com o intuito de orientar e fazer com que as partes se comuniquem de maneira a chegarem por si mesmos em uma possível solução que seja interessante para ambas as partes.

A mediação é um mecanismo que pode ser utilizado quando há relações que permeiam a lide, normalmente utilizada para solucionar questões familiares, nas quais o diálogo se perdeu e as partes não conseguem mais se relacionar, buscando a harmonização e reestruturação das questões apresentadas. Para que seja possível a realização da mediação de forma eficaz, faz-se necessária que as partes possuam o *animus* de entrar em concordância.

Por sua vez a conciliação busca a realização de acordos que possam amenizar os problemas levados perante o juízo, buscando evitar assim os grandes custos. Diferente do mediador, o conciliador pode propor acordos e sugestões de forma imparcial com o objetivo de chegar a um senso comum e viabilizar um acordo.

A conciliação, dessa forma, tem por objetivo ajustar as vontades conflituosas entre as partes da melhor forma possível, sendo um importante meio de acesso célere e eficaz à verdadeira justiça.

Nota-se que a fim de diminuir ou quiçá até solucionar o problema da morosidade processual e seu alto custo as formas extrajudiciais são uma excelente alternativa. Entretanto, a cultura extremamente litigante

do Brasil faz com que o cidadão comum não entenda de forma correta como funciona as soluções extrajudiciais chegando até mesmo a duvidar de suas capacidades de solucionar entraves e divergências entre as partes.

Não há uma política de conscientização da sociedade para tal e esta é um dos obstáculos para a ampliação do sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda problemática acima exposta fica evidente o grande desafio da máquina judiciária em garantir o acesso a verdadeira justiça, no qual o indivíduo se sente realmente protegido e representado diante das lides que permeiam a vida social e interpessoal, faz-se urgente a necessidade de se proporcionar mecanismos de atuação não só dos servidores do judiciário mas também a todos os operadores do direito, para que possam efetivamente ter uma atuação ativa e pragmática a fim de solucionar conflitos de formas a não necessitar leva-las a apreciação do juízo.

A possibilidade da realização de mediações e conciliações fora do ambiente do judiciário, em escritórios de advocacia ou em câmaras de conciliação, ou até mesmo dentro da própria Defensoria Pública seria uma forma possível de desafogar o judiciário de forma de realizar uma filtragem inicial dos casos apresentados podendo solucioná-los em menor tempo e maior qualidade.

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos quando realizados da forma correta sem que uma das partes se encontre a mercê da outra, com o devido acompanhamento jurídico e assessoria para a tomada de decisões corretas mostraram-se muito eficazes e bem aceitos pela sociedade em geral capazes de diminuir consideravelmente o congestionamento do judiciário.

Entretanto para que este modelo de solução de conflitos passa efetivamente garantir o acesso à justiça é necessário que a população conheça e entenda seus direitos e seja capaz de decidir com firmeza e confiança entendendo as possibilidades do seu problema e todas as vantagens e desvantagens jurídicas que acarreta.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto De San José De Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, República Federativa do. DECRETO Nº. 678/92. **Promulga A Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos De 22 De Novembro De 1969**. Brasília: Presidência da República, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo**. In: **Estudos De Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer Para Libertar: Os Caminhos Do Cosmopolitismo Multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

BAPTISTA, Bárbara G. L., AMORIM, Maria Stella de. **Quando direitos alternativos viram obrigatórios. Burocracia e tutela na administração de conflitos**. Revista Antropolítica, n. 37, Niterói, 2. sem. 2014 Disponível em <http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/article/view/263> (acesso 05/04/2019)

SITES MENCIONADOS:

SIGNIFICADO DA PALAVRA “JURISDIÇÃO”. **AURÉLIO. Dicionário do Aurélio Online 2019**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/jurisdicao>>. Acesso em: (acesso em 28/02/2019)

PROJETO EXPRESSINHO REALIZADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/expressinho> (acesso em 28/02/2019)

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/tj-rio-recebeu-16-milhao-novos-processos-2018> (acesso em 28/02/2019)

VULNERABILIDADE E PLURALISMO IDENTITÁRIO: VETORES DEMOCRÁTICOS PARA A PROTEÇÃO DE SUPERENDIVIDADOS NO BRASIL

Frederico Oliveira Silva

1 Introdução: a democracia substancial no Brasil

A concepção de uma democracia substancial tem por escopo a necessidade de inclusão social por meio da promoção de condições materiais mínimas para o exercício da cidadania. Em complemento a ela, há uma perspectiva procedimental, segundo a qual a democracia é assegurada por meio do cumprimento de procedimentos institucionalizados de participação no poder, que lhe conferem uma aplicabilidade universal.

Nesse sentido, um discurso democrático substancial é, no Estado Social de Direito brasileiro, convergente com um constitucionalismo-dirigente, teoria pela qual princípios e regras promotores de direitos fundamentais condicionam o agir político-estatal.

Por essa concepção, a jurisdição constitucional reforçaria a democracia por meio de um controle contramajoritário sobre o cumprimento daquelas normas, preservando a Carta Magna contra empreitadas legislativas empreendidas até mesmo por maiorias parlamentares (representantes eleitos pelo povo) (STRECK, 2007, p. 1-37).

Com efeito, o Estado brasileiro pós-1988 define-se como democrático ao reconhecer o povo como fonte e legítimo exercente do poder. Essa configuração é, ainda, complementada (conformada) pelos objetivos da

criação daquele Estado, quais sejam “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, conforme artigos 1º, *caput* e parágrafo único, e 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988; SILVA NETO, 1999, p. 38).

A congregação de todas essas diretrizes reforça a tese de que o Brasil tem por escopo a consecução de uma democracia substancial, pois o Estado submete-se à promoção dos direitos fundamentais e sociais em prol do acesso de todos os seus cidadãos aos instrumentos de manifestação do poder (SANTOS, 2007, p. 227; STRECK, 2007, p. 118-129).

Isso porque, a despeito de divergências doutrinárias (TORRES, 1989, p. 33-34; SARLET, 2010, p. 73; CANOTILHO, 1999, p. 448), tem-se que, no âmbito de um Estado social e democrático, tanto os direitos fundamentais quanto os sociais previstos em constituição comportam uma dimensão negativa (proteção contra a intervenção Estatal; liberdade) e uma dimensão positiva (exigibilidade de prestações materiais; igualdade).

Nessa toada, a Constituição Federal de 1988 subdivide o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) nos capítulos I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), II (“Dos Direitos Sociais”) e outros.

Assim, apesar do argumento de que apenas ao primeiro capítulo é expressamente assegurado o princípio da máxima efetividade, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, § 1º, Constituição Federal de 1988), há substanciada defesa de que, no Brasil, ambas as categorias de direitos encerram direitos públicos subjetivos (oponíveis contra o Estado) (LIBERATI, 2013, p. 100; SARLET, 2010, p. 73).

Dessa forma, os direitos fundamentais e sociais são resguardados pelo princípio da vedação ao retrocesso (impossibilidade de restrição ou extinção de direitos já assegurados; efeito *cliquet*) e pelo mínimo existencial (conteúdo prestacional mínimo para a asseguaração de uma condição de vida digna). Nesse sentido, a doutrina convergente denomina os direitos sociais de direitos fundamentais sociais (SANTOS, 2007; ALVES; LEAL, 2014; TORRES, 1989, p. 32-33).

Por tudo isso, tem-se que os objetivos da República Federativa do Brasil introduzem um modelo substancial de democracia, sujeito à promoção dos direitos fundamentais e sociais de forma progressiva, a incluir a tutela do consumidor.

A defesa do consumidor, no ordenamento nacional, é atividade estatal alçada a *status* de direito fundamental, conforme artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Peculiarmente, a regulamentação desse direito, que é instrumento de promoção das condições materiais para a participação do cidadão-consumidor no poder, o constituinte previu, por meio artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988), a obrigatoriedade de que o Congresso Nacional elaborasse um código específico para aquela tutela. Essa determinação foi cumprida com a edição do Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990). Outrossim, a defesa do consumidor é apresentada como princípio conformador da própria ordem econômica, conforme artigo 170, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Com efeito, existe, no Brasil, o planejamento de atividades em prol da inclusão do consumidor, por meio de institutos de ordem material e processual, no exercício do poder. Trata-se da política nacional das relações de consumo, prevista nos artigos 4º e 5º do CDC (BENJAMIM; BESSA; MARQUES, 2014, p. 71; BRASIL, 1990).

2 Vulnerabilidade segundo a política nacional das relações de consumo

Principiológica e de redação aberta, a política das relações de consumo fornece diretrizes para a atuação do Estado e para a conformação do comportamento dos agentes econômicos (fornecedores e consumidores), mas não exaure as suas possíveis formas de manifestação.

De tal sorte, renova-se em face dos casos concretos como parâmetro abstrato de subsunção de fenômenos sociais e econômicos pertinentes ao seu objeto (FILOMENO, 2013, p. 15-17). Para tanto, erige como um de seus fundamentos epistemológicos (“ponto de partida”) a constatação da vulnerabilidade do consumidor, a teor do artigo 4º, inciso I, do CDC (BRASIL, 1990).

Trata-se do reconhecimento de um desequilíbrio de forças entre fornecedores e consumidores, com uma frequente sujeição destes ao poder de direção contratual daqueles. Essa exposição às consequências de possíveis ações de fornecedores torna necessária a proteção de consumidores.

Em outros termos, a vulnerabilidade, para o direito consumerista brasileiro, é um conceito jurídico advindo de uma percepção concreta de que há diferenças entre os agentes econômicos e de seus papéis sociais. Inclusive, a doutrina especializada costuma subdividir essas diferenças em quatro categorias: a técnica, a jurídica, a informacional e a fática (da própria existência social) (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2014, p. 72 e 104-105).

Lembra-se que os consumidores não são uma categoria homogênea, e o direito do consumidor reconhece as diferenças, é parte de um sistema de direito social que tem duplo caráter distributivo, tanto entre consumidores e fornecedores, quanto entre consumidor e consumidores. Diante da afirmação acima é que elementos e circunstâncias da realidade, especialmente os fatores que determinam a desigualdade, devem ser incorporados às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos, inspirando a formulação de novas classificações com o objetivo de assegurar um permanente comprometimento do direito com a valorização da pessoa humana. (PINHEIRO; DETROZ, 2012, p. 154)

A vulnerabilidade, em uma analogia à dialética, é uma síntese jurídico-legislativa aos discursos-teses dos atores sociais fornecedores e consumidores. Ela decorre da compreensão de que há distinções que fragilizam os segundos em face dos primeiros, pois há tensões imagéticas, ideológicas e simbólicas que transfiguram a dialeticidade em solilóquio apologético ao consumo identitário e gregário (ROCHA, 2008, p. 123).

[Há] três perspectivas fundamentais sobre a cultura de consumo. A primeira é a concepção de que a cultura de consumo tem como premissa a expansão da produção capitalista de mercadorias, que deu origem a uma vasta acumulação material na forma de bens e locais de compra e consumo. (...) Em segundo lugar, há

a concepção mais estritamente sociológica de que a relação entre a satisfação proporcionada pelos bens e seu acesso socialmente estruturado é um jogo de soma zero, no qual a satisfação e o *status* dependem da exibição e da conservação das diferenças em condições de inflação. Nesse caso, focaliza-se o fato de que as pessoas usam as mercadorias de forma a criar vínculos ou estabelecer distinções sociais. Em terceiro lugar, há a questão dos prazeres emocionais do consumo, os sonhos e desejos celebrados no imaginário cultural consumista e em locais específicos de consumo que produzem diversos tipos de excitação física e prazeres estéticos. (FEATHERSTONE, 1995, p. 31)

Nesse sentido, a vulnerabilidade é um vetor para uma adequada compreensão das condições de exercício da democracia no contexto das relações de consumo. Afinal, a abstração da política nacional estabelecida pelo CDC torna-a pouco incisiva em relação a realidades sociológicas e mercadológicas com peculiaridades não previstas em seu sistema normativo, que, conseqüentemente, perdem sua capacidade discursivo-conformadora de uma democracia substancial.

Um exemplo dessa dinâmica é o superendividamento.

3 Superendividamento e a ruptura com um discurso democrático plural

Superendividamento é o termo técnico empregado pela doutrina consumerista (CARVALHO; SILVA, 2015) para descrever situações de endividamento excessivo que atingem consumidores pessoas físicas de boa-fé. Para além da literalidade do neologismo por justaposição (*super+endividamento*), o vocábulo possui conotação sócio-jurídica própria, a significar um endividamento global (conjunto de todos os débitos) “insuportável”, que não pode ser adimplido pela renda e patrimônio do consumidor-devedor (COSTA, 2002, p. 106; LIMA, 2014, p. 34).

O fenômeno classifica-se em “ativo” e “passivo”, conforme o acúmulo de dívidas tenha por origem imediata, respectivamente, o próprio consumidor (por exemplo, em casos de consumismo) ou de situações externas (como morte de arrimo de família, doenças, desemprego, catástrofes naturais) (LIMA, 2014, p. 34-35; SCHIMDT NETO, 2009, p. 19-20).

Contudo, para, além de suas causas diretas, a expressão refere-se também às causas mediatas e às consequências do endividamento excessivo, ambas relacionadas à vulnerabilidade do consumidor.

As causas mediatas são o próprio sistema de produção, cujo intento lucrativo só é sustentado pelo alto fluxo de bens e serviços, acompanhado de uma apologia midiática e de um acesso facilitado ao crédito. Trata-se do atravessamento da comunicação entre consumidores e fornecedores, que de outro modo talvez pudesse ser direta, por um discurso distorcido de pertencimento e construção identitária por meio do consumo de determinados bens e serviços (ROCHA, 2008, p. 129).

A isso soma-se a disponibilização do crédito, que embora dotada de potenciais usos benéficos (como a popularização do acesso a bens essenciais), é tida como serviço lucrativo em si mesmo e, portanto, a ser difundido, na maioria dos casos de forma exploratória (BERTONCELLO; LIMA, 2010, p. 47).

Atraído pela publicidade (que arremeda o “querer”) e incentivado pelo crédito (que forja o “poder”) em uma cultura de consumo como experiência (que simula o “carecer”), explora-se uma “natural” vulnerabilidade psíquica do ser humano, qual seja a necessidade de pertencimento, que passa a ser qualificada pela dependência do comprar e para tanto, muitas das vezes, do próprio crédito (COSTA, 2002, p. 88; GAULIA, 2009, p. 41-45; GREGORI, 2010, p. 249; CARVALHO JÚNIOR, 2016, p. 316-320).

Nessa toada, como decorrência do superendividamento, ainda em sua evocação técnico-jurídica, tem-se a vinculação de parcela substancial dos rendimentos do consumidor com o pagamento de dívidas, dificultando (senão impedindo) que este proveja as necessidades básicas suas e de seus familiares e, ainda, fazendo com que ele seja, abruptamente, excluído da cultura de consumo-pertencimento ao qual fora exposto e habituado (“morte civil”) (COSTA, 2002, p. 119-120; LIMA, 2014, p. 136).

Há, assim, uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) pelo despojamento do consumidor dos meios mínimos para sua sobrevivência condigna, bem como a criação de uma situação cíclica que colabora para a manutenção desse quadro, pois o crédito antes disponibilizado até a configuração da situação de superen-

dividamento já não é concedido, pelo menos nem sempre com a mesma facilidade, para a recuperação do devedor (MARQUES, 2010, p. 25).

4 Relevância democrática da mobilização estatal para enfrentamento de situações de superendividamento

Atentos aos efeitos sociais do superendividamento, diversos ordenamentos, a exemplo do francês e do estadunidense (LIMA, 2014, p. 104), apresentam propostas, positivadas em lei, para o tratamento e prevenção do fenômeno. Expô-las não é o objeto deste estudo. O importante a ser dito, para o escopo aqui delimitado, é apontar que a mesma iniciativa ainda não ocorreu no Brasil. No País, há um Projeto de Lei, originado no Senado sob o nº 283/2012 e que atualmente tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 3515/2015, que

(...) pretende alterar o CDC para aprimorar a disciplina da concessão de crédito ao consumo e inserir capítulo destinado à caracterização e definição de formas de tratamento do superendividamento. Aliás, sua estratégia é a de inserção do tema como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º), inclusive com previsão de instrumentos específicos de atuação (art. 5º). (SILVA, 2017, p. 163)

Assim, pode-se dizer que, no Brasil, o fenômeno do superendividamento tem sido agravado por uma decisão parlamentar majoritária de não regulamentar o seu tratamento, de modo que, atualmente, seu enfrentamento é feito contramajoritariamente pelo poder judiciário em cada caso concreto em que se pondera a situação de insolvência dos consumidores e a voracidade executiva dos credores (porém de forma incompleta e sem a técnica que as experiências estrangeiras recomendam para a hipótese).

Nesse sentido, é defensável que a necessidade de previsão, no ordenamento nacional, de instrumentos de proteção dos superendividados, por derivar do direito fundamental de defesa do consumidor, representa a salvaguarda da própria democracia material, pois busca assegurar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana (sem negar o direito ao crédito, consentâneo com o direito fundamental à propriedade privada) por meio da asseguuração de condições financeiras mínimas para o devedor e sua família, como detalhado nos tópicos a seguir.

4.1 Oposição a discursos uniformizadores do pluralismo identitário

Enquanto o direito civil se baseia na ideia de capacidade, o direito do consumidor, ele mesmo um microsistema civilista, fundamenta-se na ideia de vulnerabilidade, que, como demonstrado, pode ser compreendida como o reconhecimento e o acolhimento das diferenças. Trata-se de conferir representatividade jurídica a grupos que sempre existiram (enquanto minorias), mas que se viam aliados de uma completa integração social (MIRAGEM, 2013, p. 123).

A vulnerabilidade, assim, é uma chave interpretativa (e discursiva) dos direitos e garantias individuais, pois propõe a conformação do sentido da norma pela peculiaridade identitária de seus destinatários. Não se trata, porém, de uma nova denominação para a “igualdade material”, mas da compreensão solidarista (de afirmação e não de mera tolerância) “do pluralismo político e do cultural” (COELHO, 2015, p. 12-14).

Em outros termos, a semântica da vulnerabilidade evoca para si o princípio da dignidade da pessoa humana, propondo o adequado acolhimento do pluralismo identitário como fruto da cidadania (CARVALHO JÚNIOR, 2016, p. 321-322).

Em especial, a defesa do consumidor endividado (assim como a defesa do trabalhador, de minorias étnicas e raciais, de pessoas com deficiência etc.) perpassa por uma compreensão solidarista da vulnerabilidade, tendo nos direitos humanos um mediador discursivo da tensão comunicativa (jurídica e social) existente entre sujeitos diferentes – devedores e credores, bem como um escudo contra um Estado Poiético, que aparentemente realiza direitos fundamentais e sociais (SALGADO, 1998), mas cujo compromisso verdadeiro é o “produto econômico”, a ponto de explorar a fragmentação identitária, por meio da recordação proposital do caráter simbólico da cultura de consumo, apenas para satisfação de grupos financeiros (assediado, mas não tutelando grupos vulneráveis).

4.2 Promoção do interesse público

O conceito de interesse público não pode ser utilizado como simples instrumental para a personalização da administração pública, mas antes

disso, deve ser compreendido, ante sua vagueza conceitual, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana:

O Direito é instrumento compensatório das desigualdades entre as pessoas e os grupos. Assegura-se a dignidade da pessoa humana na medida em que se cumpre essa função. Vale dizer, o poder econômico de certos grupos ou particulares tem de ser limitado através do Direito, inclusive através da atividade da Administração Pública e da regulação produzida pelas normas administrativas. (JUSTEN FILHO, 1999, p. 129)

Nesse sentido, converge com a axiologia por trás da tutela dos superendividados, que busca assegurar a dignidade por meio da reserva de uma parcela do patrimônio do devedor para a garantia de seu mínimo existencial e promover o direito fundamental à defesa do consumidor, que enxerga a desregulamentação do assédio mercadológico como forma de acentuação vulnerabilidade do contraente de crédito.

Em verdade, o que se defende é que há o dever estatal de tutelar, de forma preventiva e saneadora, o consumidor de crédito (que tem se tornado um produto em si mesmo) mediante a regulação da atuação das instituições financeiras. Contudo, para além de um dever, a promoção da dignidade da pessoa humana, que inclui sua proteção contra condutas abusivas e exploratórias na concessão de crédito, é fundamento do próprio interesse público enquanto instituto e, também, enquanto realidade sócio-jurídica.

4.3 Instrumentalização da consciência jurídica sobre a defesa do consumidor

O Direito não é mera extensão da moral. Antes disso, ele deve ser entendido como a superação (por meio da eticidade) da moralidade (que é individual, sob a perspectiva kantiana). Esse movimento de superação opera-se pela tomada de consciência jurídica, que busca identificar, declarar e universalizar “valores de cumeada” (advindos de valores éticos comuns). Nas atuais cartas constitucionais, tais valores se materializam por meio dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento formal depende de sua positivação, que instrumentaliza aquela consciência (SALGADO, 2006, p. 1-49).

Nesse sentido, tem-se que a doutrina do superendividamento é forma de manifestação do direito fundamental de defesa do consumidor, pois, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana e na teoria do mínimo existencial, defende a valorização da vida condigna à qualidade do cidadão-consumidor em face da exacerbação das execuções creditícias.

Assim, é necessária a sua positivação para que o tratamento do superendividamento integre a consciência jurídica brasileira e instrumentalize a universalização do direito fundamental de defesa do consumidor de modo formal.

Trata-se, em última instância, da universalização de um entendimento ético de que o cidadão é um sujeito (e não mero objeto de direito) e de que sua dignidade pressupõe o enfrentamento de distorções no consumo, que, no Ocidente, é o modo mais disseminado de acesso aos bens materiais indispensáveis à vida (consumo como cidadania; politização do consumo).

Neste campo adentra-se no debate da politização e da despolitização do tema do consumo, porquanto emerge como variável de valoração do cidadão, ou ainda, revela a denominada exclusão social. É a emergência do sujeito consumidor, que terá seu reconhecimento de cidadão respeitado quanto maior for sua capacidade de consumo. Neste sentido a corrida que se acelera a cada dia produziu não uma sociedade capaz de saciar suas necessidades, mas sim de consumo desenfreado e desnecessário de bens, em níveis comprometedores para a capacidade de resiliência dos sistemas planetários. Não só a vida humana está vinculada ao consumo para sobreviver, mas a ideia de cidadania tornou-se dependente do consumo. (BURMANN; CENCI, 2013, p. 133-134)

Dessa forma, sob a perspectiva do Direito como *maximum* ético, a normatização da recuperação das pessoas físicas é necessária para a instrumentalização de uma consciência jurídica sobre o adequado exercício da cidadania por meio das relações de consumo.

5 Considerações finais: promoção da democracia por meio da ampliação da titularidade do direito à defesa do consumidor

A defesa do consumidor insere-se na terceira geração de direitos fundamentais, que se vale da “solidariedade” para o reconheci-

mento de novas garantias, que são transindividuais e complementares aos direitos de liberdade (primeira geração) e de participação (de segunda geração).

Há um constante *work in progress* para a determinação e ampliação do rol de direitos fundamentais, cujo reconhecimento e tutela dependem de sua positivação. O motivo para tanto é que a terceira geração de direitos se ocupa de um status *activus processualis*, a significar a promoção de um equilíbrio de posições entre os cidadãos por meio de normas procedimentais (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 206).

No que tange ao direito consumerista, é latente sua preocupação com a vulnerabilidade dos consumidores, que, por isso, recebem normas de proteção e de favorecimento, principalmente de cunho processual.

Contudo, nem todos os contratos de consumo são adequadamente regulamentados pela legislação brasileira, a exemplo dos contratos de crédito, em especial quanto à imposição de limites ao assédio das instituições financeiras e à concessão exploratória e irrefletida de crédito, e ainda quanto ao tratamento das situações de superendividamento de forma condigna à mínima qualidade de vida, que também é direito de terceira geração (PÉREZ LUÑO, 1991, p. 207).

Assim, uma abertura para a atualização da legislação consumerista para inovações é imperativa para uma proteção dinâmica do direito fundamental à defesa do consumidor, nela incluída a proteção dos superendividados, que são um grupo de agravada vulnerabilidade e exposição a práticas comerciais predatórias.

Essa atualização deve ser pautada pela oposição a discursos uniformizadores do pluralismo identitário entre os agentes econômicos; pela promoção do interesse público, enquanto instituto e realidade sócio-jurídica; e pela instrumentalização da consciência jurídica sobre a defesa do consumidor.

Tudo isso representaria a defesa da própria democracia substancial no Brasil, dado que o acesso dos consumidores às condições básicas para a sobrevivência deles e de suas famílias de forma digna é imperativo para o adequado exercício do poder.

Referências

- ALVES, Fernando Roberto Schnorr; LEAL, Monia Clarissa Hennig. Análise do custo dos direitos fundamentais sociais pelo magistrado na perspectiva das ações individuais e coletivas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, XI, 2014. Santa Cruz do Sul. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <<https://bit.ly/2S2P2IX>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 106-41, jul./set. 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1bIJ9XW>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/1n9Xd06>>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- BURMANN, Tatiana Kessler; CENCI, Daniel Rubens. Direitos Humanos, Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, n. 2, p. 131-157, jul./dez. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO JÚNIOR, Eurípedes Ferreira de. Direitos Humanos, Cidadania e as Relações de Consumo no Discurso Midiático. In: SEMANA DE COMUNICAÇÃO, XV, 2016. Brasília. *Anais...* Brasília: UCB, 2016. p. 312-324.

- CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. O (Super) Endividamento num Diálogo Franco-Brasileiro. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2015. p. 39-88.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais: da desconstrução do jushumanismo ao jushumanismo crítico. *Revista Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, p. 1-18, 2015.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: RT, 2002. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 20).
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. Tradução de Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995. (Coleção Cidade Aberta. Série Megalópolis).
- FILOMENO, José Geraldo Brito. A Experiência Brasileira: o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor de 1990. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. 3, n. 11, p. 13-66, set. 2013.
- GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 34-64, jul./set. 2009.
- GREGORI, Maria Stella. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 247-58, jul./set. 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: RT, 2014.

- MARQUES, Claudia Lima. Algumas perguntas e respostas sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 75, p. 9-42, jul./set. 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Ciudad de México, v. 10, p. 203-217, set./dez. 1991.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 2, n. 4, dez. 2012. p. 129-164.
- ROCHA, Rose de Melo. Comunicação e consumo: por uma leitura política dos modos de consumir. In: BACCEGA, Maria Aparecida (Org.). *Comunicação e culturas do consumo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 2, p. 37-68, abr./jun. 1998.
- SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 175, p. 219-231, jul./set. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança Social, Dignidade da Pessoa Humana e Proibição de Retrocesso: Revisitando o Problema da Proteção dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CANOTILHO, J. J. Go-

mes; CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-109.

SCHIMDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 71, p. 9-33, jul./set. 2009.

SILVA, Frederico Oliveira. Desafios para uma Política Pública sobre Superendividamento no Brasil: O que se Pode Aprender com o SUS. In: CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; SANTOS, Nivaldo dos (Org.). *Sociedade de Consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Goiânia: Espaço Acadêmico, 2017. v. 3. p. 153-172.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas; possibilidade e necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

REGULAMENTAÇÃO DA ROTULAGEM DA PRESENÇA DE ALIMENTOS ALÉRGICOS EM MEDICAMENTOS, COSMÉTICOS, PERFUMES E SANEANTES DOMISSANITÁRIOS

Lilian Carvalho Lopes

INTRODUÇÃO

Um estudo publicado pela *Division of Allergy and Immunology* informa que as alergias alimentares afetam 6% das crianças e 3% a 4% dos adultos e são responsáveis por uma variedade de sintomas que envolvem a pele, o sistema gastrointestinal e o respiratório e envolvem os mecanismos mediados por IgE (Imunoglobulina E), não mediados por IgE (células) e misto (PLACE, 2006).

A regulamentação de rotulagem de alimentos alérgicos em medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários tem o objetivo de garantir ao consumidor o direito à informação sobre o produto a ser consumido ou utilizado, especificamente no que diz respeito à composição dos ingredientes.

Este estudo faz uma análise da necessidade de se publicar norma que regulamente a presença de alimentos alérgicos nos rótulos de medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários, à luz dos direitos à informação, à saúde, à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Na construção desta pesquisa foi questionado se é possível verificar a observância do direito à informação e a garantia do direito à saúde em

relação aos rótulos de medicamentos, cosméticos, perfumes e em saneantes domissanitários, bem como analisar a necessidade de editar norma regulamentadora para adequação da rotulagem de alimentos alérgenos em medicamentos, cosméticos e em saneantes domissanitários.

O tema foi escolhido devido à dificuldade de se obter informações precisas e detalhadas sobre alimentos alérgenos nas bulas de medicamentos, nos rótulos de cosméticos e perfumes, bem como na lista de ingredientes dos saneantes domissanitários. Indivíduos hipersensibilizados podem ter reações alérgicas (RA) após contato com alimentos alérgenos contidos nestes produtos.

Em relação às escolhas metodológicas foram utilizadas as pesquisas explicativa, qualitativa e bibliográfica. Quanto aos seus objetivos, foi utilizada a pesquisa explicativa, que tem como objetivo básico a identificação dos fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência de um fenômeno. É o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tenta explicar a razão e as relações de causa e efeito dos fenômenos (GIL, 2008).

Quanto à sua natureza, foi utilizada a pesquisa qualitativa que, de acordo com Bogdan & Biklen (2003), envolve cinco características básicas que configuram este tipo de estudo: ambiente natural, dados descritivos, preocupação com o processo, preocupação com o significado e processo de análise indutivo.

Em relação à técnica de coleta de dados, foi utilizada a pesquisa bibliográfica que é elaborada a partir de material publicado, sejam livros, revistas, artigos científicos, dentre outros, e tem o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa (PRODANOV; FREITAS, 2013).

1. ALERGIA ALIMENTAR

A alergia alimentar descreve as reações adversas ou uma resposta imunológica de hipersensibilidade que o organismo produz em relação à ingestão de alimentos, que envolvem mecanismos imunológicos, mediados ou não pela imunoglobulina E (IgE) ou reações mistas, sendo que a pacientes mediados por IgE possuem reações clínicas potencialmente mais graves (SANTALHA *et. al.*, 2013).

Pacientes hipersensibilizado, basta uma partícula da proteína (traços)¹³ para desencadear sintomas como problemas digestivos, urticária, vias aéreas inchadas ou anafilaxia (FERREIRA *et. al.*, 2014).

A Intolerância alimentar (IA) é a incapacidade do organismo de digerir ou absorver certos alimentos. A lactose, por exemplo, é um carboidrato que não tem capacidade de desencadear reações no sistema imunológico. Não se trata de alergia à lactose e sim de intolerância à lactose (IL), que é uma intolerância aos dissacarídeos (FERREIRA *et. al.*, 2014).

1.2 Principais Alimentos Alérgenos

Os principais alérgenos alimentares identificados são de natureza proteica, que podem conter múltiplos alérgenos. O leite de vaca é o alérgeno mais comum para a população infantil (Revista *Food Ingredients Brasil* n° 27, 2013). Qualquer alimento pode desencadear reação alérgica e, segundo a Diretiva CE 2003/89, adotada pelo Parlamento Europeu, os principais alérgenos são: cereais que contém glúten, crustáceos, ovos, peixes, amendoim, grão de soja, leite, nozes, aipo, mostarda, sementes de gergelim, dióxido de enxofre e sulfitos (DIRECTIVA 2003/89/CE, 2003).

Nos termos da RDC n° 26/2015, os rótulos de alimentos deverão informar a existência de 17 (dezesete) alimentos, quais sejam: trigo (centeio, cevada, aveia e suas estirpes hibridizadas); crustáceos; ovos; peixes; amendoim; soja; leite de todos os mamíferos; amêndoa; avelã; castanha de caju; castanha do Pará; macadâmia; nozes; pecã; pistaches; pinoli; castanhas, além de látex natural.

Determinadas proteínas apresentam sequências idênticas de aminoácidos, como é o caso do pólen ou do látex com algumas frutas e vegetais. Outras vezes, a similaridade entre as proteínas ocorre intra e interespecies, como o leite e a carne bovinos e as leguminosas, respectivamente (COCO *et. al.*, 2007).

O processamento dos alimentos pode alterar o potencial alergênico, com a modificação da proteína com o aquecimento ou calor intenso. Assim, um paciente com manifestações clínicas mais leves pode tolerar

13 Traços são partículas de proteínas encontrada nos alimentos, produtos de beleza ou limpeza, quando é possível garantir a ausência de contaminação cruzada dos alimentos, ingredientes, aditivos alimentares ou coadjuvantes de tecnologia por alérgenos alimentares.

um alimento processado em altas temperaturas, como é o caso do leite de vaca e do ovo, que tem sua alergenicidade reduzida com os métodos de cozimento. Por outro lado, alguns alimentos tem seu grau de alergenicidade aumentado quando expostos ao calor intenso, como é o caso do amendoim, cuja exposição ao calor aumenta sua capacidade alergênica em relação à sua forma crua (CARVALHO; SILVA; FERREIRA, 2012).

1.3 Diagnóstico e Tratamento da Alergia Alimentar

A história clínica tem papel crucial para determinar a AA e depende da recordação dos sintomas do paciente ou seu responsável, bem como da habilidade e sensibilidade do médico em diferenciar as manifestações causadas por hipersensibilidade alimentar daquelas relacionadas a outras condições (CONSENSO, 2018).

Com base na história clínica do paciente é possível identificar o timing da ingestão do alimento alérgeno e o surgimento dos sintomas, complementados testes cutâneos e testes para anticorpos IgE específicos (para os casos de mediados por IgE), os quais complementam e confirmam o diagnóstico ou pode descarta a alergia alimentar (FERREIRA; SEIDMAN, 2007).

A base do tratamento da AA consiste na exclusão total dos alimentos alérgenos da dieta do paciente, inclusive traços domésticos e industriais, com objetivo de evitar o (re)aparecimento dos sintomas e proporcionar ao paciente melhor qualidade de vida (GUIA PRÁTICO DA APLV MEDIADA PELA IGE - ASBAI & SBAN, 2012).

2 DIREITO À SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos manifesta logo no seu início que as pessoas são livres. Para que o respeito pela autonomia das pessoas seja possível, duas condições são fundamentais: a **liberdade e a informação**. Isso significa que, em um primeiro momento, a pessoa deve ser livre para decidir. Para isso, ela deve estar livre de pressões externas, pois qualquer tipo de pressão ou subordinação dificulta a expressão da autonomia (JUNQUEIRA, 2011. Grifou-se).

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu art. 1º, inciso III que a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da

pessoa humana e tem como objetivos fundamentais, dentre outros, a promoção **do bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CFRB/88) (Grifou-se).

Não há como se pensar em dignidade da pessoa humana e a promoção do bem de todos sem mencionar a tutela do direito à saúde, que possui uma vertente positiva quando o Estado toma medidas preventivas de doenças, bem como de trata-las; ou negativa, quando há implicação no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de atos que possam causar danos à saúde das pessoas. Aliás, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme previsão do art. 5º, § 1º, da CFRB/88 (CHADDAD, 2013).

A Carta Magna reconhece a saúde como um direito humano fundamental, com cotejo na proteção internacional, que faz constar os tratados sobre direitos humanos como hierárquicos constitucionais, nos termos do art. art. 5º, § 2º, da CFRB/88, que diz “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A saúde, nos termos do art. 6º da Carta Magna, é um direito social, assim como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, devidamente amparados pela Constituição.

Em 1973, o Brasil sancionou a Lei nº 5.991, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos. No art. 4º, incisos I ao XX, da referida norma legal, estão dispostos vários conceitos, dentre os quais:

- a) Droga: substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária;
- b) Medicamento: produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;
- c) Insumo Farmacêutico: droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

- d) Correlato: a substância, produto, aparelho ou acessório, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à **higiene pessoal ou de ambientes**, ou a fins diagnósticos e analíticos, os **cosméticos e perfumes**, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários (Grifou-se);
- e) Órgão sanitário competente: órgão de fiscalização do Ministério da Saúde, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

A Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975 foi publicada para dispor sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e estabelecer normas relativas à notificação compulsória de doenças. No ano seguinte, foi sancionada a Lei nº 6.360, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos definidos na Lei nº 6.259/1975, onde define, entre outros, o conceito de produtos de higiene, perfume, cosméticos, saneantes domissanitários (produtos de limpeza) e rótulo.

A Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), competindo à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde (Art. 2º, III, da Lei nº 9.782/1999).

Compete à ANVISA proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º, da lei supracitada, devendo estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária (Art. 7º, III) e regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (art. 8º). Além de outros, consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência os medicamentos de uso humano, alimentos, inclusive bebidas, cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes, saneantes destinados à higienização (Art. 8º, § 1º, I, a IV).

3. DIREITO À INFORMAÇÃO

O direito à informação é devidamente regulamentado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XIV, que diz “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

O CDC traz em seu art. 31 que a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

O consumidor é a parte mais **frágil da relação consumeirista**, sendo esta vulnerabilidade do consumidor reconhecida no CDC (art. 4º, I) e o objetivo da referida norma é o atendimento das necessidades dos consumidores, com respeito à sua dignidade, **saúde** e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a **melhoria da sua qualidade de vida**, bem como a **transparência** e harmonia das **relações de consumo**, com atendimento, dentre outros, do princípio do incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (art. 4º, V, do CDC. Grifou-se).

O CDC assegurou os direitos básicos do consumidor como a proteção da vida, de sua saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e sobre os riscos que apresentem, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor (art. 6º, I, III e VIII do CDC).

Em 04 de outubro de 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.486, de 3 de outubro de 2017, que alterou o art. 8º do CDC, para dispor sobre os deveres do fornecedor de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços e de informar, quando for o caso, sobre o risco de contaminação. A supracitada lei assegura e resguarda a saúde do consumidor, quando dispôs que o fornecedor deverá higienizar os equipamentos utilizados tanto no fornecimento de produtos quanto na prestação de serviços, bem como informar precisamente o risco de contaminação, quando for o caso. Especialmente em relação aos produtos

de consumo, como alimentos, medicamentos, saneantes domissanitários, cosméticos, perfumes, é imprescindível que esta informação seja expressa, devendo destacar ainda todos os ingredientes utilizados, ainda que seja uma quantidade mínima, como é o caso de traços proteicos advindos de uma contaminação.

Para pessoas alérgicas, o risco de contaminação de alérgenos é perigoso, uma vez que há organismos hipersensíveis que tem reações alérgicas apenas com o contato de traços de determinado alimento.

4. REGULAMENTAÇÃO DA ROTULAGEM DA PRESENÇA DE ALÉRGENOS EM MEDICAMENTOS, COSMÉTICOS, PERFUMES E SANEANTES DOMISSANITÁRIOS

A necessidade de se publicar norma que regule a presença de alérgenos em medicamentos, perfumes, cosméticos e saneantes domissanitários é imprescindível para preservar a saúde das pessoas alérgicas, a qual prescinde o princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos narrados na seção II e seguintes desta pesquisa.

Além disso, é vital para a comunidade alérgica ter o direito à informação garantido em relação à descrição da rotulagem desses produtos, já que é o meio pelo qual se pode garantir a ingestão ou uso dos mesmos sem prejudicar sua saúde. Direito este preconizado pela Constituição Federal de 1988, bem como no CDC.

Nota-se que o direito à informação é vital para que o direito à saúde de uma pessoa alérgica possa ser resguardado. No entanto, em relação às informações presentes nas bulas de medicamentos e rótulos de cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários não são suficientes para garantir este direito.

4.1 Contextualização da Necessidade de Publicação de Norma Regulamentadora

Os rótulos de medicamentos, perfumes, cosméticos e saneantes domissanitários são carentes de informações claras e precisas quanto à composição exata de todos seus ingredientes ou excipientes, conforme será demonstrado a seguir. Pacientes alérgicos ou seus responsáveis precisam procurar contato com os fabricantes destes produtos antes de ingeri-los ou

usá-los, o que é feito via telefone ou *e-mail*, conforme demonstram alguns exemplos a seguir.

A informação a seguir é sobre o medicamento Unizinco (Sulfato de zinco heptahidratado). Para que o medicamento fosse ingerido de forma segura, foi necessário solicitar informações, por *e-mail*, acerca da presença ou não de alimentos alérgenos na lista de ingredientes do produto, conforme se verifica:

Figura 1: Resposta da empresa Myralis sobre o medicamento Unizinco

RES: Site Myralis - Contato Entrada x

 **Sac** <sac@myralis.com.br>
para v

Prezada Sra. _____, bom dia.

O produto Unizinco contém Soja e Derivados.

Qualquer dúvida estamos á disposição.

ATT,

Myralis
pharma

SAC
Serviço de Atendimento ao Consumidor

☎ 0800 771 2010
✉ sac@myralis.com.br ▪ www.myralis.com.br
📍 Rua Fonte Mécia 2050 ▪ Valinhos/SP ▪ Brasil ▪ 13273-900

Antes de imprimir pense em sua
responsabilidade e compromisso
com o MEIO AMBIENTE!

As informações contidas neste e-mail, incluindo arquivos anexos, são confidenciais e dirigidas exclusivamente ao destinatário, podendo estar legalmente protegidas. Se esta mensagem não for destinada a você, por favor, apague-a e informe imediatamente ao remetente. As opiniões pessoais do remetente não são, necessariamente, coincidentes com o posicionamento da empresa, não sendo a Myralis responsável pelo conteúdo da mensagem.

Fonte: *e-mail* da autora.

Foi constatado que o medicamento em questão contém **soja e derivados**. No entanto, não é possível identificar a presença deste alérgeno na bula, já que o mesmo não é rotulado na lista de excipientes do medicamento, como demonstra a figura a seguir:

Figura 2: Bula Unizinco

Unizinco
Sulfato de zinco heptahidratado

Myralis
pharma

APRESENTAÇÕES
Solução 17,60mg/ml - caixa contendo frasco contendo 30ml e 100ml + 01 copo dosador.

USO ORAL
USO ADULTO E PEDIÁTRICO

COMPOSIÇÃO

Solução	Cada 1ml contém	VD(*) 0-6 meses	VD(*) 7-11 meses	VD(*) 1-3 anos	VD(*) 4-6 anos	VD(*) 7-10 anos	VD(**) Adultos
Zinco (sulfato de zinco heptahidratado) (equivalente a 4mg de zinco elementar)	17,60mg	357,14%	487,80%	487,80%	392,15%	357,14%	428,57%

*IDR Teor percentual dos componentes na dose diária máxima preconizada, relativo a IDR (Ingestão Diária Recomendada) para lactentes e crianças, segundo RDC n° 269/05.
**IDR Teor percentual dos componentes na dose diária máxima preconizada, relativo a IDR (Ingestão Diária Recomendada) para adultos, segundo RDC n° 269/05.

Excipientes: sucralose, aspartamo, metilparabeno, aroma tutti-frutti e água de osmose reversa.

Fonte: Miralys Pharma. Disponível em: <<https://myralis.com.br/wp-content/uploads/2017/07/bula-unizinco.pdf>>. Acesso em: 11/05/2018.

1.1.1

A alergia a soja é uma das alergias alimentares mais comuns, especialmente entre os bebês e crianças. Aproximadamente 0,4% das crianças são alérgicas a soja. As reações alérgicas a soja são tipicamente leves, como formigamento na boca urticária, coceira, eczema, secreção nasal (SAVAGE ET AL, 2010).

1.1.2 Outra dúvida enviada ao SAC da empresa Myralis foi em relação ao medicamento Venolise, a qual respondeu conter leite, soja e coco, conforme percebe na figura a seguir:

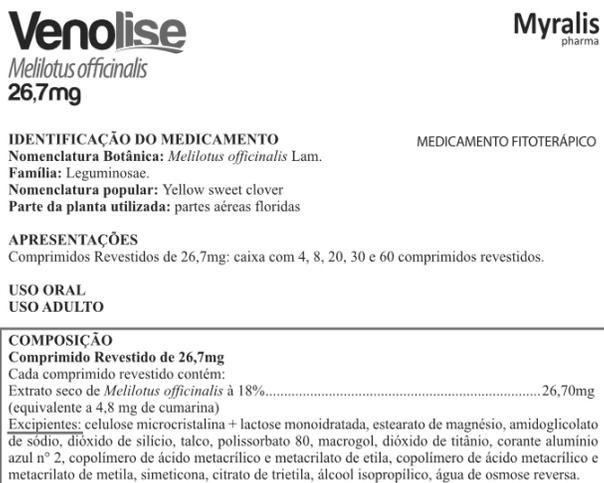
Figura 3: Resposta da empresa Myralis sobre o medicamento Venolise



Fonte: e-mail da autora.

É possível perceber que na bula do supracitado medicamento, não há referência da presença dos alérgenos alimentares leite, soja e coco. A bula traz a informação de que há lactose monoidratada. Como há a lactose sintética, fica inviável para o consumidor saber se há presença ou não da proteína do leite:

Figura 4: Bula do medicamento Venolise



Fonte: Miralys Pharma.

Disponível em: < <https://myralis.com.br/wp-content/uploads/2017/07/bula-venolise.pdf> >.

Acesso em: 28/05/2018.

Em relação aos cosméticos, foram solicitadas informações junto ao Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de alguns fabricantes, conforme demonstram os exemplos a seguir.

Figura 5: Resposta da empresa La Roche Posay



Olá,

Agradecemos o seu contato e a preferência pela marca La Roche-Posay

Informamos que o produto Anthelios Dermo-Pediatrics FPS 60 não contém Leite ou derivado do Leite, nem soja ou derivados em sua composição.

Esclarecemos que a nomenclatura Leite se refere a textura do produto, por ser mais fluida e fácil de espalhar.

As composições estão disponíveis nos rótulos/embalagens de todos os nossos produtos. Por isso sugerimos consultar médico de seu filho, levando a embalagem do produto que deseja fazer uso.

Para mais informações sobre os produtos da marca acesse: www.laroche-posay.com.br .

Fonte: e-mail da autora.

Isso gera situação de dúvida para o consumidor, eis que ora a indústria cosmetológica inclui o nome leite (às vezes em inglês: *milk*) para indicar que há a presença de proteínas do leite, ora traz o nome da substância apenas como forma de indicar que o produto é fluido e fácil de espalhar na pele e, segundo o art. 17 da RDC nº 7/2015, a rotulagem dos produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes não deve conter denominações e indicações que induzam a erro, engano ou confusão quanto à sua procedência, origem, composição, finalidade ou segurança.

Em relação aos saneantes domissanitários, foi obtida resposta da empresa Unilever em relação aos produtos da linha OMO (detergentes em pó e líquido) e da linha *Comfort* (amaciante líquido), conforme se verifica abaixo:

Figura 7: Resposta Unilever

Fonte: Comunicação via *Facebook* da Unilever com a autora.

O fabricante ressalta que, embora os produtos não contenham nenhum dos ingredientes (ovo, leite, soja e trigo), a empresa não pode afirmar que são isentos ou não de traços deste alimentos, uma vez que a indústria de saneantes domissanitários não controla esses tipos de ingredientes, como ocorre na indústria alimentícia.

No tocante à rotulagem de medicamentos, foram encontrados produtos que rotulam a presença dos principais alimentos alérgenos previstos na

RDC nº 26/2015 da ANVISA, entre os quais cite-se dois suplementos da linha Achevita dose D do laboratório Aché, como se observa nas figuras 26 e 27:

Figura 8: Medicamentos da linha Achevita

doseD

NUTRIÇÃO DIÁRIA

VITAMINA D

doseD melt

doseD

A dose diária de vitamina D para toda a família.

COMPRE AGORA

100% da dose diária de vitamina D

Não contém apócaros

1 gota ou 1 mini comprimido ao dia - 200UI

Atenção: Este produto contém derivados de amendoim. Não contém derivados de leite.

Fonte: Achevita. Disponível em: <<https://mips.cuidadospelavida.com.br/achevita>>.

Observa-se que a rotulagem de alergênicos é viável como demonstram os medicamentos supracitados, garantindo assim uma informação clara e precisa para o consumidor, o que garante a integralidade de sua saúde.

Em relação à alteração nos textos das bulas, a ANVISA reserva-se no direito de exigir tais alterações sempre que julgar necessário, por razões técnico-científicas ou por informações provenientes da farmacovigilância, **visando o esclarecimento dos pacientes e profissionais de saúde e a segurança no uso dos medicamentos**, com possibilidade de ser exigida a inclusão de alerta de segurança (Art. 15, da RDC nº 47/2009, grifou-se), o que é plausível que se altere as exigências em relação à sua rotulagem, inclusive porque são passíveis de alteração de bula as atualizações de informações nas bulas a seguir relacionadas à **incorporação de frases de alerta que venha a ser exigida em norma específica** (Art. 16, IV, da RDC nº 47/2009, grifou-se).

Em 05 de outubro de 2016, A ANVISA publicou o Despacho nº 108, o qual aprovou o documento e as etapas para o Ciclo Quadrienal da Agenda Regulatória, no período de 2017 a 2020.

A agenda regulatória é um meio pelo qual se faz um planejamento da atuação regulatória sobre temas prioritários para um determinado período. O principal objetivo da agenda é aprimorar o marco regulatório em vigilância sanitária, promover a transparência e a previsibilidade tanto para os setores envolvidos quanto para os cidadãos. Os temas incluídos são assuntos sujeitos à atuação da ANVISA e estão relacionados a processos de trabalho (registro, notificação, fiscalização, monitoramento, etc.), exigências e requisitos referentes a produtos, serviços e estabelecimentos regulados pela Agência. Durante o processo de regulamentação é incentivada a participação colaborativa de toda a população (ANVISA, 2018).

Dentre os temas que serão abordados pela Agenda Regulatória até 2020, estão incluídos cosméticos (item 5.3: Rotulagem de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfume), medicamentos (item 7.10: bula e rotulagem de medicamentos) e saneantes domissanitários (não consta nada sobre rotulagem) (ANVISA, 2018), momento crucial para que a Agência publique norma regulamentadora acerca do apontado nesta pesquisa.

4.2 Definição dos Alérgenos a Serem Incluídos na Regulamentação

Seguindo os parâmetros adotados na RDC nº 26/2015, a qual relaciona em seu anexo, o rol de alimentos que devem ser informados nos rótulos de alimentos incluindo as bebidas, ingredientes, aditivos alimentares e coadjuvantes de tecnologia embalados na ausência dos consumidores, inclusive aqueles destinados exclusivamente ao processamento industrial e os destinados aos serviços de alimentação, a presente proposta de publicação de norma regulamentadora de alimentos alérgenos em medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários sugere a exigência de presença de 17 (dezesete) alimentos, quais sejam: trigo (centeio, cevada, aveia e suas estirpes hibridizadas); crustáceos; ovos; peixes; amendoim; soja; leite de todos os mamíferos; amêndoa; avelã; castanha de caju; castanha do Pará; macadâmia; nozes; pecã; pistaches; pinoli; castanhas, além de látex natural (RDC nº 26/2015, 2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É basilar que a saúde é direito de todos e dever do Estado, o qual deve ser 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, conforme previsão constitucional.

Constatou-se que as informações existentes não são capazes de informar ao consumidor a real composição do produto na lista de ingredientes/excipientes e isso faz com que sua saúde seja prejudicada com a ingestão ou contato de tais produtos, provocando reações alérgicas diversas, conforme narrado na seção 1 deste estudo.

O direito à informação e a garantia do direito à saúde não foram observados em relação à rotulagem de medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários, uma vez que as regras existentes não são suficientes para garantir ao consumidor o direito à informação de forma adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição e qualidade, bem como sobre os riscos que apresentam sua formulação.

É imprescindível que pessoas portadoras de alergia alimentar excluam de sua dieta todas as proteínas pelas quais reagem, para que tenham sua saúde resguardada e, para que isso seja possível, é necessário que haja obrigatoriedade de rotulagem acerca da presença de alimentos alérgenos nos produtos em comento, inclusive no caso de traços, uma vez que tal medida atende ao princípio da autonomia, bem como ao direito à informação, os quais resguardam e privilegiam o direito à saúde.

Pelo exposto, observou-se que a rotulagem de medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários deve enquadrar-se em um conjunto de leis, regulamentos e outros instrumentos legais direcionados para garantir a eficácia, a segurança e a qualidade dos produtos para resguardar a saúde do consumidor, a qual indica a necessidade de que a ANVISA confira especial atenção aos aspectos relativos à segurança, eficácia e qualidade dos produtos colocados à disposição da população brasileira, principalmente da coletividade alérgica.

Cabe ao Estado garantir a publicação de normas que assegurem o direito à informação, o qual está atrelado ao princípio da autonomia e o direito de escolha pelo consumidor. Se não há rotulagem que garanta informações claras e precisas, não há autonomia e liberdade de escolha. Sem rótulos adequados, o consumidor fica vulnerável em não tomar a medicação ou usar determinado produto, ou, se decidir usá-lo, a ter contato com alérgenos provocando danos à sua saúde.

O princípio da justiça deve garantir benefícios sociais, com igualdade de tratamento às populações especiais, para que seu direito à saúde possa ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, nos termos do art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988;

O direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, conforme o previsto pelo inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8078, de 11 de setembro de 1990 é vital para que a comunidade de alérgicos tenha sua saúde resguardada.

Nestes termos, cabe à ANVISA cumprir com suas atribuições regulamentares, quanto à implementação de norma que garanta ao consumidor informação clara e precisa acerca da rotulagem de medicamentos, cosméticos, perfumes e saneantes domissanitários, com advertências em relação à sua composição e anotações especiais objetivando proteger o consumidor, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e os riscos que apresentem, conforme o previsto pelo art. 6º, inciso III, do CDC.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALERGIA E IMUNOLOGIA (ASBAI). **Artigos - Material Educativo. Alergia Alimentar.**

Disponível em: <<http://www.asbai.org.br/secao.asp?s=81&id=306>>.

Acesso em: 15 de março de 2018.

_____. **Consenso Brasileiro sobre Alergia Alimentar 2018 - Parte 1 - Etiopatogenia, clínica e diagnóstico. Documento conjunto elaborado pela Sociedade Brasileira de Pediatria e Associação Brasileira de Alergia e Imunologia.** Disponível em: <<http://www.sbp.com.br/flip/consenso-alergia-alimentar-parte-01/30/>>.

Acesso em: 25 de abril de 2018.

_____. **Guia prático de diagnóstico e tratamento da Alergia às Proteínas do Leite de Vaca mediada pela imunoglobulina E.**

2012. Disponível em: <<http://asbai.org.br/revistas/vol356/Guia-35-6.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Fráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 13 de março de 2018.

_____. **Agenda Regulatória Ciclo Quadrienal: 2017 a 2020. Lista de Temas.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/3960458/Lista+da+AR+2017-2020.pdf/993fdf3a-6738-4166-a919-b6aed6b48bcb>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

_____. Despacho nº 108, de 5 de outubro de 2016. **Aprova o documento orientador que estabelece o alinhamento estratégico e as etapas para o ciclo Quadrienal da Agenda Regulatória da ANVISA, no período de 2017 a 2020.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/460876/Alinhamento+estrat%C3%A9gico+da+AR/f8e31aa6-1bd8-4090-92d3-ac2b3b1ad41f>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

_____. Lei nº 13.486, de 3 de outubro de 2017. **Altera o art. 8º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre os deveres do fornecedor de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços e de informar, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13486.htm>. Acesso em: 10 de abril 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 de março de 2018.

_____. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras Providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5991.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. **Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6259.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

_____. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. **Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.** Disponível em: <

_____. Resolução - RDC nº 47, de 8 de setembro de 2009. **Estabelece regras para elaboração, harmonização, atualização, publicação e disponibilização de bulas de medicamentos para pacientes e para profissionais de saúde.** Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/2814380/RDC+47+09.pdf/c8e87008-a27d-435e-b137-f51e02e45858>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

_____. Resolução - RDC nº 07, de 10 de fevereiro de 2015. **Dispõe sobre os requisitos técnicos para a regularização de produtos de higiene pessoal,**

cosméticos e perfumes e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2867685/RDC_07_2015_.pdf/c2a1078c-46cf-4c4b-888a-092f3058a7c7>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

_____. Resolução - RDC nº 26, de 02 de julho de 2015. **Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares.** Disponível em: <<http://>

portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2694583/RDC_26_2015_.pdf/b0a1e89b-e23d-452f-b029-a7bea26a698c>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BOGDAN, R. S.; BIKEN, S. **Investigação qualitativa em educação: uma introdução à teoria e aos métodos**. 12.ed. Porto: Porto, 2003.

CARVALHO, Elisa de; Silva, Luciana Rodrigues; Ferreira, Cristina Targa. **Gastroenterologia e nutrição em pediatria**. Vários Colaboradores. Manole: Barueri, 2012.

COCCO, Renata Rodrigues; Camelo-Nunes, Inês Cristina; Pastorino, Antonio Carlos; Silva, Luciana; Sarni, Roseli Oselka S.; Rosário Filho, Nelson Augusto; Solé, Dirceu. **Abordagem laboratorial no diagnóstico da alergia alimentar**. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822007000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 de março de 2018.

FERREIRA, Cristina Targa; SEIDMAN, Ernest. **Alergia alimentar: atualização prática do ponto de vista gastroenterológico**. Publicado em J. Pediatr. (Rio J.) v.83 n.1 Porto Alegre jan./fev. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572007000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

FERREIRA, Sofia *et. al.* **Alergia às proteínas do leite de vaca com manifestações gastrointestinais**. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v23n2/v23n2a04.pdf>>. acesso em: 29 de maio de 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2003/89/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de novembro de 2003, que altera a Directiva 2000/13/CE relativamente à indicação dos ingredientes presentes nos gêneros alimentícios**. Disponível em: <<https://www.ivdp.pt/pt/docs/legislacao/209.pdf>>. Acesso em: 23 de março de 2018.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Biética: conceito, fundamentação e princípios**. Especialização em Saúde da Família. Universidade Federal de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/1/modulo_bioetica/Aula01.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2018.

KOERICH, Magda Santos; MACHADO, Rosani Ramos; COSTA, Eliani. **Ética e Bioética: para dar início à reflexão**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/tce/v14n1/a14v14n1>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J.T. (Coords.). **Dicionário de Bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

PLACE, One Gustave L. Levy. **Food allergy**. The Elliot and Roslyn Jaffé Food Allergy Institute, Division of Allergy and Immunology, Department of Pediatrics, Mount Sinai School of Medicine. New York, NY. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16455349>>. Acesso em: 09 de abril de 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2ª Ed. Novo Hamburgo – RS: Feevale, 2013.

REVISTA FOOD INGREDIENTS BRASIL n° 27, 2013. Alérgenos. **O que são e onde encontrá-los?** Disponível em: <<http://www.revista-fi.com/materias/351.pdf>>. Acesso em 23 de março de 2018.

SANTALHA, Marta *et. al.*, 2013. **Alergia alimentar em idade pediátrica**. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0872-07542013000200003>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

SAVAGE, Jessica H., *et al.* **The natural history of soy allergy**. 2010. Disponível em: < [https://www.jacionline.org/article/S0091-6749\(10\)00007-2/pdf](https://www.jacionline.org/article/S0091-6749(10)00007-2/pdf)>. Acesso em 14/05/2018.

CRIMINOLOGIA

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO “DELITO DE SOLIDARIEDADE” A PARTIR DO CASO MALLAH CONTRA FRANÇA

Erica Brito Bakonyi

INTRODUÇÃO

O objeto dessa pesquisa remete ao acórdão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), consoante ao caso interposto por “Houssine Mallah” em face da República Francesa (Requerimento n.º. 29681/08), proferido no dia 10 de novembro de 2011. Dedicar-se-á, portanto, ao estudo do crime de auxílio à imigração ilegal e à compreensão do “delito de solidariedade”.

O fluxo migratório no território europeu é influenciado por fatores econômicos, sociais e culturais. Devido às crises enfrentadas e após o período da Segunda Guerra Mundial, bem como dos episódios de ataques terroristas, ao longo do processo de integração da União Europeia, empenhou-se na criação de uma área de liberdade, segurança e justiça aos seus membros, enquanto, paralelamente, intensificavam-se os controles das fronteiras em face daqueles migrantes de países terceiros.

Posto isso, este artigo tem como aporte explorar o percurso jurídico que impulsionou a elaboração e o “aperfeiçoamento” daquele delito no território francês.

O interesse pelo tema perfaz-se face ao caráter humanitário e urgente. A tendência global ao conservadorismo exacerbado e à “admi-

nistrativização” da sociedade é temerosa e, conseqüentemente, atrai especial atenção.

O percurso da pesquisa está organizado e é exposto em três momentos. Primeiramente explorar-se-ão as políticas europeias dedicadas aos fluxos migratórios, progredindo-se à compreensão dos crimes de imigração ilegal e auxílio à imigração ilegal; posteriormente, debruçar-se-á sobre as especificidades do caso “Mallah contra a França”; e, ao fim, aproveitando-se da decisão preteritamente exposta, destacar-se-á o percurso jurídico do crime de auxílio à imigração ilegal no território francês e estudar-se-á aquilo que se entende por “delito de solidariedade”.

Para encerrar o trabalho, portanto, apresentar-se-ão as conclusões extraídas dos estudos aqui realizados.

1. IMIGRAÇÃO ILEGAL NA UNIÃO EUROPEIA

A fim de se compreender o “crime de auxílio à imigração ilegal” e, posteriormente, aquilo que se conhece por “delito de solidariedade”, faz-se conveniente explorar, *ab initio*, ainda que de forma sucinta, os motivos da intensificação dos fluxos migratórios junto ao território europeu e, conseqüentemente, a fundamentação das políticas públicas adotadas em face, especialmente, da imigração irregular.

Sobre referido fenômeno, então, resta evidente a relação e o impacto da globalização na aceleração desses movimentos migratórios. Ora, o desenvolvimento e a disseminação do acesso aos meios de comunicação, facilitaram a circulação de informações, de capitais, de bens e de pessoas. Por óbvio, essa difusão se materializou (e ainda o faz) de modo díspare e proporcional à realidade socioeconômica das regiões. A ostentação de estruturas mais estáveis e com melhores perspectivas quanto à qualidade de vida, portanto, foi fulcral para a decisão de mobilidade daqueles que se percebiam insatisfeitos e/ou em condições de vulnerabilidade.

Enquanto em um primeiro momento os imigrantes são assimilados positivamente por parte dos países de acolhimento, representando rejuvenescimento populacional e, conquanto, população ativa, diante de crises econômicas e políticas, sendo eles os mais atingidos, e cuja carência transparece no seio social mais facilmente, sobrevém a construção do estereótipo “imigrante-crime”. Sentimentos de

“nacionalismo” e “xenofobia” despontam nesses contextos (GUIA, 2008, p. 62-69).

Episódios como os ataques terroristas de (a) 11 de Setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, (b) 11 de Março de 2004, em Madrid, e, (c) 07 de Julho de 2005, em Londres, indicando ameaças transnacionais, corroboram com esses sentimentos. A identificação dos autores desses crimes na figura de nacionais de países terceiros, conduz a iniciativas de unificação de política de imigração junto das preocupações correlatas à segurança nacional e continental, bem como ao crime organizado. Se por um lado, ao longo do processo de integração da União Europeia, empenha-se na criação de uma área de liberdade, segurança e justiça aos seus membros¹⁴, por outro, intensificam-se os controles das fronteiras em face daqueles migrantes não pertencentes ao bloco.

Estratégias políticas são traçadas e executadas, portanto, no intuito de se intensificar a vigilância das fronteiras externas, a partir da justificativa de proteção à segurança nacional e à ordem pública. Dentre essas, elencam-se (a) o “Conselho Europeu de Tampere”, de 1999; (b) o “Programa de Haia”, de 2004; e (c) a “Abordagem Global das Imigrações”, de 2005, incluem em suas pautas iniciativas quanto à gestão dos fluxos migratórios e, portanto, à imigração legal e ilegal. Ademais, a título ilustrativo, cita-se igualmente a criação da “Agência Europeia de Gestão da Cooperação

14 Faz-se recorte e breve retrospectiva histórica elucidativa. A criação do “Passaporte da União”, em 1981, símbolo do nascimento da identidade europeia, promotor da livre circulação dos cidadãos nacionais de Estados membros na região – com exclusão, portanto, daqueles de Estados Terceiros –, bem como a assinatura do “Acordo de Schengen”, em 1985, e o reforço do “Ato Único Europeu”, no ano subsequente, consagraram um espaço sem fronteiras internas, oportunizando a livre circulação de mercadorias, pessoas, capitais e serviços. Frisa-se, porém, que, em que pese esses marcos, a necessidade de unificação das políticas migratórias já era recorrente. Citam-se, ilustrativamente, o “Tratado da Comunidade Econômica”, de 1957; o “Regulamento 15/61”; “Regulação 38/64”; “Diretiva 64/221/CEE”; “Diretiva 68/360/CEE”; diplomas esses que se preocupavam, sinteticamente, com a livre e igualitária circulação dos trabalhadores nacionais e estrangeiros, assim como com a situação dos respectivos familiares. Retomando-se o percurso cronológico inicial, constituindo-se a nova etapa integrativa, sobrevém o “Tratado de Maastricht”, instituidor da União Europeia, em 1992, no qual se enumeram enquanto interesses comuns acerca da política migratória, dentre outras, a luta contra a imigração, permanência e trabalho irregular – documento que antecipa as estratégias políticas e rota legislativa eleita nos anos seguintes (FURQUIM, 2014, p. 1-2).

Operacional das Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia” (FRONTEX), com o Regulamento (CE) n.º 2007/2004 - alterado posteriormente pelo Regulamento (CE) n.º 863/2007 (FURQUIM, 2014, p. 6-10).

O momento enaltece a preocupação concernente à criminalidade transfronteiriça e favorece a implementação de medidas progressivas mais restritivas. Leis penais, portanto, cada vez mais rígidas são introduzidas, culminando na aproximação e na convergência entre esses diplomas e os de imigração. Daqui nasce a expressão “Crimigração” (GUIA, 2008, p. 12).

Com a promulgação da Diretiva 2008/115/CE, adequando-se às ideias recém anunciadas, sobrevêm regras materiais e procedimentais comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros que estejam em situação irregular e, por conseguinte, em desconformidade com os requisitos anunciados junto ao “Código de Fronteiras de Schengen” (Regulamento [CE] n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho), precisamente nos Arts. 5º e 6º.

Vai-se além. A ocorrência da imigração ilegal viabiliza a perpetração de outras atividades ilícitas que, conseqüentemente, recebem tratamento repressivo. Elencam-se, ilustrativamente, (a) o tráfico de pessoas; (b) o lenocínio; (c) a angariação de mão de obra ilegal e de casamento por conveniência com vista à obtenção de documentos de residência; (d) a falsificação de documentos; (e) a corrupção de agentes públicos; e, (f) o crime de auxílio à imigração ilegal.

Tratando-se de parte essencial do presente estudo, dedicar-se-á na seqüência à exploração desse último e, portanto, do “crime de auxílio à imigração ilegal”.

1.1 CRIME DE AUXÍLIO À IMIGRAÇÃO ILEGAL

O crime de auxílio à imigração ilegal perfaz-se enquanto ilícito penal autônomo face àqueles correlatos à imigração ilegal, bem como a ela própria. Tal autonomia indica que a declaração de inocência do autor do ato principal (imigração irregular) não afetará no julgamento do crime de auxílio à imigração ilegal. Por conseguinte, a separação das ofensas permite punições diferentes face à condenação da infração subjacente. Esclarecido isso, deduzir-se-á conceitos a partir da Diretiva 2002/90/CE do

Conselho, de 28 de Novembro de 2002, “relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares”.

Criminaliza-se, dessarte, a conduta de auxiliar intencionalmente pessoa que não seja nacional do Estado-Membro a nele entrar, transitar ou permanecer, quando em infração da legislação acerca da residência de estrangeiros, especificamente aplicável naquele território (art. 1º, alíneas “a” e “b”, da Diretiva). Frisa-se que o ato não necessariamente materializar-se-á com fins lucrativos.

Insta asseverar que o núcleo do tipo (o verbo “auxiliar”) é indefinido juridicamente. Sendo assim, poderá contemplar um “apoio” material, físico ou psíquico. Poder-se-á inclusive firmar-se direta ou indiretamente junto ao estrangeiro.

A legislação criminal, que protege os bens jurídicos (axiomas) mais caros à sociedade, na hipótese ora em análise, resguarda a ordem e a segurança pública. Atrelada à noção preteritamente defendida acerca da opção política de gestão dos fluxos migratórios, esse crime insurge inicialmente a fim de refrear as redes de criminalidade organizada – especificamente, o contrabando e o tráfico de pessoas (BOUIX, 2012, p. 17-18).

Os exemplos subsumíveis ao crime são plurais. Restringir-se-á a exposição do “Caso Mallah contra a França” no capítulo da sequência e, a posteriori, aprofundar-se-á à problemática que a criminalização dessa assistência impõe.

2. CASO MALLAH CONTRA A FRANÇA

O precedente jurisprudencial eleito para ilustrar o presente trabalho remete ao requerimento nº. 29681/08, interposto por “Houssine Mallah”, nacional marroquino, em face da República Francesa junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no dia 18 de Maio de 2008. Na oportunidade, impugnou-se condenação penal sofrida por considerá-la interferência desproporcional na vida familiar e, portanto, uma violação ao art. 8º, da “Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”.

Elucida-se panorama factual.

O Requerente, residente regular na França há mais de trinta anos (à época), vivia com sua esposa e seus cinco filhos. Em 2003, uma de suas

filhas casou-se com cidadão marroquino (identificado nos autos processuais como “B.A.”) que, a propósito, morava em sua terra natal – fato que os impulsionou pleitear administrativamente o direito ao reagrupamento familiar (Diretiva 2003/86/CE).

Em Dezembro de 2005, registrou-se a entrada regular de B.A. no território francês, com visto de turista válido por três meses. Durante o período, foi acolhido pela família da nova esposa que, rememora-se, habitava a mesma casa de seus pais e irmãos. Expirado o prazo de permanência, entretanto, não retornou ao país de origem devido à gravidez de risco que a cônjuge experimentava.

Sobrevinda denúncia anônima relatando a irregularidade documental daquele, em Abril de 2006, a polícia de fronteira, após enrobustecer a investigação, concluiu pela ilegalidade e conduziu tanto B.A., quanto o Requerente, sob custódia. Mallah, portanto, foi acusado pelo promotor do “Tribunal Correccional” pelo crime de auxílio à imigração ilegal, nos termos do art. L. 622-1º do Código de Entrada e Residência de Estrangeiros e o Direito de Asilo (CESEDA), devido à hospedagem de estrangeiro sabidamente irregular no país (especificamente, seu genro) em sua residência.

Abre-se parênteses. O promotor, quando conheceu do pedido de reagrupamento familiar já protocolizado, optou pelo abandono das ações judiciais devido à inocorrência de ofensa penal. Em que pese a alternância, decidiu-se de modo díspare. O Requerente foi condenado, porém, exonerado da pena devido à cessação do ilícito, nos termos do art. 132-5º do Código Penal.

Sobreveio confirmação da sentença pela “Corte de Apelação”, mesmo após o deferimento do pedido administrativo de reagrupamento e reconhecimento do caráter altruísta da ação reprimida. Mallah denuncia violação ao art. 8º, da “Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, junto ao “Tribunal de Cassação”, pedido que restou igualmente infrutífero.

Face aos fatos, o TEDH ponderou alguns fatores. Adstrito aos termos legais, considerou a condenação de Mallah proporcional. Fundamentou conclusão a partir da discriminação do objetivo indiretamente impresso no art. L. 622-1º, do Código Penal, qual seja, de proteção da ordem pública, bem como de prevenção do cometimento de infrações penais. Outrossim, ainda que convencido da solidariedade familiar, frisou a descon-

formidade em relação ao rol taxativo subscrito no art. L. 622-4º, daquele *Codex* (cuja transcrição consta no tópico 3). Ora, pelo diploma, atribui-se imunidade penal tão somente aos membros da família imediata do imigrante irregular.

A Corte, portanto, em Novembro de 2011, entendeu que as autoridades alcançaram justo equilíbrio. Decidiu-se majoritariamente, com seis votos contra um, que a condenação não violou o art. 8º da “Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” (logo, com respeito à vida privada e particular), tendo em vista que o Requerente foi isento da pena e que as consequências registrais foram extirpadas do histórico criminal.

2.1. OPINIÃO DISSIDENTE

Consoante explanação pretérita, a decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em resposta à provocação interposta por Houssine Mallah, não foi unânime. Visto isso, debruça-se sobre a fundamentação da opinião dissidente.

A juíza “Ann Power-Forde” discorda da maioria e, por conseguinte, defende violação do art. 8º da Convenção supracitada. Questiona a gravidade da ofensa e a pertinência da interferência estatal na vida familiar do Requerente.

Enumerou os seguintes fatos: (a) o “estrangeiro” hospedado é casado com a filha de Mallah e, conquanto, é seu genro; (b) essa sua filha, grávida e com problemas de saúde correlatos, vivia na mesma casa que o pai; e, (c) considerado pelas autoridades um criminoso, Mallah foi interrogado, conduzido sob custódia e processado como réu em demanda jurídica que perdurou por vinte meses antes da sua condenação. Com isso, convencida dos excessos perpetrados oficialmente, sublinhou concepção demasiada “positivista” dos colegas magistrados (que, rememora-se, interpretaram na literalidade quais os membros familiares são considerados imunes ao crime de auxílio à imigração ilegal).

Não apenas ignorou a mitigação das consequências da condenação que, consoante posicionamento preponderante, tornam a medida harmônica e justa, como, ao contrário, considerou-a grave e totalmente desproporcional às garantias protegidas em uma sociedade democrática.

Apresentou-se incapaz de perceber o risco e/ou perigo que Mallah ofereceria à comunidade enquanto “criminoso”.

A juíza foi além. Em que pese reconhecer os objetivos legítimos do tipo penal inscrito no art. L. 622-1º do diploma criminal, reclamou a extensão do seu alcance, propondo revisão legislativa. Opôs-se, em seu voto, à vaguidão dos termos “ajudar”/“auxiliar” ou “facilitar” a permanência de imigrante ilegal. Perante à impossibilidade de se reconhecer o caráter humanitário, reclamou a incompatibilidade da Lei em face dos Direitos Humanos.

Isolada, mas de valor incomensurável, aproveita-se da opinião registrada e adentra-se ao que se conhece por “delito de solidariedade”.

3. “DELITO DE SOLIDARIEDADE”

A decisão ilustrativa proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos provoca algumas reflexões e, igualmente, certa ojeriza. Além de validar a infração correlata ao auxílio à imigração ilegal (cuja pertinência se questiona e se explora na sequência), por ela admitiu-se repreensão à situação fática de caráter evidentemente altruístico.

Dúvidas consoante à ofensa ao bem jurídico protegido pelo crime estudado, à respectiva gravidade, bem como àquilo que se compreende por “família” (conceito dinâmico e que acompanha mudanças sociais), demandam análise da evolução jurídica percorrida no território francês. Expõe-se trajetória cronológica.

O delito de auxílio à entrada, circulação e permanência irregular de estrangeiros, na França, originou-se no governo de Daladier, com o art. 4º do Decreto-Lei de 2 de Maio de 1938. O texto pioneiro foi reproduzido no período pós-guerra, precisamente no art. 21º, do Decreto de 21 de Novembro de 1945, bem como sucessivamente, em diplomas reformados com poucas alterações, até 2004, com a promulgação do art. L. 622-1º do Código de Entrada e Residência de Estrangeiros e o Direito de Asilo (CESEDA).

Redigido de modo vago desde os primórdios, com expressões de indeterminação jurídica, esse crime remete à ideia de “definição embrionária” (MULLER, 2009, p. 27) - fato raro na seara penal¹⁵. A estratégia

15 A propósito, raro e rechaçável. Consoante ao princípio da taxatividade e da reserva

política é a gestão racional dos fluxos migratórios. Por assim o ser, Muller (2009, p. 34) considera a opção legislativa um mecanismo que viabiliza a maximização dos interesses dos governantes, nem sempre claros e adstri-tos à redução do número de migrantes sem documentação e sujeitos ao trabalho ilegal.

Insta salientar que, sob a justificativa de combate ao contrabando clandestino de imigrantes, sobreveio implantação de punições mais severas aos “cuidadores” do que aos próprios indivíduos em situação ilegal. Com discurso populista, o governo declarava considerar os migrantes como “vítimas” (pessoas exploradas em detrimento da angústia e vulnerabilidade enfrentada em face do estado de irregularidade documental) dos “contrabandistas” – noção, no entanto, contraditória ao se vislumbrar repreensão criminal daqueles, ainda que branda quando em comparação com os primeiros (BOUIX, 2012, p. 17-18).

Nesse sentido, abrem-se parênteses e faz-se reflexão acerca da “crimi-gração” no contexto francês:

O decreto-lei tenciona estabelecer ‘para quem é indigno de viver em nosso solo, um rigor justo e necessário’. Essa formulação representa a ideologia vigente no momento e coincide com a criação de novas infrações dirigidas a uma categoria definida da população: os estrangeiros. Este ramo do direito penal ilustra a teoria do ‘direito penal do inimigo’, em que divide a legislação repressiva em dois blocos, um destinado aos ‘cidadãos’ e outro destinado aos que aqui estão como estrangeiros (...) Essa legislação que sanciona a cumplicidade da permanência irregular é tanto mais inadmissível quanto voltar na história, onde se percebe inspiração em medidas inscritas no ‘Código Negro’. Esse código publicado em 1685 para regular a situação dos escravos continha, no artigo 39, uma severa punição para os libertos e para os homens livres que tivessem ‘dado retiro em suas casas a escravos fugitivos’. Isto não é uma reminiscência da atual criminalização da assistência à residência ilegal e

legal penal, a imprecisão dos termos expõe os cidadãos à insegurança jurídica. Não obstante, quando provocado, em 16 de Julho de 1996, o Conselho Constitucional decidiu pela observância do artigo aos princípios da legalidade dos delitos e das penas no Decreto n.º 96-377 DC ((MULLER, 2009, p. 32-34).

deve necessariamente nos levar a questionar a legitimidade deste delito – tradução livre (BOUIX, 2012, p. 9-10).

Isto posto, e consoante fortalecimento do controle das fronteiras, destaca-se o impacto gerado pela crise petrolífera sobre o crescimento das taxas de desemprego na França, em 1974, enquanto marco inicial do enrijecimento junto ao tratamento jurídico dos migrantes (MULLER, 2009, p. 34). Nesse sentido, e sem prazo para respiro, elenca-se encadeamento legislativo pertinente.

Assim sendo, registra-se que, em 1980, com a “Lei Bonnet” (Lei n.º 80-9), insurge possibilidade de “devolução” de estrangeiro irregular ao país de origem e, igualmente, de detenção administrativa desse. Em que pese, nos anos de 1981 e 1986, sobrevir garantias em prol do estrangeiro, a “Lei Pasqua” (Lei n.º 86-1020), de 1986, as restringe (sendo apenas algumas processuais reestabelecidas em 1989, com a “Lei Joxe”, n.º 89-548). Promovendo-se a “luta” contra a imigração clandestina enquanto prioridade de ação política nacional, em 1993, adotaram-se “as novas leis Pasqua” (Leis n.º 93-933; 93-1027; e 93-1417), de caráter mais rigoroso e excludente. Referidas regras apenas restaram flexibilizadas em 1997, com a “Lei Debré” (Lei n.º 97-396), que cria, aos estrangeiros privados do acesso ao cartão de residência, um documento de estadia temporária (acrescido de pequena modificação com a “Lei Chevènement”, n.º 98-348, de 1998, que cria o cartão de residência “vida privada e familiar”). Por intermédio de procedimento de emergência, em 2003, reforçam-se medidas de segurança com a “Lei Sarkozy I” (Lei n.º 2003-1119), a partir do acréscimo nas balizas temporais máximas de detenção administrativa (de 12 para 32 dias) e da inviabilização da concessão daquele cartão de residência aos pais de filhos franceses. Novamente por instrumento de urgência, advém complementação reduzindo-se outras possibilidades de regularização acerca da permanência no país (“Lei Sarkozy II”, Lei n.º 2006-911, de 2006). Acompanhando a constância de endurecimento, em 2007, através da “Lei Hortefeux” (Lei n.º 2007-1631), minoram-se condições para obtenção do reagrupamento familiar (MULLER, 2009, p. 36-37).

O excesso legislativo sobre a matéria impressiona. Vislumbra-se que, entre os anos 2003 e 2009, o Decreto de 1945 foi emendado doze ve-

zes junto à parte legislativa e mil na regulamentar (SLAMA, 2009 *apud* MULLER, 2009, p. 37). O reflexo prático remete à insegurança e à demasiada “maleabilidade” quanto à adaptação de interesses pelos agentes administrativos. Ora, o volume de textos legais promove o desenvolvimento de um “infra-direito”, por sua vez, secreto e instável (SPIRE, 2005 *apud* MULLER, 2009, p. 38). Outrossim, as medidas repressivas adotadas, seja com os imigrantes irregulares, seja com os “cuidadores” ou “ajudantes”, não indicam qualquer redução quantitativa daqueles no país francófono (MULLER, 2009, p. 45-46).

Se o impulso legislativo inicial, portanto, cujo contexto histórico remete ao fechamento de fronteiras em “resposta” à crise de 1929 e à Segunda Guerra Mundial, era compreensível, a manutenção do texto de 1938 (embora com acréscimo de algumas imunidades), até os dias de hoje, gera estranhamento. Mesmo que assim o seja, pontuam-se numerosas condenações fundamentadas no art. L. 622-1º do CESEDA (MULLER, 2009, p. 48).

Dir-se-á mais. Não obstante justificativas políticas acerca da pertinência do crime de auxílio à imigração ilegal e da observância da sua aplicação expressiva, ressalta-se proporção inversa quanto à utilização da reprimenda ao envolvimento das redes organizadas (art. L. 622-5º, caput e §1º, do CESEDA), pelas Cortes de Justiça – provavelmente em detrimento dos obstáculos consoante ao ônus probatório (MULLER, 2009, p. 49-50).

A fim de melhor se elucidar, e já traçado brevemente o percurso legislativo, colaciona-se transcrição do art. L. 622-1º do CESEDA:

Salvo exceções previstas no artigo L. 622-4, qualquer pessoa que, por auxílio direto ou indireto, facilitou ou tentou facilitar a entrada, a circulação ou a permanência ilegal, de um estrangeiro na França será punido com prisão de cinco anos e multa de 30.000 euros (tradução livre)

A partir de respectiva leitura, e conforme aquilo que foi exposto, portanto, percebe-se a manutenção do alcance normativo (reitera-se: bastante amplo e genérico). Em face dessa imprecisão, quase qualquer ato pode ser subsumido ao tipo penal. Em vista disso, Muller (2009, p. 28) redige recorte da entrevista do Diretor do Ministério de Imigração, Integração e

Identidade Nacional: “É uma obscenidade a palavra ajuda. Seria melhor a utilização da expressão inglesa de suporte excessivo ou mesmo colaboração, mas não é possível (...) Estamos na dialética da imperfeição racional” (tradução livre).

Ilustrativamente, então, no intuito de aproximar o leitor da “aberração” firmada oficialmente, relata-se caso de condução coercitiva para audição de agente voluntário da associação “Terre d’Errance”, precisamente, Monique Pouille, sob acusação de “auxílio à permanência irregular em rede organizada”. O panorama fático perfez-se devido ao hábito que mantinha de “recarregar” os créditos dos celulares de estrangeiros irregulares, atitude interpretada pelas autoridades policiais como possível ajuda às ações dos contrabandistas (MULLER, 2009, p. 53).

Em vista do exemplo, subtrai-se outro aspecto igualmente relevante, senão mais, da lei: a ausência de delimitação correlata à finalidade do ato delitivo, qual seja, a “lucratividade” – fato que contraria as orientações subscritas no art. 27º, inciso 1, da Convenção de Schengen e no art. 1º, item 2, da Diretiva 2002/90/CE mas que, no entanto, conforme assevera Bouix (2012, p. 17), foi validado publicamente pelo Ministro do Interior por intermédio da justificativa de que os atos terroristas e as redes islâmicas atuam de modo materialmente desinteressado.

Diante disso, resta evidente que essa omissão desestabiliza a situação daqueles que se propõem caritativamente a ajudar seus pares, de nacionalidade outra, e em estado de vulnerabilidade. Atos generosos, auxílios de viés humanitário, podem então ser reprimidos com suporte legítimo estatal.

Nesse contexto, insurge a expressão “delito de solidariedade”, propagada vulgarmente no seio social. Reflete-se: se o Direito Penal é regido pelos princípios da fragmentariedade, na medida em que protege exclusivamente os valores mais importantes de determinada sociedade, e da ofensividade, sendo insuficiente a agressão meramente moral, seria a criminalização de ações altruístas admissível? Pergunta retórica.

Referida tipificação penal nega a preocupação com os direitos humanos, formalizados desde o estabelecimento da Organização das Nações Unidas e de sua Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Sendo assim, não se deve olvidar que, antes de indivíduos sem documentação, esses estrangeiros são homens, mulheres, crianças e idosos sofrendo com a privação de direitos, a exclusão e o estigma sobre elas criados.

A obviedade da impossibilidade, em resposta, é também afirmada pelas autoridades públicas. Essas, por sua vez, negam sua ocorrência e vigência perante os Tribunais. Citam exemplificativamente precedentes judiciais como o caso “Mallah contra a França”, dos quais, em que pese a superveniência das condenações, os efeitos das penas restaram minorados ou extirpados em sua totalidade.

Ainda que se discorde da assertiva supracitada, “se o crime de solidariedade não é sancionado pela justiça, é reconhecido pela polícia judiciária, aérea e das fronteiras” – tradução livre (MULLER, 2009, p. 89). Não se pode negar o caráter intimidante da custódia ou de qualquer outra ação coercitiva. Além de sentimentos de culpa, a vergonha também desponta. Disso denota-se o caráter dissuasivo das medidas (bem como afronta ao princípio da presunção de inocência). Poder-se-ia, inclusive, pensar em gradação ou escalonamento do sofrimento onde a penalidade legal representaria seu grau máximo.

Face aos fatos, aliás, desde 1996, quando se registra a primeira interpelação de membro associado a grupos de ação social, portanto, oposições ao art. L. 622-1º de CESEDA são retransmitidas pela imprensa (BOUIX, 2012, p. 18-19). Com a organização de protestos e formalização de petições individuais e coletivas, foram redigidas e reformuladas algumas imunidades dedicadas aos “ofensores solidários”. Discriminam-se exceções dispostas no art. L. 622-4º do CESEDA:

(...) não pode dar origem a processo penal com base nos artigos L. 622-1 ao L. 622-3 assistência à permanência ilegal de um estrangeiro quando ele é

1. Ascendente ou descendente do estrangeiro, respectivo cônjuge, irmãos do estrangeiro ou seus cônjuges, a menos que os cônjuges estejam separados, tenham domicílios apartados ou tenham sido autorizados a residir separadamente;
2. O cônjuge do estrangeiro, a menos que os cônjuges estejam separados, tenham sido autorizados a residir separadamente ou cuja vida em comum vida tenha cessado, ou a pessoa que se sabe estar em um relacionamento conjugal com ele;
3. Pessoa singular ou coletiva, quando o objeto da queixa foi, em

face de um perigo presente ou iminente, necessário para salvaguardar a vida ou a integridade física do estrangeiro, salvo se houver desproporção entre os meios utilizados e a gravidade da ameaça ou se tiver dado origem a uma indenização direta ou indireta.

As exceções previstas nos parágrafos 1º e 2º não se aplicam quando o beneficiário estrangeiro da assistência de residência ilegal vive em um estado de poligamia ou quando o estrangeiro é cônjuge de uma pessoa poligâmica residente na França com o primeiro cônjuge (tradução livre)

Isto posto, ainda que se verifique avanço, frisa-se a ausência de ressalva acerca da “ajuda humanitária”. Por conseguinte, a insatisfatoriedade consoante ao tratamento político-jurídico persiste.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo científico propôs-se a tomar como objeto de estudo o crime de auxílio à imigração ilegal e aquele que se conhece por “delito de solidariedade”, a partir da análise do caso “Mallah contra a França”, interposto em face do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Perseguiram-se os objetivos de se descrever as questões históricas, conceituais e críticas pertinentes.

Percebeu-se que as políticas de gestão do fluxo migratório, racionais, assimilaram caráter repressivo e de “personificação do inimigo”. Desde os primórdios, aproveitou-se da imprecisão dos termos legislativos a fim de se obter maiores resultados na segregação dos estrangeiros irregulares e dissuasão daqueles que oferecem auxílio altruisticamente.

Ora, o desenvolvimento de uma ação pública que estigmatiza os “ofensores solidários”, aproxima-se daquilo que se conhece por “Direito Penal do Inimigo”, confirmando a aberração jurídica que se evidencia tanto jurisprudencialmente, quanto administrativamente, através da intimidação policial.

A conquista dos direitos fundamentais é irrenunciável. Ademais, uma sociedade não se sustenta sem apoio e colaboração mútua. A humanidade, em nome da ética, deve ser colocada ao centro. Defende-se atos de resistência cidadã, mesmo quando em risco de desobediência cívica. Grita-se

em coro: “*Si la solidarité devient un délit, nous demandons à être poursuivis pour ce délit!*”¹⁶.

REFERÊNCIAS

BOUIX, Anita. **Les délits d’ “aide aux migrants”**: *Entre autonomie et dépendance à l’égard des infractions d’entrée et de séjour irrégulier sur le territoire français*, 2012, 71 f. Dissertação de mestrado (Direitos do Homem e da Humanidade) – Université Evry-Val-d’Essonne, França. Disponível em: < https://www.gisti.org/IMG/pdf/memoire_09-2012_anita-bouix_.pdf >, acesso em 02/04/2018.

COMUNIDADE EUROPEIA. Directiva n. 2002/90/CE, de 28 de nov. de 2002. Directiva 2002/90/CE do Conselho. **Relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares**. Bruxelas, nov. 2002. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32002L0090>>, acesso em 23/03/2018.

COMUNIDADE EUROPEIA. Directiva n. 2003/86/CE, de 22 de set. de 2003. Directiva 2003/86/CE do Conselho. **Relativa ao direito ao reagrupamento familiar**. Bruxelas, set. 2003. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003L0086>>, acesso em 23/03/2018.

COUR EUROPÉENNE DES DROIT DE L’HOMME. Cinquième section. **Affair Mallah c. France** (Requête n.º. 29681/08). Strasbourg, 2011. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2229681%2F08%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-107415%22%5D%7D> >, acesso em 23/03/2018.

16 “Se a solidariedade é um crime, pedimos para ser processados por ele!” (tradução livre). Pronunciamento em petição contra o “delito de solidariedade”, promovido pelas associações: GISTI, Secours catholique, Fédération de l’entraide protestante, Emmaüs France, Cimade, Uniopss, Comede, RESF, Fast (MULLER, 2009, p. 73-74).

FURQUIM, Saulo Ramos. As políticas de combate à imigração ilegal no âmbito da união europeia, 2014. Disponível em: < <http://coimbra.academia.edu/SauloRamosFurquim> >, acesso em 02/04/2018.

GUIA, Maria João. **Imigração e criminalidade:** caleidoscópio de imigrantes reclusos. Coimbra: Almedina, 2008.

MULLER, Olivia. *La pénalisation de l'aide au séjour irrégulier: de la volonté politique à la réalité judiciaire*, 2009, 136 f. Dissertação de mestrado (Política e Sociedades Europeias) – Institut d'études politiques de Paris, França. Disponível em: < https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1331029485Memoire_IEP_olivia_-muller_2009.pdf >, acesso em 02/04/2018.

REINO DA BÉLGICA, REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, REPÚBLICA FRANCESA, GRÃO-DUCADO DO LUXEMBURGO E REINO DOS PAÍSES BAIXOS. **Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985:** Relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns. Schengen, 19 jun. 1990. Disponível em: < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:42000A0922(02)) >, acesso em 23/03/2018.

REPÚBLICA FRANCESA. **Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.** Paris, Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070158> >, acesso em 23/03/2018.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção europeia dos direitos do homem:** Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Strasburg, Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >, acesso em 23/03/2018.

SER HUMANO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS: A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Erica do Amaral Matos

1. Introdução:

A questão criminal é hoje a principal trincheira da luta pelos direitos humanos.

(Vera Malaguti Batista)

A edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos se deu no contexto pós Segunda Guerra Mundial, em que o mundo se preocupava com a consolidação de direitos e garantias sociais e o freio a atrocidades cometidas contra seres humanos naquele momento. O nazismo consagrou a necessidade de uma união universal em prol da dignidade humana. Assim, as razões motivacionais para elaboração do documento se confundem com as da própria criação da Organização das Nações Unidas (WEIS, 2012, p. 81).

Nesse sentido, a Declaração de 1948 objetivou traçar valores básicos universais sem os quais não se pode viver. É, certamente, o principal documento do Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos e o principal instrumento de universalização da proteção humana. Consagrou-se

a certeza, a segurança a possibilidade dos direitos humanos (WEIS, 2012, p. 82).

Sua aprovação se deu de forma unânime pelos quarenta e oito Estados votantes, inexistindo contrariedade aos seus princípios ou disposições. Por esse motivo, PIOVESAN (2012, p. 203) afirma tratar-se de um “código e plataforma comum de ação”, uma vez que “a Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.

A condição humana depende da consolidação de direitos que lhes são intrínsecos, cuja titularidade tem como requisito único a natureza de ser humano. Sua base principal é a dignidade, que compreende direitos civis e políticos (artigos 3º a 21), mas também direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 22 a 28). A combinação do discurso liberal da cidadania com o discurso social é a grande inovação da Declaração. (PIOVESAN, 2012, p. 205).

Dentre variados temas abordados, o diploma também elege como universais direitos relacionados à seara criminal, como a proibição de prisão arbitrária, a presunção de inocência e o julgamento perante um tribunal independente e imparcial. Nessa linha, GIACOMOLLI afirma que o tratado consiste em marco histórico de definição dos direitos humanos e liberdades fundamentais como base axiológica universal do sistema de justiça, inclusive o criminal. Trata-se, segundo o autor, de paradigma ético e humanitário para a intervenção estatal criminal. (2014, p. 4)

À luz deste importante documento que aniversaria 70 anos, este artigo pretende trabalhar o conceito de dignidade humana no contexto do sistema carcerário brasileiro, de forma a expor a não consagração (ou violação) dos direitos fundamentais nela elencados. Para tanto, é feita uma introdução ao tema, através de breve revisão bibliográfica, para, enfim, confrontá-lo com a realidade do país.

2. Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é conceito complexo que compreende diversas interpretações e aplicações. Como se viu, a Declaração Universal dos Direitos Humanos a consagrou como direito básico do qual o ser humano não pode se dissociar. É base da liberdade, da justiça e da paz (SILVA, 2007, p. 163).

Trata-se de condição inerente a toda e qualquer pessoa. Logo em seu primeiro artigo, dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. A dignidade é, pois, condição que iguala todas as pessoas, sem distinção de qualquer natureza.

Em linhas resumidas, SARLET assim traduziu o conceito:

Qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (2015, p. 51).

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida como a Constituição Cidadã por ser o marco da redemocratização do país, incorporou o texto internacional e assumiu a dignidade humana como fundamento da República (artigo 1º, III). Para SILVA, “quando o art. 1º põe a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos faz uma proclamação de valor universal (...) abrangente do ser humano”. (2007, p. 193).

Ainda, segundo PIOVAN, a partir da atual Constituição “os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil”. (2012, p. 80).

A dignidade da pessoa humana é, sobretudo, base axiológica para compreensão de todos os direitos e garantias fundamentais existentes no ordenamento.

3. Da proibição de penas cruéis

Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Assim dispõe o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1984.

Em consonância, a Constituição Brasileira elenca como direito fundamental a todo ser humano a proibição de tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III). Do mesmo modo, veda

a existência de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de característica cruel (artigo 5º, XLVI, “e”). Mais do que isso, determina ao legislador as condições de inafiançabilidade e de impossibilidade de graça ou anistia aos casos de prática de tortura (artigo 5º, XLIII). Os mandados constitucionais atingem todas as pessoas físicas, sem distinção, em respeito ao princípio da isonomia e da igualdade.¹⁷

No tocante a pessoas presas, em específico, a Constituição da República previu de forma expressa o respeito à sua integridade física e moral (artigo 5º, XLIX). “A vida humana”, afirma José Afonso da Silva, “não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais”. (SILVA, 2007, p. 201).

Tem-se, portanto, a nível universal e também pátrio, a proteção do ser humano contra arbítrios punitivos, penas bárbaras e qualquer tipo de condição que reduza sua condição humana.

De fato, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui marco histórico na consolidação desses direitos, bem o seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988, especialmente pelo contexto de transição de um regime ditatorial. Contudo, a realidade brasileira demonstra que as previsões nos referidos Diplomas não foram o suficiente para coibir práticas cruéis e desumanas, especialmente no tocante aos dispositivos aqui tratados. A dignidade humana parece ser privilégio de alguns e sonho distante de outros.

4. Apesar da Declaração... Ser humano nos presídios brasileiros

O sistema prisional brasileiro é, sabidamente, local de inúmeras violações de direitos fundamentais. Frequentemente, notícias sobre violência nas prisões, falta de atendimento básico de saúde e higiene e falta de condições básicas e mínimas de vivência digna são denunciadas por alguns meios de comunicação, palestras, relatórios etc.

17 Sobre o tema, importa destacar a Constituição Federal distingue a condição de estrangeiros residentes e não residentes no país. Sobre o tema, SILVA entende se tratar de direito subjetivo que só abrange os destinatários da norma positiva, destacando, no entanto, a existência de outras normas jurídicas que tutelam os não residentes em território pátrio, (SILVA, 2007, pp. 192/193).

Na internet, basta um clique para se deparar com manchetes como as que seguem: “Entidades denunciam ‘barbárie’ em presídios brasileiros à OEA”¹⁸, “Com tortura e superlotação, unidades brasileiras para jovens infratores chocam órgãos internacionais”¹⁹, “ONU descreve como cruel, desumano e degradante o sistema prisional brasileiro”²⁰, entre outras. Cenas de violência entre os presidiários ganham destaque na grande mídia; brigas e rebeliões em presídios são manchetes certas, como “Detentos foram esquartejados e decapitados em briga de facções em presídio de Manaus”²¹.

Em 2017, foi divulgado pelo Institute for Criminal Policy Research (ICPR) relatório²² que analisa padrões de aprisionamento em dez países, divididos entre todos os continentes, incluído o Brasil.²³ Com relação a este, destacou-se, dentre outros fatores, a herança deixada pela ditadura militar de ausência de proteção a direitos humanos que persiste ainda com o retorno da democracia, a corrupção e ineficiência como marcas do sistema de justiça, a presença de facções criminosas nos estabelecimentos penais e o uso excessivo de prisões provisórias. Especial atenção foi dada à legislação de drogas vigente, responsável por um aumento significativo na taxa de encarceramento.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de se tratar o sistema carcerário do país de Estado de Coisas Inconstitucio-

18 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/03/23/entidades-denunciam-barbarie-em-presidios-brasileiros-a-oea.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

19 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/06/20/tortura-e-superlotaacao-brasil-reproduz-presidios-em-unidades-para-jovens-e-vira-reu-internacional.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

20 Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoes-do-brasil.html> Acesso em: 20 mar. 2019.

21 Fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/detentos-foram-esquartejados-decapitados-em-briga-de-faccoes-em-presidio-de-manaus-20720844> Acesso em: 20 mar. 2019.

22 Prison: Evidence of its use and over-use from around the world. Institute for Criminal Policy Research. Birkbeck, University of London, 2017. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global_imprisonment_web2c.pdf Acesso em: 20 mar. 2019.

23 O relatório analisou o padrão de aprisionamento nos seguintes países: Quênia e África do Sul na África, Brasil e Estados Unidos na América, Índia e Tailândia na Ásia, Inglaterra e País de Gales, Hungria e Holanda na Europa e Austrália na Oceania.

nal.²⁴ Na decisão histórica, constatou-se que, mais do que à privação de liberdade – pena legal e expressamente prevista no ordenamento pátrio – as pessoas são condenadas à privação de outros direitos básicos que não são – ou não deveriam ser – alcançados pela sentença. Citam-se a perda da integridade, da dignidade, direitos políticos, sociais e individuais e de qualquer perspectiva de “reinserção” na sociedade. As palavras do Ministro Luis Roberto Barroso são dignas de nota, pois revelam o desrespeito sistemático a Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário:

Esse quadro constitui grave afronta à Constituição Federal, envolvendo a violação a diversos direitos fundamentais dos presos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Dessa maneira, O Plenário do STF reconheceu que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros converteram-se em penas cruéis e desumanas, violando diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º da Constituição Federal), bem como tratados internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos).

Todo esse contexto de violação sistemática de direitos humanos coloca à prova a função reabilitadora atribuída à pena pelo ordenamento brasileiro (artigo 1º, Lei de Execuções Penais²⁵). Não é possível crer na

24 STF, RE 580.252/MS, j. em 06/05/2015.

25 Artigo 1º, Lei de execução penal: A execução penal tem por objetivo efetivar as dispo-

possibilidade de melhoramento de qualquer pessoa em face de situações degradantes e indignificantes:

É, assim, evidente que a invocação da finalidade reintegradora da execução penal se afigura irreal, haja vista a realidade desumana que se impõe: prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão, em colchões de espuma imundos ou sobre cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; o meio ambiente é insalubre; os doentes são misturados com os sadios; há ratos, insetos e até animais peçonhentos; não há água suficiente para o atendimento de todos; a rede de esgoto funciona mal, porque sobrecarregada; os programas educativos, recreativos e profissionalizantes quase inexistem e a falta de consideração da dignidade dos presos é notória. (BECHARA, 2010)

Vale dizer, no entanto, que o cenário não é exclusivo do Brasil. A violação sistêmica de direitos humanos das pessoas em custódia pode ser constatada nas mais diversas localidades globais. No clássico *Vigiar e Punir*, FOUCAULT faz importante crítica à instituição da prisão como um todo:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. (2010, p. 242).

No mesmo sentido, importante é a assertiva de SHECAIRA a respeito do sistema penal:

O sistema penal continua sendo uma máquina para produzir dor inutilmente. A execução da pena produz um meio de coação, de sofrimento, de dor moral e física para o condenado e sua família.

sições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

É estéril, pois não o transforma; ao contrário, é irracional porque destrói e aniquila o condenado. (2018, p. 311).

É justamente este cenário que legitima o poder punitivo do Estado que, no âmbito dos presídios, atua em uma das suas formas mais violentas. A violência estatal nos presídios aparece tanto enquanto ação, quanto como omissão. Violência policial, tortura institucionalizada são exemplos da primeira; noutro passo, ausência de prestação assistencial, exemplo da última.

A conclusão a que se chega é de que os presídios brasileiros constituem espécie de masmorra medieval, onde são cometidas as mais diversas atrocidades e seres humanos são tratados como objetos descartáveis que podem ser alojados em condições insalubres e sofrerem todo tipo de violência. Tamanha brutalidade é expressamente contrária à nossa Constituição Federal, à Declaração Universal dos Direitos Humanos e a outros Tratados Internacionais. O sistema prisional brasileiro é completamente antagônico e incompatível com a dignidade da pessoa humana.

4.1 Superpopulação carcerária e encarceramento em massa

O último levantamento feito pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, datado de 2016, constatou a existência de setecentas e vinte seis mil setecentas e doze pessoas privadas de suas liberdades no Brasil.²⁶ O Brasil atingiu a marca da terceira maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China.²⁷

O penúltimo relatório nesse sentido havia constatado um número de seiscentos e sete mil setecentos indivíduos privados de liberdade em instituições prisionais. À época, em 2014, havia um déficit de duzentas e trinta e uma mil e sessenta e duas vagas. A taxa de aprisionamento do país era de 306,22.

26 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016.

27 Conforme o relatório World Prison Population List (12th edition), Institute for Criminal Policy Research, nov. 2018.

Atualmente, ou seja, num intervalo de um ano e meio, existem 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes no país. 89% dos inclusos no sistema carcerário se encontram em unidades superlotadas. A taxa nacional de ocupação dos estabelecimentos é 197,4%, chegando a 484% no Estado do Amazonas.

Houve, em apenas 16 anos, um aumento absoluto de duzentas e trinta e duas mil quatrocentas e setenta e cinco pessoas presas, o equivalente a um crescimento de 147%, em menos de duas décadas. O crescimento da população prisional, no entanto, não acompanha o sentido contrário do ritmo de crescimento da população brasileira²⁸, mostrando-se completamente desproporcional. Uma das razões para tanto é certamente a criação de leis mais severas no tocante ao tempo de pena e na redução de benefícios de execução penal, como a lei de drogas de 2006, responsável por um aumento de 336% no encarceramento em apenas 10 anos.²⁹

A população prisional é composta, proporcionalmente, por pessoas que podem ser divididas pelas seguintes categorias. Com relação à idade: 18 a 24 anos – 30%; 25 a 29 anos – 25%; 30 a 34 anos – 19%; 35 a 45 anos – 19%; 46 a 60 anos – 7%; 61 a 70 anos – 1%. No tocante ao nível de escolaridade: Ensino Fundamental incompleto – 51%; Ensino Médio incompleto – 15%; Ensino Fundamental completo – 14%; Ensino Médio completo – 9%; Alfabetizado sem cursos regulares – 6%; Analfabeto – 4%; Ensino Superior incompleto – 1%. Com relação à identidade racial: 64% da totalidade de presos se identificam como negra.

A taxa de aprisionamento brasileira seria suficiente para constatar a indignidade das penas privativas de liberdade no país. Vale dizer que a taxa é distinta em cada Estado da Federação, havendo casos em que uma vaga que seria destinada a uma só pessoa é ocupada por mais de vinte outras. Contudo, a situação a que os presos são submetidos dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros agravam ainda mais o cenário calamitoso. No geral, falta prestação de assistência material mínima aos detentos, incluindo itens de higiene pessoal, limpeza, vestuário, alimentação, entre outros.

28 De 2013 para 2014, a população brasileira cresceu 0,86%. De 2014 para 2015, 0,83%. De 2015 para 2016, 0,8%. De 2016 para 2017, 0,77%. Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas - DPE, Coordenação de População e Indicadores Sociais - COPIS.

29 Fonte: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-traffic-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html> Acesso em: 20 mar. 2019.

O Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo propôs uma Ação Civil Pública contra a Fazenda Estadual pela ausência de assistência material aos presos da região do ABC. Na peça, é possível verificar um vasto levantamento feito pela instituição que constatou que o gasto médio mensal por preso foi de R\$2,00 (dois reais), o que deveria abranger produtos de vestuário, higiene pessoal e limpeza das celas e áreas comuns.³⁰

No relatório do Infopen de 2011, revelou-se que, no período de 1995 a 2010, o Governo Federal gastou 92% do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) em construção, ampliação e reformas de presídios. Apenas 3% da totalidade foram gastos em atividades de formação dos detentos e 5% em penas alternativas.

O que se constata é que o cenário de superpopulação dos presídios é, evidentemente, incompatível com a dignidade humana. O problema é ainda mais agravado quando se esmiúça outros dados, como se fará a seguir.

4.2 Saúde nos presídios brasileiros

Recentemente, foi divulgado relatório pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em que se constata a natureza das mortes de reclusos no sistema penal brasileiro. Ao contrário do que parece crer o imaginário coletivo, o número de mortes ocasionadas por doenças é muito maior que aquelas causadas por violência.

No ano de 2016, por exemplo, foram registradas no estado, 219 mortes naturais em presídios e 21 violentas.³¹ Entre as doenças, estão incluídas aquelas que, ao menos aqui, de fora das grades, são tratáveis: tuberculose, HIV e até sarna.

30 A Ação Civil Pública foi proposta em fevereiro de 2013 e está disponível em: < <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/ACP%20-%20Assist%20C3%AAncia%20material%20-%20ABC.doc> > Acesso em: 20 mar. 2019.

31 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencas-trataveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

A ingerência da máquina pública para com as pessoas levadas ao cárcere traz números alarmantes.³² Ainda sobre a prevalência de doenças encontradas no presídio em comparação com a população brasileira como um todo, tem-se o dado que 1.216 a cada cem mil estão infectados com o vírus da AIDS, ao passo que a prevalência na população brasileira é de 20 para cem mil. Isto é, um número 60 vezes maior entre os encarcerados.

No mesmo sentido, a tuberculose entre detentos do sistema penitenciário brasileiro atinge 941 pessoas a cada cem mil, enquanto na população brasileira a taxa é de 24 pessoas a cada cem mil. Ou seja, um número 38 vezes maior.

A Organização Ponte Jornalismo conseguiu, através da Lei de Acesso à Informação, dados semelhantes a respeito do estado de São Paulo.³³ Em 2014, no estado, 450 presos faleceram de morte natural e 12 mortes foram ocasionadas por violência. Já no primeiro semestre de 2015, foram 211 mortes naturais e 9 decorrentes de homicídio. Vale registrar que as últimas referências estatísticas de óbitos pela Secretaria de Administração do Estado datam de 2006.³⁴

Recentemente, a Organização das Nações Unidas no Brasil divulgou a precariedade dos serviços de saúde nos presídios brasileiros, destacando se tratar de caso de emergência de saúde pública e de direitos humanos.³⁵

4.3 Tortura nos presídios brasileiros

Muito embora exista previsão expressa no sentido de proibição de tortura na Constituição Brasileira e em diplomas legais internacionais que compõem nosso ordenamento, muitos são os casos de tortura contra pes-

32 Fonte: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira> Acesso em: 20 mar. 2019.

33 Fonte: <https://ponte.org/em-um-ano-e-meio-721-detentos-morreram-no-estado-de-sao-paulo/>

34 Fonte: <http://www.sap.sp.gov.br/common/dti/estatisticas.html> Acesso em: 20 mar. 2019.

35 Fonte: <https://nacoesunidas.org/tuberculose-nos-presidios-brasileiros-e-emergencia-de-saude-e-de-direitos-humanos-dizem-especialistas/> Acesso em: 20 mar. 2019.

soas encarceradas que chegam à tona (e tantos outros que provavelmente continuam às sombras).

A Pastoral Carcerária divulgou, em 2010, longo relatório sobre tortura em instituições prisionais.³⁶ A instituição possui um banco de dados alimentado desde 2006 com registros de casos de tortura e maus tratos contra custodiados.

A organização não governamental Conectas Direitos Humanos elaborou vasto relatório sobre o Presídio de Pedrinhas, palco de uma grande e muito noticiada rebelião em 2014, intitulado “Violação Continuada: dois anos da crise de Pedrinhas.” No primeiro capítulo, há amplos relatos de tortura e maus-tratos. Já no segundo, são reveladas as péssimas condições de higiene, alimentação e saúde dos encarcerados.³⁷ Comidas estragadas, ratos, baratas, lixo, sujeira, doenças e mortes fazem parte do cotidiano da penitenciária.

Humilhação coletiva, constrangimentos de mulheres grávidas, crianças e parentes, agressões, espancamentos, enforcamento e outros diversos tipos de brutalidade foram constatados no maior presídio do Rio Grande do Norte pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.³⁸ No Piauí, registrou-se que presos tiveram roupas rasgadas com facas e foram trancados em celas desnudos, além de terem sofrido agressões de policiais.³⁹ Em São Paulo, policiais são acusados de torturarem presos através do sufocamento com sacos cheios de fezes e urina durante uma inspeção de rotina.⁴⁰

36 Fonte: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/10/Relatorio_tortura_revisado1.pdf Acesso em: 20 mar. 2019.

37 Fonte: <http://www.conectas.org/pt/noticia/41572-higiene-alimentacao-e-saude> Acesso em: 20 mar. 2019.

38 Fonte: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/11/28/presidio-potiguar-tem-serissimas-semelhancas-com-praticas-de-tortura-realizadas-em-abu-ghraib-diz-relatorio.ghtml> Acesso em: 20 mar. 2019.

39 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/09/25/presos-tem-roupas-rasgadas-a-faca-ficam-nus-e-sao-torturados-dentro-de-presidio-no-piaui.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

40 Fonte: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/24/justica-apura-denuncia-de-tortura-de-presos-em-sacos-com-fezes-e-urina-em-penitenciaria-de-sp.htm> Acesso em: 20 mar. 2019.

Os casos são os mais variados e estão presentes por todo o território nacional. A tortura institucional de presos parece ser prática comum e reiterada pelo Brasil. A justificativa para tamanha indignidade, para SHECAIRA, é a existência de resquícios ainda vivos dos tempos ditatoriais.

E por que isso acontece? Basicamente porque as ditaduras latino-americanas não desmontaram o aparato repressivo constituído ao longo de décadas, com as devidas punições dos responsáveis por mortes e torturas. Entre nós, o caso é ainda mais grave, pois a nossa Lei de Anistia funcionou como uma verdadeira lei de ponto final. Passamos uma borracha sobre o passado, mas ele continua a assombrar o presente. E, fora de toda dúvida, o saber penal pouco sabe acerca da função da pena e se vale de múltiplas construções idealistas, com base na intuição, que não dão conta de explicar racionalmente o fenômeno. (SHECAIRA, 2017).

Em que pese os dispositivos legais no tocante à proibição de tortura, o direito à integridade física, psíquica e moral dos indivíduos privados de liberdade é constante e sistematicamente desrespeitado no Brasil.

4.4 Ser mulher nos presídios brasileiros

No tocante ao encarceramento feminino, em específico, o cenário é ainda mais precário. Se na sociedade livre a mulher ocupa espaço preferencial de vulnerabilidade, determinado pelas matrizes patriarcais, no interior dos presídios a estrutura desigual permanece. Uma vez encarceradas, o ciclo de violência continua, agora em uma nova face.

As mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, o que não raro é agravado por histórico de violência familiar, maternidade, nacionalidade, perda financeira, uso de drogas, entre outros fatores. A forma e os vínculos com que as mulheres estabelecem suas relações familiares, assim como o próprio envolvimento com o crime, apresentam-se, em geral, de maneira diferenciada quando comparado este quadro com a realidade dos homens privados de liberdade. (INFOPEN, 2014, p. 5).

Enquanto a população carcerária masculina aumentou em 220,20% no período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%.⁴¹ Da totalidade, 74% das mulheres presas no Brasil possuem, ao menos, um filho. De acordo com a quarta edição do relatório “World Female Imprisonment List”, o Brasil possui a quinta maior população encarcerada feminina do mundo.

O mesmo relatório nacional descreve que o sistema carcerário sequer possui a estrutura mínima necessária para o cumprimento adequado da pena por essas mulheres. Em 49% das unidades exclusivamente femininas do país não há cela ou dormitório adequados para gestantes, ao passo que, nas unidades mistas, em apenas 4% existem condições minimamente apropriadas para a maternidade. Os números caem um pouco com relação à existência de berçário, totalizando 48% e 86% de unidades ausentes, especificamente. Apenas 5% das unidades femininas possuem creche.

Com relação à saúde, o relatório constatou que mais de 5% da população carcerária feminina possui algum agravo transmissível. Dessas, 46,9% possuem o vírus do HIV, 35% possuem sífilis, 6,8% portam o vírus da hepatite e 4,8% o da tuberculose. Existem apenas 32 médicos ginecologistas para atender toda a população carcerária feminina do país, conforme BORGES (2018, p. 96). Segundo a autora,

Há várias formas de violência do mundo livre que também são reproduzidas no confinamento de modo agravado como características e padrões de violências psicológicas, físicas e domésticas. Negligência médica, negação de acesso ao controle reprodutivo e a remédios são alguns dos desrespeitos e violências a que são submetidas as mulheres encarceradas. (BORGES, 2018, p. 96).

Sobre as vulnerabilidades específicas da mulher presa, também escreve VOLTOLINI (2016, p. 66):

As violações dentro do sistema prisional se dão justamente no que é considerado normal. Principalmente quando se fala sobre mulheres, ainda por cima migrantes. Não receber medicação adequada. Esperar horas até poder parir, ainda que se esteja den-

41 INFOPEN Mulheres – Junho de 2014.

tro de um hospital. Ser vigiada enquanto dá à luz. Estar presa e estar sozinha. Ser julgada pela lei e pelas pessoas. Ser punida por ser uma mãe ruim, por não fazer escolhas que um juiz de classe média branco faria. Ser má porque teve filhos e não consegue criá-los, ser pior porque arrumou um meio considerado ilegal para criá-los.

O cárcere, mais do que reproduzir a lógica patriarcal da sociedade, agrava as vulnerabilidades da mulher.

5. Conclusão

Considerando a dignidade humana como pressuposto da condição de ser pessoa, sua violação consiste no mais grave atentado aos direitos humanos. Os detentos no Brasil são obrigados a viver com pouca ou nenhuma dignidade em ambientes totalmente degenerativos.

Para VALOIS, juiz de execução criminal e conhecedor da realidade carcerária brasileira,

Qualquer pessoa que entre em um cárcere brasileiro e veja um preso dormindo no chão, um esgoto a céu aberto, ratos, comida estragada, pessoas sem notícias de seus processos, presas há anos, qualquer desses desvios comuns ao cárcere, saberá que estamos longe de qualquer dignidade, quanto mais a dignidade humana. (2019, p. 49).

Frente ao caos evidenciado, políticas públicas de desencarceramento, tratamento humanizado, descriminalização de condutas e melhoria nas condições físicas e materiais dos presídios poderiam até ser a resposta óbvia para tudo isso. Até mesmo porque, “a dignidade da pessoa reclama que este [Estado] guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade.” (SARLET, 2015, p. 57).

Contudo, enquanto a atual política penal e penitenciária for interessante para as autoridades estatais, nos mais obscuros e possíveis motivos, recairemos sempre no mesmo isomorfismo reformista. Afinal, há mais

de 40 anos, FOUCAULT (2010) já anunciava o fracasso do sistema e a insistência reiterada neste mesmo projeto fracassado.

É necessário e urgente que o diploma mais importante para a efetivação dos direitos humanos, que aniversaria setenta anos, seja colocado em prática, ainda que tardiamente, para que a dignidade humana seja, de fato, atribuída a todas as pessoas, sem exceção.

6. Referências bibliográficas:

BATISTA, Vera Malaguti. Direitos (e) humanos no Brasil contemporâneo. *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n. 2, 2008. Disponível em: <<https://www.juragentium.org/topics/latina/pt/malaguti.htm>> Acesso em: 25 mar. 2019.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e direito penal: Limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo; PACCETTI, Eugênio. (Org.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 38 ed., 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tortura – 20 anos depois. Boletim do IBCCRIM, vol. 298, Setembro/2017.

VALOIS, Luís Carlos. Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VOLTOLINI, Ana Luiza. Nosotras. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2016.

WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. 2^a ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

A CRIMINALIZAÇÃO DAS MIGRAÇÕES E A EXTREMA DIREITA E O CONSERVADORISMO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Gabriel Martins Furquim

1. Introdução

Não seria exagero dizer que uma simples análise do atual contexto social e conjuntura brasileira demonstra a ascensão da extrema direita e do conservadorismo, de maneira a se imbricar na estrutura social a partir da ação de representantes, grupos, institutos, partidos, think tanks e assemelhados, estruturando ideias-forças que vão do tradicionalismo à xenofobia, não antes sem criticar os direitos humanos.

Tendo em visto isto, a hipótese a ser testada é que o processo de constituição de uma identificação social, formada por estas ideias-forças que se estruturam a partir das alterações promovidas pela expansão mundial do capital sob a égide neoliberal e suas crises de acumulação, seria umas das chaves para explicar a criminalização das migrações, também operada com base na posição de classe, pertencimento étnico, territorial e cultural.

Desta forma, segundo a proposição do presente artigo, isto explicaria uma das recentes influências no processo de criminalização dos movimentos migratórios no Brasil, lugar de migrações internas e internacionais cujos fatores determinantes são complexos.

Buscando compreender a complexidade do fenômeno e da relação entre conservadorismo e criminalização das migrações, utilizou-se de

levantamento bibliográfico a partir de material já elaborado, mormente artigos científicos contemporâneos, os quais, em uma razoável parcela, se valeram de diferentes métodos, isolados ou combinados, para fazer uma análise sistêmica e teórica como forma de testar a hipótese.

Para tanto, o texto foi estruturado em tópicos, relativamente independentes mas necessários para compreender a questão propostas, de maneira a expor o processo de criminalização sob o arnês de uma olhar crítico, radical e macroestrutural, para compreender, ainda que resumidamente, seu papel na formação social marcado pelo capitalismo. Em seguida, compreender a globalização como expansão mundial e reprodução ampliada do capital que, além de alterações econômicas, reestruturação da produção e das forças produtivas, circuitos de trocas e dos próprios estados, produziu alterações subjetivas, sociais, políticas e culturais significativas, das quais se estrutura a ascensão da consciência conservadora e de extrema direita. A partir destas aquisições, será possível analisar questões conceituais da extrema direita e perspectivas de sua sustentação, para compreender como isto se dá no contexto social brasileiro e sua relação com as migrações, que aquela visa, de algum modo, impedir ou neutralizar.

2. O processo de criminalização: uma explicação a partir da criminologia crítica

A criminologia crítica, influenciada pela abordagem marxista, tem como hipótese de que as formas de punição que conhecemos relacionam-se com modo de produção capitalista⁴², e objetiva analisar não o indivíduo criminalizado – sob uma perspectiva que entende o comportamento

42 Cf., CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*, p. 60-61. - 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981; CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito: La nueva forma del Holocausto?*, p. 171. Buenos Aires: Del Puerto, 1993; MELLOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e Fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI e XIX)*, p. 263. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006 (Pensamento Criminológico; v. 11). 2. Ed; MELOSSI, Dario. *A questão penal em O capital*, p. 124. Trad. NAVES, Márcio Bilharinho. In: *Margem Esquerda*, 4, p. 124-141; RUSCHE, Georg; DINWIDDIE, Gerda. *Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice*, p. 7. In: *Crime and Social Justice*, nº 10 (fall-winter 1978), p. 2-8; RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia (ICC), 2004, p. 20.

criminoso como existência de defeitos individuais dos sujeitos, naturais ou apreendidos (BARATTA, 2004, p. 21) –, mas, sim, o processo de criminalização que se insere num espaço social ampliado, que é marcado pelo conflito. Demanda, assim, uma análise das condições sociais, estruturais e econômicas (BATISTA, 2011, p. 19), sob os auspícios de decompor as funções que o sistema de justiça criminal desempenha no modo de produção capitalista (LARRAURI, 1992, p. 141).

Esta perspectiva, originada da crítica às formas tradicionais ou etiológicas de pensar criminologia, permite desenvolver a concepção de seletividade do direito penal (PAVARINI, 2012, p. 146 e 151), ou seja, não apenas como um sistema cujas funções são próprias do modo de produção capitalista e que promove a proteção seletiva de bens jurídicos, aquilo que a lei penal pretende proteger (a propriedade nos crimes patrimoniais, por exemplo), senão também como extremada penalização seletiva de sujeitos conforme a posição de classe (SANTOS, 1981, p. 151-152), “o pertencimento étnico ou status cívico e o local de residência” (WACQUANT, 2014, p. 156).

3. Globalização capitalista neoliberal

A despeito de poder inferir, com Wilhelm REICH, que o sujeito é portador de “elementos do pensamento e do sentimento fascistas” (1988, p. 11), não de forma contingente, mas sob as determinações da formação social, é justamente no processo de globalização capitalista neoliberal que se pode esboçar uma explicação para o fortalecimento do conservadorismo e da extrema direita (LÖWY, 2015), especialmente no cenário político brasileiro.

Não sendo decerto um desenvolvimento natural (CHESNAIS, 2001, p. 10), a ampliação do capital demanda a globalização ou mundialização das forças produtivas e das relações de produção, marcada, sobremaneira, pela dispersão geográfica e pelas mudanças quantitativas ou extensivas e qualitativas ou intensivas decorrentes, para que “o capital adquiria novas condições e possibilidades de reprodução” (IANNI, 2001, p. 53). De fato, o modo de produção cria e recria, como se fosse um verdadeiro moto-contínuo, as forças produtivas e as relações de produção, “seja pelo desenvolvimento extensivo como pelo intensivo” (IANNI, 2001, 178-179).

Significa isso reprodução ampliada do capital, em escala global, a sua mundialização e o seu descolamento dos subsistemas econômicos nacionais (IANNI, 2001, p. 68), ao mesmo tempo em que o “aparelho estatal (...) é levado a reorganizar-se (...) segundo as exigências do funcionamento mundial dos mercados, dos fluxos dos fatores da produção, das alianças estratégicas entre corporações” (IANNI, 2001, p. 59).

Justamente porque, conforme aponta BIDET (2008, p. 12), o capitalismo se desenvolve, em duas dimensões imbricadas em si mesmas, como estrutura de classe dentro de cada nação e como sistema do mundo entre as nações, ou seja, como estrutura e sistema.

O primeiro asseguraria a reprodução das relações sociais necessárias à reprodução do capital, com papel fundamental de abertura para que se opere a subordinação formal e real do capital em nível mundial (OSORIO, 2017, p. 73-75). Ressalta-se que isto seria marcado, em suma, pela “reprodução, Estado, classes sociais, suas frações e setores, outros agrupamentos sociais, como os étnicos e sexuais, e as particularidades que se apresentam nesses espaços de luta de classe” (OSORIO, 2015, p. 132).

O segundo, do sistema (do mundo, entre nações), seria “unificado pelas relações mercantis através das quais se realiza um metabolismo geral, intercâmbio de bens, de conhecimento e de cultura” (BIDET, 2004, p. 99). Esta mundialização, contudo, do capital não faz desaparecer os Estados (estruturas de classe) (CHESNAIS, 2001, p. 14); estrutura e sistema relacionam-se.

Aliás, segundo POULANTZAS, este processo de internacionalização do capital “não suprime e não abala os Estados nacionais”, mas estes, produzindo profundas transformações sociais, “encarregam-se eles próprios dos interesses do capital imperialista dominante no seu desenvolvimento no próprio seio da formação ‘nacional’, a saber, em sua interiorização complexa com a burguesia interior que ele domina” (1974, p. 78)

Assim sendo, tudo isto passa a ser dinamizado e organizado sob a determinação de reprodução em âmbito mundial (IANNI, 2001, p. 59), ou seja, esta “arquitetura tem principalmente por objetivo permitir a valorização em escala internacional de um capital [...] financeiro” (CHESNAIS, 2001, p. 13).

No entanto, este processo de ampliação do capital, em que se desenvolvem concentração e, simultaneamente, centralização do capital, é

desigual, contraditório e combinado, porquanto um processo não é homogêneo nem harmonioso (ORTIZ, 2009, p. 248), características estas assim explicadas por IANNI (1998, p. 29):

“Desigual”, devido aos desníveis e às irregularidades na realização das forças produtivas e das relações de produção. “Contraditório”, porque leva consigo tensões e atritos entre os subsistemas econômicos nacionais e regionais, enquanto províncias do sistema econômico global. E “combinado”, já que, a despeito das desigualdades de todos os tipos e das contradições também múltiplas, desenvolve-se em geral alguma forma de acomodação, associação, subordinação ou integração, nas quais os pólos dominantes ou mais dinâmicos subordinam, orientam ou administram os “emergentes”

Sob o arnês do neoliberalismo, o Estado privilegia determinações mundiais às questões erguidas internamente (IANNI, 2001, p. 131), modulando e adaptando as forças globais e nacionais (IANNI, 1988, p. 29), o que recria dependências e tensões, marcada pelo capital financeiro, isso é, pela centralidade do capital portador de juros (CASALINO, 2015, p. 290).

Justamente porque, o que tem maior importância é a competitividade, a desregulamentação, “pelo qual os entraves jurídicos à livre circulação interna e internacional do capital portador de juros foram quase que totalmente eliminados” (CASALINO, 2015, p. 291), privatização, redução da intervenção estatal na economia, dentre outras.

Significa isso que a reestruturação da produção a partir da transnacionalização dos circuitos de acumulação possibilitou a constituição de novas cadeias produtivas entrelaçadas por padrões globais de propriedade, de emprego e de distribuição, com introdução de novos processos de trabalho e com rearticulação do imperialismo, erigida na integração sistema (do mundo) e estrutura (de classe, Estado-nação). Também não se descarta o envolvimento da classe média que o neoliberalismo produziu, nela imbricando valores da classe dominante, o que foi de extrema importância para consolidação desse projeto (GALVÃO, 2008, p. 154).

Enfim, “a globalização é a forma do imperialismo e da reprodução global do capital na época neoliberal” (SAAD FILHO, 2015, 66).

Para compreender, por outro lado, que o neoliberalismo organiza não apenas políticas e atividades econômicas, é importante compreender que ele constitui, a partir de si, discursos e práticas sob os auspícios de expandir a lógica do capital (MESSENERG, 2017, p. 641), como pondera, de certa maneira, IANNI (1988, p. 29):

O neoliberalismo predomina e prevalece em um mundo organizado em moldes cada vez mais sistêmicos. São várias as articulações sistêmicas que organizam e dinamizam as atividades econômicas, políticas e culturais, ou sociais, que articulam e balizam as coisas, gentes e idéias.

A partir disso, pode-se inferir, como hipótese a ser melhor desenvolvida, que este processo, por um lado, faz com que os aparelhos ideológicos de Estado⁴³ se modifiquem, enquanto outros se constituem, os quais atuam para fixar as posições e as correspondentes práticas para a reprodução do capital em escala global sob a hegemonia neoliberal.

Simultaneamente a isso, os movimentos conservadores, aí incluídos até os de caráter fascista, recrudescem-se (MESSENERG, 2017, p. 643), ou seja, isto teria lastro nas transformações subjetivas provocadas pelo processo de mundialização do capital. Transformações subjetivas estas que perpassam pelas crises econômicas, as quais, em certo sentido e não apenas limitado a este aspecto econômico, têm beneficiado à extrema direita (LÖWY, 2015, p. 657), provavelmente porque a atenção se volta naquilo que pode ser o fator da crise (OSZLAK, 1994, p. 6).

Tudo isto, portanto, faz com que “ressurja nacionalidades marcadas pela (...) reafirmação de uma identidade nacional predominante, mas que se sente ameaçada” (ALMEIDA, 2016, p. 14). E isto acontece (com potencialidade de ascensão) da mesma maneira no contexto brasileiro, como será analisado no tópico subsequente.

43 A partir da teoria da ideologia formulada por ALTHUSSER (1978, p. 79-93), pode-se dizer, esquematicamente, que a ideologia, enquanto representação imaginária com as relações reais de existência – aquilo que interpela os indivíduos em sujeitos, fixando posições e práticas correspondentes para a reprodução social –, materializa-se em instituições, os aparelhos ideológicos de Estado (que operam predominantemente pela ideologia e, secundariamente, pela repressão). Estes, em conjunto com o aparelho repressivo de Estado, atuam na reprodução das relações de reprodução.

4. O conservadorismo e a extrema direita: alguns apontamentos

Sob um aspecto conceitual, embora corrente nos meios de comunicação e nalgumas pesquisas empíricas, a extrema direita, que tem ocupado o cenário político contemporâneo, mormente no Brasil, encontra-se em uma controvérsia acerca de seu próprio conceito, abarcando, por consequências, diversos vieses. Controvérsia essa que vem agravada, se não complementada, pela sustentação de uma relação com o fascismo, pois as narrativas – similares, de certa maneira – da extrema direita seria um “retorno do fascismo eterno adaptado aos tempos modernos, principalmente no que diz respeito aos tons diferencialistas, xenófobos e racistas do discurso anti-imigratório” (MARCHI; BRUNO, 2016).

Para tentar resolver esta problemática conceitual, em uma primeira ordem de consideração, é necessário obstaculizar leituras a partir das quais o fenômeno aqui proposto como extrema direita, enquanto estrutura de materialização de consciência conservadora, seria algo anormal dentro do funcionamento na formação social em que vivemos (BARBOSA, 2015, p. 369). Não se pretende, portando, designar uma anormalidade, um ponto fora da curva, mas um fenômeno intrínseco ao modo social.

A despeito disso, não seria exagero dizer que ela não se limita aos partidos políticos, estando também plasmada em movimentos sociais e subculturais – além de fundações, associações, institutos e grupos, que se articulam, no mais das vezes, nas redes sociais e outros meios, o que facilita a receptividade (SILVA et al, 2014, p. 441-442) –, assim como em think tanks⁴⁴, além de seu campo de forças – discursos e práticas – constituir subjetividades e identificações sociais. Em todo caso, não se trata de um fenômeno total-

44 Uma definição possível, sem excluir outras tantas, para think tanks pode ser o de instituições que visam debater a formulação de políticas públicas e econômicas ou, também, influenciar a difusão de discursos a partir da divulgação de seus resultados e da participação social, sob os auspícios de alterar concretamente um cenário. As think tanks, defendendo interesses de frações da burguesia, podem ser de direita ou ultraliberais, assim como se pautar pelo neoliberalismo e pelo conservadorismo, de maneira a influenciar políticas públicas conservadoras nas áreas de educação, previdência social, direito das minorias étnicas, migrações, dentre outras (cf. GROS, 2004, p. 143 e 156).

mente novo, como quer transmitir os termos nova extrema direita, onda conservadora, extrema direita pós-industrial ou pós-fascismo⁴⁵.

Como ressalta IASI (2015), cujo apontamento se aplica à análise da extrema direita, “conservadorismo que se apresenta na ação política de direita não é algo do passado que se apresenta anacronicamente no cenário de uma democracia, nem algo novo que brota do nada”. Significa isso que sempre esteve aí presente, porquanto decorre da própria dinâmica da luta de classes, marcada pela integração, incorporação, modificação, ajuste e alteração das exigências e reivindicações originados da vida social sob a determinação do capital (MARTUSCELLI, 2014, p.244), o qual “pode acomodar-se em todos os tipos de regimes políticos sem muito exame de consciência” (LÖWY, 2015, p. 659).

Uma possível definição de campo da direita – cuja conceituação é necessária antes de adentrar a extrema direita – pode se dar a partir de BOBBIO, traçada na obra *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política* (1995), para quem os ideais deste campo podem ser assim definidos:

o individualismo, a supremacia da propriedade privada e da livre iniciativa, a intuição, a primazia do sagrado, a valorização da ordem e da tradição, o elogio da nobreza e do heroísmo, a intolerância à diversidade étnica, cultural e sexual, o militarismo e a defesa da

45 Segundo LÖWY, o prefixo pós designa a passagem de uma época e uma ruptura na forma de pensar, o que não ocorre com o fascismo, pois ele “não é (foi) uma época, mas um modo de organização e uma ideologia política” (2015, p. 661). Similar crítica, por aproximação, se faz ao termo extrema direita pós-industrial ou nova extrema direita, usada para marcar oposição à uma extrema direita tradicional. No entanto, não houve ruptura e passagem histórica, como visto acima. Até porque, o termo pós-industrial parece designar, equivocadamente, uma possível ruptura com um período antecedente marcado pela produção industrial, enquanto o novo seria marcado pelo desenvolvido de serviços, com declínio da atividade industrial e deslocamento do poder do proprietário dos meios de produção para o profissional com conhecimento e portador de informação, ou seja, com papel fundamental da classe média profissional. No entanto, o que há aí é uma ampliação da universalização, da indiferenciação e da exploração do trabalho. E existe uma relação inter-relação entre mundo produtivo e setor de serviços sob o domínio do capital, visando sua reprodução ampliada (cf. ANTUNES; ALVES; 2004, p. 338 e 349). No mesmo sentido, critica-se a utilização do prefixo neo (neofascismo, por exemplo), pois poderia designar algo como sendo um fenômeno político novo.

segurança nacional, o crescimento econômico em detrimento da preservação ambiental e dos interesses imediatos dos trabalhadores, o anticomunismo e a identificação permanente com as classes superiores da sociedade (MESSENERG, 2017, p. 622).

Como mencionado alhures, o traço fundamental seria o conservadorismo, em torno do qual se articula a extrema direita, pois que constitui uma proposta de sociabilidade, combinando práticas, discursos espontâneos e doutrinários, tanto na esfera pública quanto na vida privada, “de soluções políticas e econômicas mas também de restauração moral, de racionalizações e afetos, princípios e estereótipos, fantasmas e preconceitos girando em torno ou nascendo em raio de uma obsessão identitária” (PIERUCCI, 1990, p. 10).

Nisto se pode alinhar, em certo sentido, a proposição de LÖWY de que o processo de mundialização do capital, que engendra transformações das mais diversas para ampliação do capital, como visto acima, particularmente uma homogeneização cultural, “produz e reproduz identity panics [pânicos de identidade], a obsessiva procura por fontes e raízes que leva a formas chauvinistas de religião, formas religiosas de nacionalismo, além de alimentar conflitos étnicos e confessionais” (2015, p. 656-657).

A extrema direita, malgrado sua diversidade⁴⁶, a sua ausência de contornos claros e não homogeneidade na prática política, tem um traço comum, justamente o nacionalismo chauvista, xenofobia, contrariedade a minorias, islamofobia, anticomunismo, medidas contra a insegurança (uma tendência law and order) – e nisso se implica o enfrentamento à imigração –, ampliação da repressão policial, aumento dos limites mínimo e máximo de pena, definição de novos crimes, fascínio ao neoliberalismo e com discursos que, de certa maneira, penetram na classe trabalhadora e na juventude (LÖWY, 2015, p. 653-654; MARCHI; BRUNO, 2016, p. 43; PIERUCCI, 1987, p. 27).

46 A despeito das diferentes posições, estas se relacionam, imbricando-se mutuamente, às vezes uma consumindo ou ocultado, ainda que temporariamente, a outra (PIERUCCI, 1987, p. 40). Como pontua PIERUCCI (1987, p. 37), “cada posição relativa no eixo pode desdobrar-se e subdividir-se; assim, é plural mesmo aquela direita que comumente se tem chamado de radical ou extrema, alvo principal de nossa busca”.

E isto se estrutura como uma defesa de uma identidade – escamoteando uma eventual relação com discursos supematista –, o que possibilita uma “margem de manobra maior (...), facilita a conquista do eleitorado junto dos competidores diretos e permite abordar mais facilmente assuntos delicados” (MARCHI; BRUNO, 2016, p. 43).

Ainda, a penetração na massa poderia se dar a partir do moralismo, em torno do qual se mobiliza mais facilmente se comparado as suas propostas econômicas e políticas (PIERUCCI, 1987, p. 43). É assim que “se (retro)alimenta das preocupações e fobias generalizadas que produzem os discursos da insegurança, da intolerância e da decadência” (PIERUCCI, 1987, p. 43).

5. A extrema direita brasileira e suas narrativas: apontamentos sobre a criminalização das migrações

As migrações são atravessadas de complexidades e vulnerabilidades, demandando uma leitura macroestrutural, e suas razões não são apenas econômicas, como também sociais, políticas e, até mesmo, como estratégia de sobrevivência. De todo modo, não são apenas uma escolha individual, mas um processo social que “se desenvolve num contexto social historicamente determinado” (BRUMES; SILVA, 2011, p. 127), como consequência do modo de produção capitalista (GEROLD-SCHEEPERS, 1978, p. 28).

Justamente por isso, pessoas de determinados fluxos migratórios poderiam ser objeto de criminalização como forma de impor as condições necessárias à reprodução do capital, especialmente pela produção de indivíduos (submissos, voluntariamente servís, disciplinados), ademais de ampliar a produtividade e à expansão física do capital (mundialização ou globalização do capital). E a seletividade penal destas pessoas ocorreria pelo fato de ser migrantes, estrutura de criminalização que se intensifica pelo campo da extrema direita.

A despeito do universo multidimensional – diferentes tonalidades – da consciência de extrema direita, pode-se decerto pesquisar e ter uma perspectiva das narrativas que a sustentam, e que são constituídas de ideias-forças que configuram campos semânticos, como pontua MESSENBURG (2017, p. 633) a partir dos estudos de PIERUCCI (1987 e 1990).

O diagnóstico, estruturado por PIERUCCI (1990), apontou, em resumo, a presença de causas anti-igualitárias radicais e soluções autoritárias. No entanto, o anticomunismo e o neoliberalismo não estavam plasmados na população em geral e, quando presentes, limitavam-se aos líderes ou chefes partidários. Estes dois últimos fatores passam a ser pautados contemporaneamente, ou seja, a extrema direita tem se estruturado em torno do anticomunismo e, em certa medida, do estado mínimo, da eficiência do mercado e da livre iniciativa (MESSENERG, 2017, p. 633).

Apesar da diversidade de ideias-força que podem constituir a extrema direita, optou-se em colher algumas em razão de sua relação com a criminalização, especialmente aquelas que dizem respeito aos fluxos migratórios.

Na década de 90, segundo este autor, estruturava-se uma fúria aos direitos humanos fundamentais, reduzindo-os, no mais das vezes, apenas a dimensão de proteção às pessoas submetidas a prisão ou levadas à barra da justiça criminal como acusadas por cometerem supostamente algum fato definido como crime. E tais pessoas, nesta perspectiva, seriam meramente inimigos ou, em outros termos, não merecedoras de direitos. Porque isto seria “direitos humanos dos bandidos”, como afirma uma pessoa (uma advogada da cidade de São Paulo) entrevista pelo sociólogo acima referido (1990, p. 28). Assim, uma ideia-força da década de 90 é aversão aos direitos humanos, exatamente no período em que começa a se completar seu processo de internacionalização.

Contudo, isto não se alterou na contemporaneidade. Na verdade, referida perspectiva agravou-se, especialmente com a crise global do capitalismo neoliberal dos anos 2007-2008, contexto este acompanhado pelo avanço conservador (DORNELLES, 2017, p. 156), ou seja, “as expressões da extrema-direita na atualidade encontram na crise estrutural de acumulação do capital sua base material” (SILVA et al, 2014, p. 440).

Assim, a ideia-força atual da extrema direita seria também um ódio exacerbado aos direitos humanos. Esta compreensão reducionista dos e contrária aos direitos humanos pode colaborar com o processo de criminalização marcada pela extremada seletividade penal. Até porque isto se relaciona com uma outra ideia-força da extrema direita, qual seja, superdimensionamento da violência e da criminalidade (MESSENERG, 2017, p. 633), mesclando-se com um sentimento de insegurança, contextos discursivos

sivos estes, do passado e do presente, que revelam o racismo e a xenofobia (PIERUCCI, 1987, p. 29 e 31). Estas se mesclam ao conservadorismo e à reafirmação “dos pilares da sociedade tradicional: a família, a religião e a nação” (MESSENERG, 2017, p. 637), oposição às cotas raciais e à meritocracia. Fenômeno esse assim analisado por PIERUCCI (1987, p. 37):

Quando o tradicionalismo e o convencionalismo se mesclam de xenofobia e agressividade excludente (de racismo, para dizer numa palavra), não há como não ver nesse engendrar de mentalidade aquilo que Gramsci chamou de *fenomeni morbosi*. [...] eles passam a procurar, nas camadas que lhes estão mais próximas [...] os bodes expiatórios em cima dos quais despejar ódios e ressentimentos.

Não atoa estas são outras ideias-forças que se dirige, não de forma exclusiva, contra as pessoas que migram buscando novas paragens ou como estratégia de sobrevivência (DORNELLES, 2017, p. 163). Não menos verdade é a conclusão de SILVA et al, a partir dos documentos e estatutos de grupos definidos como extrema direita, segunda a qual “identificam um outro como inimigo desses valores, em sua maioria comunistas, estrangeiros, imigrantes, negros e homossexuais” (2014, p. 442).

Ao negar garantias e direitos fundamentais que poderiam limitar o poder punitivo, além de afastar o reconhecimento de direitos das pessoas nas mais diversas situações de vulnerabilidade social e de ampliar o punitivismo, atinge-se os migrantes que são submetidos ao processo de criminalização. Essa noção de ilegalidade, com redução de direitos, um olhar enviesado como um problema – leia-se correlação migração e insegurança – e a ausência de reconhecimento do outro enquanto pessoa, favorece também este processo⁴⁷. Em termos aplicados ao contexto das migrações, existe uma relação entre a ausência de status legal e a sujeição aos processos de criminalização dos migrantes (MELOSSI, 2012, p. 17).

47 A relação entre a ausência de status legal e a sujeição aos processos de criminalização dos migrantes, pode ser ainda notado em: MELOSSI, Dario. *The Processes of Criminalization of Migrants and the Borders of ‘Fortress Europe’*, p. 17. In: MCCULLOCH, Jude; PICKERING, Sharon (org.). *Borders and Crime: Pre-Crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalization*. New York: Palgrave Macmillan, 2012, p. 17-34. Ainda, cf. MELOSSI, Dario. *People on the Move: From the Countryside to the Factory/Prison*, p. 286.

Nesse sentido, quanto a este ideia-força de crítica aos direitos humanos, aponta DORNELLES (2017, p. 163):

A ideia de democracia e o respeito aos direitos humanos, que exigem reconhecer o outro diferente e a sua existência social e política, são abandonados e toda a diferença e dissensão se tornam uma ameaça ao pensamento autoritário dos segmentos ultraconservadores que passam a ocupar o espaço público.

Portanto, a despeito de contextos diversos, uma colocação de PIERUCCI ainda é contemporânea, com possibilidade de extensão, de maneira a não ser exagero dizer que atitudes discriminatórias contra determinados migrantes, baseadas nas ideias-forças precedentes (racismo, xenofobia, patriotismo, combate à criminalidade e à insegurança, populismo penal, aversão aos direitos humanos, à diferença e à diversidade etc.), demonstra, de certa maneira, “um triunfo cultural da extrema direita” (1987, p. 29). No entanto, isto coloca a necessidade de aprofundamento e de enfrentamento dessa problemática complexa.

6. Conclusão

As manifestações da extrema direita e sua receptividade no contexto social, especialmente no brasileiro, e marcado pelo processo de globalização visando a reprodução do capital sob o arnês do neoliberalismo, estruturam elementos que constituem uma das chaves de explicação da criminalização das migrações.

Tendo em vista que a criminologia crítica aponta uma análise das condições sociais, econômicas, estruturais e culturais para compreender o processo de criminalização e o sistema de justiça criminal, demonstrou-se que o processo de reprodução ampliada do capital produziu alterações subjetivas, sociais, políticas e culturais significativas, das quais emerge o conservadorismo e a extrema direita. Por sua vez, evidenciou-se que destes se origina forças – uma influência material e concreta, além de inconsciente – para mover o processo de criminalização das migrações e isto a partir das ideias-forças que os estrutura.

7. Bibliografia

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado. ALTHUSSER, Louis. Posições II. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.
- ANTUNES, Ricardo; ALVES, Giovanni. As mutações no mundo do trabalho na era da mundialização do capital. Educ. Soc., Campinas, vol. 25, n. 87, p. 335-351.
- BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídica penal. – 1 ed. – Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BARBOSA, Jeferson Rodrigues. Chauvinismo e extrema direita: crítica aos herdeiros do sigma [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2015.
- BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BIDET, J. A multidão perdida no império. In: Crítica Marxista, nº 19, Editora Revan, 2004
- BIDET, Jacques. A forma-mundo atual. In: GALVÃO, Andréia (ORG). Marxismo, capitalismo, socialismo. São Paulo: IFCH-Unicamp, 2008.
- BRUMES, Karla Rosário; SILVA, Márcia da. A migração sob diversos contextos. In: Bol. geogr., Maringá, v. 29, n. 1, p. 123-133, 2011
- CASALINO, Vinícius. Ideologia jurídica e capital portador de juros: apontamentos para estudos iniciais.. In: Kashiura Jr.; Akamine Jr.; Melo.. (Org.). Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas.. 1aed.São Paulo: Outras Expressões; Editorial Dobra., 2015, v. , p. 289-329
- CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito: La nueva forma del Holocausto?, Buenos Aires: Del Puerto, 1993.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. – 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981

- DORNELLES, JOÃO RICARDO W. Direitos humanos em tempos sombrios: barbárie, autoritarismo e fascismo do século XXIV Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos. Bauru, v. 5, n. 2, p. 153-168, jul./dez., 2017. (9)
- FURQUIM, Gabriel Martins. A Criminologia etiológica: fundamentos e explicações. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-criminologia-etiolologica-fundamentos-e-explicacoes>
- GEROLD-SCHEEPERS, Thérèse J. F. A.; BINSBERGEN N. M. J. Marxist and non-Marxist approaches to migration in tropical Africa. In: African Perspectives (Leiden), 1978, p. 21-35.
- GROS, Denise B. Institutos liberais, neoliberalismo e políticas públicas na nova república. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, 19, nº 54, fevereiro/2004.
- IANNI, Otavio. GLOBALIZAÇÃO E NEOLIBERALISMO. In: São Paulo em Perspectiva, 12 (2), 1998.
- IANNI, Otavio. Teorias da globalização – 9 ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. 228p
- LARRAURI. La herencia de la criminologia crítica. 2ª ed. – México: Ed. Siglo XXI Editores, S. A., 1992.
- LOWY, Michael. Conservadorismo e extrema-direita na Europa e no Brasil. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 124, p. 652-664, Dec. 2015. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000400652&lng=en&nrm=iso>.
- MARCHI, Riccardo; BRUNO, Guido. A extrema-direita europeia perante a crise dos refugiados. In: Relações Internacionais, junho: 2016, 50, pp. 39-56.
- MARTUSCELLI, Danilo Enrico. O Autoritarismo Civil no Brasil Pós-1988, p. 195-210. In: SILVA, Carla Luciana; CALIL, Gilberto Grassi; SILVA, Márcio Antônio Both da. Ditaduras e democracias: estudos sobre poder, hegemonia e regimes políticos no Brasil (1945-2914).

- MELLOSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI e XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento Criminológico; v. 11). 2. Ed.
- MELOSSI, Dario. A questão penal em O capital. Trad. NAVES, Márcio Bilharinho. In: Margem Esquerda, 4, p. 124-141;
- MELOSSI, Dario. The Processes of Criminalization of Migrants and the Borders of ‘Fortress Europe’. In: MCCULLOCH, Jude; PICKERING, Sharon (org.). Borders and Crime: Pre-Crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalization. New York: Palgrave Macmillan, 2012, p. 17-34.
- MESSEMBERG, Débora. A direita que saiu do armário: a cosmovisão dos formadores de opinião dos manifestantes de direita brasileiros. Revista Sociedade e Estado, Volume 32, Número 3, Setembro/Novembro 2017.
- ORTIZ, Renato. Globalização: notas sobre um debate. In: Sociedade e Estado, Brasília, v. 24, n. 1, p. 231-254, jan./abr. 2009
- OSORIO, Jaime. “Capitalismo, Estado y sistema mundial: contradicciones económicas y políticas”. Crítica Marxista. Campinas, n.44, 2017
- OSZLAK, Oscar. ESTADO Y SOCIEDAD: LAS NUEVAS FRONTERAS. In: Kliksberg Bernardo (comp.) (1994): El Rediseño del Perfil del Estado, Fondo de Cultura Económica, México.
- PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Curitiba: LedZe Editora, 2012.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. Tempo Social, v. 2, n. 2, p. 7-37, 1990.
- _____. As bases da nova direita. Novos Estudos Cebrap n. 19, p. 26-45, 1987.
- POULANTZAS, Nicos (1974). As classes sociais no capitalismo de hoje. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar.

- REICH, Wilhelm. *Psicologia de massa do fascismo*. 2. ed - São Paulo: Martins Fontes, 1988
- RUSCHE, Georg; DINWIDDIE, Gerda. Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice. In: *Crime and Social Justice*, nº 10 (fall-winter 1978), p. 2-8;
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia (ICC), 2004.
- SAAD-FILHO, Alfredo. (2015). *Neoliberalismo: Uma análise marxista*. *Neoliberalism: A Marxist Analysis*. *Marx e o Marxismo*.
- SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.
- SILVA, Adriana Brito da et al . *A extrema-direita na atualidade*. *Soc. Soc.*, São Paulo , n. 119, p. 407-445, Sept. 2014 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282014000300002&lng=en&nrm=iso>. access on 12 July 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-66282014000300002>.
- WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. *Tempo Social*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 139-164, dec. 2014. ISSN 1809-4554.

REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER A PARTIR DOS CONCEITOS SOBRE PRECONCEITO

Jesiane Marins

Luís Antônio Monteiro Campos

Karine Bastos Silva

Pedro de Abreu Monteiro Campos

A essência do preconceito é um prejulgamento negativo de um grupo e seus membros individuais. O preconceito nos predispõe contra uma pessoa com base apenas no fato de identificarmos a pessoa a um grupo determinado (Myers, 2000).

O preconceito é tão velho quanto a humanidade, e, por isso, de difícil erradicação. Existem exemplos que vão da Antiguidade romana – com o historiador Cornélio Tácito caracterizando, no livro que escreveu sobre então Germânia, os cheruscos de covardes e estultos; os suevos de sujos e preguiçosos e os fênos, de salteadores e miseráveis – até manifestações na internet, datadas do início dos anos noventa, na qual alemães foram retratados por americanos como extremamente pontuais e pouco amistosos, fanáticos por cerveja excessivamente conformados a regras, leis e regulamentos (Rodrigues, Assmar & Jablonski, 2000).

As crenças podem fazer parte dos componentes cognitivos dos preconceitos quando são desfavoráveis. (Nobre, E. ; Campos, L. A. M. ; Bonioli, D. ; Santos, K., 2018)

Segundo Aronson, Wilson e Akert (2002), além de ser generalizado, o preconceito é perigoso. A simples antipatia por uma grupo pode tor-

nar-se implacável e levar a ódio extremo, ao julgamento de seus membros como subumanos, e à tortura, ao assassinato ou o genocídio. Mas mesmo quando o assassinato ou o genocídio não são a culminação das opiniões preconceituosas, os alvos do preconceito sofrerão, ainda que de maneira menos dramática. Uma consequência quase inevitável da condição de alvo de preconceito implacável é a redução da auto-estima. Sendo que a auto-estima constitui um aspecto vital da vida de uma pessoa. Quem admitimos que somos é um determinante decisivo de como nos comportamos e de quem nos tornamos. A pessoa com baixa auto-estima concluirá, por definição, que não merece boa educação, um emprego digno, um parceiro romântico interessante e assim por diante. Por isso mesmo será, provavelmente, uma pessoa infeliz e fracassada do que a pessoa com auto-estima elevada. Em uma democracia, essa pessoa será também menos probabilidade de aproveitar as oportunidades que se oferecem.

A violência doméstica é um problema que afeta toda a sociedade e não somente mulheres e crianças que habitam lares assolados por esse crime. Esse ambiente é tão prejudicial ao longo prazo quanto ao curto prazo para a sociedade, onde as crianças e jovens formados nesses ambientes, no futuro irão reproduzir comportamentos agressivos em resposta aos conflitos diários de suas vidas, criando assim uma “epidemia” que se alastra por muitos na sociedade. A existência de diversas normativas internas e internacionais evidencia a urgência de se combater a violência doméstica, mobilizando todo o aparato da sociedade a seu favor.

Segundo dados do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento: Um em cada 5 dias de falta ao trabalho no mundo é causado pela violência sofrida pelas mulheres dentro de suas casas. A cada 5 anos, a mulher perde 1 ano de vida saudável se ela sofre violência doméstica. O estupro e a violência doméstica são causas importantes de incapacidade e morte de mulheres em idade produtiva. Na América Latina e Caribe, a violência doméstica atinge entre 25% a 50% das mulheres. (BRANCO e OLIVEIRA, 2005, p. 3).

As Delegacias e os órgãos de apoio prestam e desenvolvem trabalhos, na sua maioria, voltados às vítimas e pouco se preocupam em abordar as crenças, idéias e atitudes daqueles que agridem. A literatura também é escassa quando se tenta pesquisar e dissertar sobre a percepção do homem em relação ao ato de violentar.

Percebe e nota-se que o agressor é excluído desse fenômeno e apenas resta atenção à vítima, devido a sua fragilidade, sofrimento, carência e desamparo. Mas é preciso refletir que se esse agressor não tiver um espaço para expor suas inquietações, angústias e crenças acerca da violência, a probabilidade é muito maior que esse ato volte a acontecer, gerando assim novas vítimas na sociedade.

Abordar e prestar suporte a agredida são de suma importância, para que essa se sinta segura, apoiada e que seus pensamentos e idéias não sejam generalistas quanto a relação com o homem, estigmatizando todos como violentos. Mas é preciso deixar nossos próprios preconceitos e discriminações em relação ao agressor e abordá-lo, de forma que este mesmo consiga refletir sobre a crueldade desse ato e venha transformar suas ideias em comportamentos aceitos pela sociedade.

Excluir o agressor e deixá-lo a mercê dos seus próprios pensamentos e crenças é reforçar a ideia de repetir o ato, visto que a punição não tem valor reflexivo e construtivo, apenas de extinção. Se esse agressor usou pela primeira vez da violência física e foi punido, ele pode excluir esse tipo de violência da sua vida, mas pode lançar mão da psicológica, patrimonial e da sexual.

Sobre este debate, agressor e agredido, a mídia e os canais de comunicação tem produzido diversos materiais o que tem contribuído muito para que as escolas e as graduações debatam sobre o assunto. Portanto, nesta visão, de avaliar o que estudantes tem discutido e debatido sobre o tema “violência contra mulher”, que a presente pesquisa procura identificar as percepções de alunos de Psicologia em relação a este fenômeno social.

Segundo Penna et al (2004 apud Rabelo e Caldas Junior, 2007, p.971) “é recente a projeção do tema violência doméstica como fenômeno social no mundo acadêmico”. Ou seja, apesar deste fenômeno ser muito antigo, mas a discussão, talvez a democracia para se falar abertamente sobre este ato é algo dos tempos atuais.

Atos como agressão, morte e estupro contra mulheres podem ser considerados não comportamentos novos, mas algo que vem acontecendo há bastante tempo em países dos mais diferentes regimes econômicos e políticos. A violência contra a mulher é uma forma de agressão que persiste no tempo e se estende praticamente a todas as classes sociais, culturas e sociedade.

Na década de 1950, o ato de agredir mulheres foi nomeado de diversas formas, tais como: violência intrafamiliar, violência contra a mulher, violência doméstica. Na década de 90 esta nomenclatura mudou para violência de gênero. “A violência de gênero é considerada um problema de saúde pública, com repercussões físicas e mentais nas mulheres” (Rabello e Caldas Junior, 2007, p.971). Como muitas das vezes, este ato violento não chega até os profissionais de saúde, conseqüentemente, deixam de fazer parte das estatísticas.

A violência é um termo de múltiplos significados, e vem sendo utilizado para nomear desde as formas mais cruéis de tortura até as formas mais sutis que tem lugar no cotidiano da vida social, na família, nas empresas ou em instituições públicas. Mas como pode ser definido a violência contra a mulher? De acordo com Silva (2011) “na esfera jurídica, violência significa uma espécie de coação, ou forma de constrangimento, posto em prática para vencer a capacidade de resistência de outrem, ou a levar a executá-lo, mesmo contra a sua vontade. É igualmente, ato de força exercido contra as coisas, na intenção de violentá-las, devassá-las, ou delas se apossar”.

Pifani (2007) traz também a definição da Convenção de Belém do Pará deste ato violento contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado”. Quanto a esta definição, posteriormente, em 2006, a Lei Maria da Penha incorpora a esta definição a perspectiva de gênero e direitos humanos, temas já debatidos pela Organização das Nações Unidas, na década de 50, por meio da “Declaração Universal dos Direitos Humanos — que declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza”. (Pifani, 2007).

O conceito mais considerado nos dias atuais refere-se aquele trazido na Lei 11.340/2006, que no artigo 5º “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Portanto, a violência doméstica onde o homem agride a mulher fisicamente ou verbalmente ocorre por vários aspectos sociais e políticos dentro de uma determinada cultura. De acordo com Luchetti (2008, p. 9)

a violência contra a mulher, pode ocorrer em diversas classes sociais e que ela se expressa de várias formas.

Para amparar a mulher agredida foram criadas as “Delegacias especializadas no atendimento à mulher vítima de violência constituem uma política pública originalmente brasileira, implantada, em meados da década de 80, como resposta do poder público às reivindicações do movimento feminista no Brasil”. (Lima e Pita, 2007, p.03).

Em 1985, após o movimento feminista e luta pelo gênero que incluía diversas questões entre as quais, violência contra mulher, surge no âmbito da polícia civil, pelo então secretário Arnaldo Campana, o Centro Policial de Atendimento à Mulher – CEPAM, que se configuraria como um avanço na luta do movimento de mulheres pela DEAM, pois, apesar de não ter se constituído como uma delegacia especializada, encaminhava os registros ali realizados para as delegacias distritais. (Lima e Pita, 2007, p.6).

As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) tem sido uma política pública pioneira no Brasil no enfrentamento à violência contra a mulher que contém como característica uma porta de entrada das mulheres na rede de serviços, cumprindo o papel de investigar, apurar e tipificar os crimes de violência contra a mulher. As Defensorias Públicas da Mulher são uma política pública inovadora e recente, constituindo uma das formas de ampliar o acesso à Justiça e garantir às mulheres orientação jurídica adequada, bem como o acompanhamento de seus processos. (Pifani, 2007).

A violência doméstica é muito associada à figura de um parceiro afetivo, seja esposo, namorado ou ex-cônjuge, que motivado pelo sentimento de propriedade sobre a mulher, acaba agredindo-a. Porém, essa imagem não pode servir como regra, apesar de ser a mais recorrente. Para efeitos da LMP (Lei Maria da Penha- Lei nº 11.340/2006) a relação íntima de afeto não se restringe as relações amorosas e nem de parentesco. Em seu artigo 5º se tem a definição do que é violência doméstica e familiar, sendo qualquer ação ou omissão contra a mulher, baseada no gênero e que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, podendo ocorrer também dano moral ou patrimonial.

A Lei nº 11.340/2006 traz um reconhecimento do Estado, onde os papéis femininos e a privilegiada posição masculina tornam a mulher vulnerável, sendo mais exposta a violação dos seus direitos e garantias. A Lei

nº 11.340/2006 aponta em seu rol do artigo 5º, outras formas de violência, ou seja, não só aquelas visíveis no corpo, mas na vida por inteiro da mulher. No rol deste artigo, temos a violência psicológica, que se compreendem em um xingamento, humilhação, críticas constantes e severas, e desconsiderar sua opinião ou decisões, dentre tantos outros que entram na violência psicológica. A violência física, que é a mais aparente, pois deixa marcas, está compreendida no espancamento, empurrões, socos, tapas, mutilação de membros, cortes, queimaduras e demais formas de lesão. O forçamento para obter relações sexuais quando a mulher não deseja ou não esteja em condições de consentir e até mesmo força-la ao aborto, estão englobadas na violência sexual, dentre outras formas. A violência patrimonial está consubstanciada na retirada, controle e em dificultar o gozo de seu dinheiro, bem como, danificar objetos de sua estima e a sua retenção. Lembrando que a destruição de seus documentos pessoais e de seus instrumentos de trabalho também configura a violação patrimonial. Por fim, temos a violência moral, presente nos comentários ofensivos e ou humilhantes na presença de terceiros, bem como a exposição de sua vida íntima, inclusive nas redes sociais.

Isso tudo nos mostra a importância da Lei nº 11.340/2006, pois ela nos alerta que existem outros tipos de violência, às quais não a devida atenção, visto uma dormência por parte da sociedade, em achar que somente quando morre uma mulher é que se houve violência, ou quando é agredida e espancada. O vício está no ver, onde é preciso “ver” a violência. Como se as outras que muitas vezes são levadas como brincadeiras e, muitas vezes ocorrem dentro da residência da família, e isso dificulta sua divulgação, já que não fica visível a “olho nu”. A intervenção dentro desse ambiente de violência velada é imprescindível, para não se permitir que as mulheres sofram ad eterno, tendo suas vidas destruídas em posse de criminosos que a rodeiam em seu seio familiar.

A violência doméstica coloca em risco mais da metade da população do nosso país, cerca de 103,8 milhões de mulheres contabilizadas, portanto, é de uma gravidade enorme essa problemática, como mostra a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2013, IBGE. Dessa mesma maneira, o Mapa da Violência 2012: Homicídios de Mulheres no Brasil (WAISELFISZ, 2012) nos revela o alarmante número, onde, a cada três pessoas atendidas no SUS vítimas de violência doméstica ou sexual,

duas são mulheres, sendo que em 51,6% desses casos houve reincidência na prática da violência. Foram atendidas cerca de 70 mil mulheres em 2011 acometidas de violência, e em 71,8% dessas ocorrências foram no ambiente doméstico.

De acordo com o Ministério dos Direitos humanos, de janeiro a julho de 2018, o Ligue 180 registrou 27 feminicídios, 51 homicídios, 547 tentativas de feminicídios e 118 tentativas de homicídios. No mesmo período, os relatos de violência chegaram a 79.661, sendo os maiores números referentes à violência física (37.396) e violência psicológica (26.527). Entre os relatos de violência, 63.116 foram classificados como violência doméstica. Os dados abrangem cárcere privado, esporte sem assédio, homicídio, tráfico de pessoas, tráfico internacional de pessoas, tráfico interno de pessoas e as violências física, moral, obstétrica, patrimonial, psicológica e sexual. (MDH, 2018).

No mesmo sentido, nos revelou a pesquisa Violência e Assassinatos de mulheres (Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, 2013), que para 70% da população, a mulher é mais violada dentro de seu ambiente familiar do que nos outros espaços públicos do país. Se já não fosse o bastante, a pesquisa revelou que 54% conhecem uma mulher que já foi vítima de um parceiro e 56% conhecem um homem que já agrediu uma parceira, considerando ambos os sexos e todas as classes sociais. A violência passa a configurar a vida cotidiana das mulheres, é isso que nos mostra o Balanço 2014 do Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher (SPM-PR), onde 43% dos casos registrados em 2014, as agressões eram diárias, e semanalmente correspondem a 35%. Sem contar que muitos crimes desta monta não são denunciados ou chegam sequer a alguma autoridade, podendo alavancar esse número bem mais para cima. Não obstante, a pesquisa Violência e Assassinatos de Mulheres (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2013), constatou que somente 2% da população nunca ouviu falar da Lei 11.340/06, e que para 86%, as mulheres estão denunciando mais após a promulgação da LMP. Também concordam 86% que o crime de violência doméstica deve ser denunciado às autoridades, revelando apoio da população no combate a este crime.

Percebe-se o pouco debate no meio acadêmico desta tão necessária discussão e fica claro a necessidade que o mesmo venha a acontecer tanto do ponto de vítima da pessoa violentada como o do violentador. Este

debate se torna importante não apenas do ponto de vista teórico mas no sentido de uma maior compreensão deste fenômeno que assola toda a sociedade brasileira rompendo assim a naturalização deste fenômeno.

REFERÊNCIAS

AROSON,E; ROBIN,D;AKERT,R. Psicologia Social, São Paulo. Editora Gen,2000.

BRANCO, Vanessa Aparecida; BRANCO, Luiz Ronaldo Freitas. Os direitos humanos e a proteção da mulher. Monografia apresentada para Conclusão do Curso de Especialização em Direito. Faculdade Meridional, 2015.

BRASIL. Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. Femicídio: #InvisibilidadeMata. São Paulo, 2017.

LIMA, Lana Lage da Gama; PITA, Maria Victoria. Política Pública e Cultura: as delegacias especializadas de atendimento à mulher. VII Reunião de Antropologia Mercosul - VII RAM GT 34 - Políticas públicas e antropologia nas áreas de Direitos Humanos y Segurança Pública. 2007.

LUCHETTI, F.B. violência intrafamiliar: a criança, o adolescente e a mulher sob uma visão da realidade, 2009. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1643/1566>. Acesso dia 02 de Julho de 2011.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. MDH divulga dados sobre feminicídio. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres> Acesso dia 12 de Janeiro de 2019.

- MYERS, D. *Psicologia Social*. (10^a ed.) Porto Alegre. AMGH Editora Ltda, 2014.
- NOBRE, E. ; CAMPOS, L. A. M. ; BONIOLI, D. ; SANTOS, K. . Crenças de Idosos em Relação ao Estatuto do Idoso. *LEX HUMANA*, v. 10, p. 1-27, 2018
- PINAFI, T. . Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. *Histórica* (São Paulo. Online), v. abr, p. 3, 2007. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>. Acesso dia 03 de Agosto de 2011.
- RABELLO, Patrícia Moreira and CALDAS JUNIOR, Arnaldo de França. Violência contra a mulher, coesão familiar e drogas. *Rev. Saúde Pública* [online]. 2007, vol.41, n.6, pp. 970-978. ISSN 0034-8910.
- RODRIGUES, A; JABLONSKY, B; ASSMAR, E. *Psicologia Social*, Rio de Janeiro. Editora Vozes, 2000.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2012: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPP/PR, 2012. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso dia 10 de Dezembro de 2018.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil. 1^a edição. Brasília DF: Flacso, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018

NEUTRALIZAÇÃO DO EXCEDENTE: O ABANDONO DA FUNÇÃO DISCIPLINARIZADORA DO CÁRCERE NO PÓS-FORDISMO

Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini

1 INTRODUÇÃO

Michel Foucault é, certamente, um dos autores mais estudados na contemporaneidade. Algumas de suas análises são amplamente utilizadas pelas mais diversas áreas de pesquisa, ao passo que alguns dos conceitos pelo autor desenvolvidos mostram-se como vitais para compreensão de nossa realidade. Entre estes, destaca-se, para os fins do presente artigo, o exame que o autor efetua sobre o poder disciplinar existente em sua obra *Vigiar e Punir*. Nesta, cuja primeira publicação data de 1975, Michel Foucault desenvolve alguns conceitos que já vinham sendo esboçados há alguns anos: traz uma concepção sobre o poder, que não pode ser compreendido como algo de pertencimento a alguém, mas sim como objeto a ser estudado por meio das relações de poder; indica um desenvolvimento das ciências humanas em conjunto ao das formas de punição, tratando do abandono do suplício em passagem à privação da liberdade; caracteriza a disciplina, descrevendo minuciosamente os processos por meio dos quais pode ser exercida; mostra a prisão como um aparelho técnico-disciplinar que cumpre o projeto panóptico de Bentham, enquanto a punição guarda estrita relação com a estrutura social vigente.

Entretanto, após passados mais de 40 anos do lançamento de *Vigiar e Punir*, cabe questionar: permanece atual a análise de Michel Foucault acerca das prisões entendidas como aparelhos técnico-disciplinares? Pretendendo responder a tal pergunta, busca-se no presente artigo um diálogo com a obra *A Miséria Governada Através do Sistema Penal*, do criminólogo italiano Alessandro De Giorgi, na qual apresenta uma ampla discussão com a literatura foucaultiana, e, especialmente, com *Vigiar e Punir*. Mais especificamente, pode-se dizer que o foco de trabalho do presente artigo concentra-se em uma afirmação de Giorgi (2006, p. 102): contemporaneamente, “as práticas disciplinares abandonam certamente o cárcere.”

Na mesma senda de Michel Foucault, e, conseqüentemente, retomando o pensamento de Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004), já ao início de sua obra De Giorgi aborda a estrita relação existente entre as formas de controle social e o sistema de produção capitalista, deixando claro que, até aquele período por ele descrito como fordismo, apresentavam-se dispositivos de controle que visavam disciplinar os indivíduos para a lógica de produção capitalista. Entretanto, De Giorgi (2006, p. 82) identifica que, atualmente, apresentam-se estratégias que caracteriza como pós-disciplinares, voltadas ao governo do excesso pós-fordista, não mais persistindo a função de controle disciplinar do cárcere, tratando-se, assim, de um mero local para isolamento dos grupos de risco.

Logo, para compreensão dos argumentos expostos por Alessandro de Giorgi como indicativos da não persistência de um fim técnico-disciplinar do cárcere - tal como tratado por Michel Foucault -, inicialmente será exposta a construção argumentativa presente em *Vigiar e Punir*, tratando-se, especialmente, do papel da prisão como instituição disciplinar na qual se dará a sujeição dos corpos para que se tornem dóceis e úteis; ocorre no cárcere, desta forma, o adestramento dos indivíduos para lá enviados. Em seguida, faz-se uma exposição dos conceitos de Alessandro De Giorgi necessários para a compreensão de sua tese, posteriormente abordada, de abandono da prisão como técnica de correção, em amplo diálogo com os argumentos presentes em *Vigiar e Punir* anteriormente discutidos.

2 A PRISÃO COMO APARELHO TÉCNICO-DISCIPLINAR: BREVE ANÁLISE DO PENSAMENTO FOUCAULTIANO

É amplamente sabido que, por excelência, Michel Foucault trata das prisões na obra *Vigiar e Punir*, na qual demonstra a estrita relação existente entre o cárcere e o poder disciplinar exercido no interior de tal instituição. Na prisão, entendida pelo autor como um aparelho técnico-disciplinar, serão os prisioneiros submetidos a constante disciplinarização através de diversos mecanismos que, integrados, irão medir, controlar e corrigir os indivíduos com o suposto objetivo de, ao final, serem transformados para toda a vida, tornando-se úteis como consequência da função social da prisão. Entretanto, para total compreensão de tais pressupostos – bem como para que se possa avaliar as considerações de Alessandro De Giorgi sobre a concepção foucaultiana do cárcere –, deve-se atentar, inicialmente, aos pressupostos da análise de Michel Foucault sobre tal instituição, apresentados já ao início de *Vigiar e Punir*.

Desta forma, vê-se que Michel Foucault (1987, p. 23) indica que seu estudo obedece a quatro regras: a) a punição será tomada como uma função social complexa, não se pensando nesta somente através de um ponto de vista repressivo enquanto resposta a uma infração cometida, mas, por outro lado, considerando todos os efeitos a ela relacionados; b) atentar aos métodos punitivos sob a perspectiva da tática política, e não como mero resultado da imposição de uma norma, tomando-se, portanto, os demais processos políticos envolvidos; c) considerar a tecnologia do poder “no princípio tanto da humanização da penalidade quanto do conhecimento do homem”, ou seja, investigar um possível desenvolvimento conjunto das noções sobre penalidade e das ciências humanas; d) e, por fim, investigar se as alterações na justiça penal não representam uma forma de mudança sob a qual o próprio corpo é “investido pelas relações de poder.”

No que diz respeito à função social da punição, e, mais especificamente, do próprio cárcere, constata-se ao longo de *Vigiar e Punir* que, para Foucault, o corpo está em uma esfera política de atuação sobre ele, de modo que, através de instituições técnico-disciplinares (o cárcere, a fábrica e a escola, por exemplo) será modificado, dirigido, investido, sendo que, na senda do pensamento de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, tal

investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização econômica; é, numa boa proporção, como força de produção que o corpo é investido por relações de poder e de dominação; mas em compensação sua constituição como força de trabalho só é possível se ele está preso num sistema de sujeição (onde a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e submisso (FOUCAULT, 1987, p. 25).

A constituição do corpo enquanto força de trabalho, investido por relações de poder e dominação, dar-se-á através do exercício da disciplina. Esta, por sua vez, garantirá a sujeição dos indivíduos por meio de um processo técnico voltado a maximizar sua utilidade – conceito chave para compreensão do papel do cárcere no pensamento foucaultiano enquanto local de exercício do poder disciplinar. Desta forma, no âmbito de uma economia capitalista, a aplicação do poder disciplinar terá como precipuo fim a sujeição das forças e dos corpos para que atendam aquela lógica de funcionamento da estrutura social, adestrando-os ao papel que devem cumprir para maximização de sua utilidade social (FOUCAULT, 1987, p. 182-183).

Assim, especificamente acerca das disciplinas e na senda das considerações encimadas, para efetiva compreensão do papel do cárcere deve-se notar que as disciplinas serão os métodos através dos quais pode-se obter controle sobre a totalidade das operações do corpo, inserindo-o em uma relação de docilidade e utilidade; em outros termos, a disciplina será o meio através do qual controlam-se minuciosamente todos os processos do corpo, tratando-se de uma “anatomia política do detalhe”, que tornará o indivíduo a ela sujeito mais obediente e útil (FOUCAULT, 1987, p. 118-120). Portanto, a função do poder disciplinar é o adestramento de indivíduos que deverão ser moldados em atenção à estrutura social vigente, sempre em busca de sua maior utilidade; e, para o exercício de tal adestramento, Foucault indica a existência de determinados recursos que, integrados, cumprirão tal função: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora, e o exame. Por exemplo, acerca da vigilância hierárquica – não cabendo maiores considerações para os fins do presente artigo, mas visan-

do a melhor compreensão do que seriam os recursos para o adestramento -, afirma o autor que serão aplicadas diversas técnicas que “obrigam pelo jogo do olhar”. Ou seja, nas instituições disciplinares serão os indivíduos a elas submetidos incessantemente observados e registrados, conhecendo-se deles seus mínimos detalhes através de um olhar “perfeito do qual nada escapa”; trata-se, assim, de um meio de coerção pelo qual será exercido o poder, tal como se verifica nas fábricas modernas, visando a elevação da produção de seus operários – ou, em outros termos, buscando-se extrair sua maior utilidade (FOUCAULT, 1987, p. 146-147).

E, dentro desta lógica, onde se insere a prisão? Como visto, segundo Foucault (1987, p. 182-183) será a disciplina um processo técnico através do qual a força do corpo terá sua utilidade maximizada, de modo que, no âmbito de uma economia capitalista, será a prisão uma das instituições responsáveis pela submissão dos corpos.

Para o autor, a prisão moderna constitui-se dentro de um duplo processo de supressão do espetáculo e de anulação da dor. Os suplícios – existentes enquanto se consideravam os crimes como cometidos contra a figura do soberano, aplicando-se drásticos castigos diretamente sobre os corpos dos condenados – foram abandonados. A execução da pena foi aos poucos se desenvolvendo fora do sistema de justiça criminal, mostrando-se como um processo autônomo. O corpo dos condenados deixou de ser o fim último da punição, sobre o qual seria exercido o terrível sofrimento físico; entretanto, tornou-se um meio, um instrumento através do qual a intervenção penal poderia se dar através da privação da liberdade e imposição do trabalho obrigatório, mostrando-se o cumprimento da pena como mais civilizado diante de uma nova exigência de humanidade para a punição (FOUCAULT, 1987, p. 11-14).

Porém, como visto acima, o principal papel da prisão levantado por Foucault – e aquele de maior relevância para os fins do presente artigo – é o de que esta instituição se constitui como um aparelho técnico-disciplinar, cujo precípua fim é o de transformar os indivíduos para lá enviados, corrigindo-os em observância à estrutura social capitalista vigente. No âmbito do exercício do poder disciplinar, a prisão será um local no qual os indivíduos, sob contínua observação, serão distribuídos, classificados, estudados e treinados, para que de cada um deles se extraia o máximo conhecimento possível, o qual será revertido

em maior coerção e, portanto, maior exercício de poder disciplinar. Ainda, em referida instituição os internos terão o máximo de seu tempo retirado – o que indica o perfil econômico da pena dentro da lógica das sociedades capitalistas, posto que a prisão permite uma quantificação da punição de acordo com o tempo a ser retirado do condenado (FOUCAULT, 1987, p. 194-195).

Na prisão deverá a disciplina ser exercida intensamente sobre os indivíduos, examinando-os e avaliando-os profunda e constantemente, sempre se atentando à minúcia para controle total das atividades do corpo – tratando-se, nos termos de Foucault, de um “aparelho disciplinar exaustivo”. Para que se atinja este total controle sobre o corpo e, conseqüentemente, a desejada transformação dos indivíduos para que atendam à lógica econômica vigente, parte-se de alguns princípios para o exercício da técnica disciplinar: o primeiro deles é o isolamento, que não diz respeito somente aqueles que se encontram fora da instituição prisional, mas também entre os próprios prisioneiros que serão atomizados, assim evitando que entre eles se formem cumplicidades que poderiam infirmar o próprio exercício do poder disciplinar. Portanto, conforme demonstrado por Foucault (1987, p. 198), a pena, além de individual, deverá ser individualizante, impedindo a associação entre aqueles que estão em seu cumprimento.

Outro importante princípio é o do trabalho que deverá acompanhar o cumprimento da pena, podendo-se falar em trabalho penal, cujo objetivo é o de transformar o detento “em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade” (FOUCAULT, 1987, p. 202). No âmbito das sociedades industriais, o exercício do trabalho no cárcere cumprirá o importante papel de disciplinar o indivíduo para aquela estrutura social e econômica, modificando-o segundo as normas vigentes. Em outros termos, o trabalho no cárcere terá como função a submissão do indivíduo e sua adequação aos aparelhos de produção; a eventual remuneração não será forma de retribuição pelo produzido, mas um meio de correção moral para que se adeque à lógica industrial de trabalho e recebimento de salários, tornando-se, portanto, útil e dócil enquanto operário (FOUCAULT, 1987, p. 203-204).

Ademais, como último princípio, muito mais que uma justa retribuição pela infração cometida – ao exemplo daquelas ideias defendidas

por Kant e Hegel -, a extensão da pena deverá dizer respeito aquilo necessário para que o prisioneiro seja transformado em útil dentro da lógica anteriormente indicada. O que se pune, assim, não é o ato cometido pelo infrator, mas considera-se para a quantificação da punição o indivíduo a ser modificado, na medida que seja necessária para que se torne útil (FOUCAULT, 1987, p. 204-205).

Portanto, diante de tais considerações, vê-se que não se espera que a prisão se apresente como um mero local para aplicação da pena sobre o indivíduo-infrator, tratando-se, em realidade, de um local no qual, em razão da privação da liberdade e através da utilização de procedimentos disciplinares - como a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame -, busca-se o máximo de extração de conhecimentos sobre o prisioneiro, para que, ao final, encontre-se adestrado ao cumprimento de sua utilidade à sociedade.

Por fim, um importante ponto a ser destacado acerca da análise de Foucault sobre o cárcere é que as técnicas punitivas a serem aplicadas não dirão respeito à infração cometida pelo indivíduo, mas sim à sua vida. Para o autor, há uma substituição de figuras entre aquele encaminhado pelo sistema de justiça e aquele que se encontra inserido no cárcere: o primeiro, pela infração cometida, trata-se somente de um condenado; todavia, ao ser enviado à prisão torna-se um delinquente, caracterizado muito mais por sua vida que pelo ato cometido. Em razão dos mecanismos técnico-disciplinares que permitirão o total conhecimento do indivíduo-delinquente, inclusive com o conhecimento de sua biografia - aspecto amplamente destacado por Foucault, pois passa-se a considerar a existência de um criminoso mesmo antes da infração por ele cometida, havendo então uma relação entre os discursos penal e psiquiátrico para consideração de uma rede de causalidade, indicando-se sua periculosidade -, poderão as técnicas aplicadas serem ajustadas com o fim não de punir um ato, mas de modificar a vida do delinquente para que se adeque à estrutura social existente. Considera-se, portanto, o delinquente como alguém dotado de periculosidade, sobre o qual deverão incidir técnicas disciplinares voltadas a torna-lo útil para a sociedade, pela vida (FOUCAULT, 1987, p. 211-212).

3 A PRISÃO COMO NEUTRALIZAÇÃO: UMA NOVA TENDÊNCIA, PELO PENSAMENTO DE ALESSANDRO DE GIORGI

Se Foucault nos indica que dentro do modelo panóptico de prisão o indivíduo infrator condenado era tornado delinquente, sobre o qual, muito mais do que a mera aplicação de uma pena, seria dada uma reeducação - para uma mudança não daquele identificado como infrator que cometeu um ato criminoso, mas de sua vida, voltada à utilidade dentro da estrutura social -, pode-se dizer que, na lógica prisional atual (e, diga-se desde já, atuarial), transforma-se o cárcere em um mero local para depósito e isolamento de indivíduos tomados como inimigos - o excedente da atual lógica capitalista pós-fordista, nos termos de Alessandro De Giorgi.

A pena criminal possui funções declaradas pelo Estado, essencialmente girando em torno de ideais de ressocialização, reeducação, retribuição equivalente ao delito cometido e atemorização dos demais membros da sociedade, para que, observando o exemplar cumprimento da pena, não venham a delinquir. No entanto, conforme bem demonstrado por Michel Foucault em *Vigiar e Punir*, e na senda dos ensinamentos de Kirchheimer e Rusche ao final da década de 1930 em *Punição e Estrutura Social*, sabe-se que as funções manifestas da pena em muito se afastam de suas funções reais, sendo a punição sempre utilizada como meio de repressão sobre as classes marginalizadas, adaptando-se as consequências a serem suportadas pelo indivíduo delinquente em atenção às relações de produção vigentes. Neste caminho, indicam Kirchheimer e Rusche (2004, p. 103-104 e 127-146) como exemplo que - e aqui demonstrando as considerações levantadas na seção anterior sobre o pensamento de Michel Foucault acerca da punição e do cárcere - em razão da grande escassez de trabalho decorrente da Revolução Industrial, passou-se do objetivo de lucratividade das casas de correção para um mero meio de contenção da grande massa populacional pobre e marginalizada.

E, exatamente nesta senda, deve-se notar que a partir dos anos 1970, em um novo cenário de crescimento da mão de obra excedente, iniciou-se uma radical política de combate a inimigos declarados capitaneada pelos Estados Unidos, tendo, como seu maior exemplo, o fenômeno conhecido como Guerra às Drogas. Disto resultou um julgamento de indivíduos a

partir de noções pré-concebidas, de modo que, tratando-se de perigosos inimigos, sua periculosidade somente poderia ser contida através da neutralização (PAVARINI, 2012, p. 28). E, ainda que políticas de combate a inimigos tenham sido capitaneadas pelos Estados-Unidos, ampliando-se rapidamente entre os demais países tidos como desenvolvidos, deve-se notar que tais políticas da mesma forma se espalharam pelos países que, como o Brasil, desenvolveram-se em um contexto de “modernidade periférica”, nos quais “o consenso em torno do valor da igualdade, fontes de dignidade e do reconhecimento, nunca existiu” (CARVALHO, 2012, p. 119), importando-se do exterior, notadamente do modelo norte-americano, a gestão penal dos indesejados, reproduzindo em terras alheias o mesmo autoritarismo encontrado nos Estados Unidos (ZAFFARONI, 2007, p. 72).

Anos depois, os resultados da aplicação de tais políticas são bem conhecidos e sentidos: os sistemas prisionais encontram-se superlotados ao redor do mundo, em absoluto déficit de vagas; as condições às quais os apenados são submetidos nada mais simbolizam que uma total negativa aos direitos tomados como fundamentais a qualquer humano; e, diante das características daqueles enviados ao cárcere, sobre eles recairão três diferentes estigmas que contribuirão para sua morte social, conforme leciona Loïc Wacquant: de classe, por serem majoritariamente pobres; de raça, por serem majoritariamente negros – aos exemplos estadunidense e brasileiro, podendo-se falar na grande massa de imigrantes em um contexto europeu, como nos indica De Giorgi (2006, p. 96-97); e, por fim, de cunho moral, não tendo direito à cidadania por se tratarem de pessoas que violaram a lei (WACQUANT, 2007, p. 312).

Nessa toada, e aqui atentando-se diretamente ao pensamento de Alessandro De Giorgi, vê-se que a prática contemporânea de encarceramento poderia, à primeira vista, parecer como uma forma em continuidade do poder disciplinar descrito por Foucault em *Vigiar e Punir*; todavia, como destacado acima, entrou em cena em meados dos anos 1970, com a crise do Estado de Bem-Estar Social, uma forma neoliberal de repressão penal, caracterizada por uma racionalidade ligada ao conceito de risco, do qual algumas populações tomadas como inimigas são portadoras. Valendo-se do pensamento de Foucault, pode-se dizer que, através da aplicação de um poder gestacional (biopolítica) da criminalidade na sociedade con-

temporânea, com uma total separação da disciplinaridade, torna-se o cárcere mero local de armazenamento daquela população marcada pelo risco, que não se pode e nem se quer reduzir (GIORGI, 2006, p. 29 e 94-97). Entretanto, antes de adentrar especificamente no papel da prisão na contemporaneidade – questionando-se a permanência de seu papel como aparelho técnico-disciplinar, anteriormente indicado por Foucault –, alguns conceitos abordados por Alessandro De Giorgi devem ser esclarecidos.

Assim como Michel Foucault, Alessandro De Giorgi (2006, p. 39-46) parte das contribuições Georg Rusche e Otto Kirchheimer acerca da estrita relação existente entre as formas de controle social e a estrutura de produção vigente, tratando como proletariado fordista aqueles afetados pelo poder disciplinar nas sociedades industriais, tal como aquelas analisadas por Foucault. Entretanto, De Giorgi indica a entrada em um período pós-fordista após a falência do Estado de Bem-Estar Social, no qual estão se alterando as concepções sobre a utilização do poder disciplinar na sociedade. Aqui, importante ponto a ser destacado é que, ao tratar do período pós 1970, De Giorgi fala de tendências – o que explica a utilização do termo pós –, posto que se apresentam práticas atuais, mas que ainda não representam uma total ruptura do paradigma anteriormente existente; no caso ora analisado, apesar de se indicar uma nova relação entre controle e estrutura social, permanecem, em diversos casos, fortes estruturas do modelo industrial fordista. Portanto, referido autor aborda questões relativas a novas formas de trabalho e modos de produção que ainda se encontram em transformação, as quais, inclusive, tomaram o centro dos debates políticos ao longo dos anos 1990 (GIORGI, 2006, p. 63-64).

De toda forma, Alessandro De Giorgi nos indica o desaparecimento do modelo de fábrica em um momento de capital globalizado. Em brevíssima síntese, vê-se que se passou de um quadro de escassez de mão-de-obra para um cenário no qual o desemprego pode ser visto como estrutural, havendo, ainda, uma passagem da economia de produção para uma economia de informação – o que em muito reduz a quantidade de indivíduos que efetivamente satisfazem os requisitos necessários para que sejam empregados –, bem como a presença de uma força de trabalho global. Portanto, segundo o autor, este novo quadro mostra uma transição do fordismo ao pós-fordismo essencialmente caracterizada por uma passagem de um regime produtivo de carência – em razão do qual indivíduos

deveriam ser disciplinados -, para um regime produtivo de excesso - que torna necessária unicamente a sua contenção (GIORGI, 2006, p. 65-66).

Tal excesso, especificamente em seu viés negativo - uma vez que, ao tratar da passagem da economia de produção para a economia de informação, indica De Giorgi a existência de um excesso positivo -, é caracterizado por uma constante independência da força de trabalho diretamente utilizada nos processos produtivos, decorrente principalmente da constante introdução de novas tecnologias, dispensando, assim, a necessidade de trabalho vivo. Inexistindo espaço para diversos indivíduos nos processos de produção, apresentou-se, especialmente a partir dos anos 1980, um quadro de crescente desemprego e subempregos estruturais, junto a uma redução de acesso aos direitos sociais resultante da falência do welfare state. Neste ponto, vale destacar outra importante distinção feita por Alessandro De Giorgi entre os conceitos de trabalho e emprego: o emprego será aquele revestido de um conjunto de seguranças formais, através do quais dá-se aos indivíduos o acesso a uma série de direitos sociais reconhecidos; por sua vez, o trabalho diz respeito ao exercício de atividades muitas vezes ligadas à informalidade, através das quais poderá o indivíduo que as exerce obter alguma renda, mas encontrando-se desprovido de todas as garantias que o emprego formal lhe daria. Logo, diante de tal diferenciação, para De Giorgi o desemprego não diz respeito somente a um quadro de inatividade, mas devem ser reconhecidos no interior deste todos aqueles desprovidos das garantias sociais advindas do emprego, tratando-se, portanto, “como a margem de excesso da produtividade social em relação à separação artificial entre trabalho e emprego imposta pelo domínio capitalista à sociedade contemporânea” (GIORGI, 2006, p. 67-69).

Tomando em conta tal diferenciação, De Giorgi aponta para uma estrita relação com a passagem do regime de trabalho fordista para o pós-fordismo: enquanto no primeiro poderia se garantir acesso aos direitos de cidadania pela prática do trabalho - cabendo lembrar aqui a lição de Foucault apresentada na seção anterior, ao indicar que as instituições disciplinares visavam inculcar nos indivíduos uma relação social de trabalho, salário e utilidade à sociedade -, no pós-fordismo encontra-se um regime de excesso, posto que a realização de trabalho, por não se tratar de emprego, não trará ao indivíduo os mesmos direitos e garantias anteriormente

presentes, não mais se podendo falar em inclusão social decorrente do trabalho (GIORGI, 2006, p. 70). Em outros termos, aponta-se que

enquanto durante o período fordista era razoável afirmar que o desemprego, a exclusão social e a precariedade existencial eram a consequência de uma carência, de um déficit, de uma inadequação subjetiva dos indivíduos para com um sistema que, todavia, tinha condições de garantir, graças aos instrumentos políticos de mediação da relação entre economia e sociedade, inclusão e cidadania virtualmente universais, hoje isso não é mais possível. Aqueles instrumentos de mediação desmoronaram e não parece haver desequilíbrios sociais e carências subjetivas passíveis de serem supridas mediante a ação de dispositivos institucionais de disciplinamento da força de trabalho e de socialização da produção, nem muito menos excessos produtivos e surplus de força de trabalho a controlar (GIORGI, 2006, p. 70).

Diante de tais questões, deve-se notar que enquanto o sistema de produção capitalista, num âmbito industrial fordista, regia-se por uma constante carência de força de trabalho, tornando necessária a existência de dispositivos de controle social como o cárcere que moldassem os indivíduos para atender a tal realidade, em uma lógica pós-fordista, com excedente de força de trabalho, tais dispositivos mostram-se desnecessários. Inclusive, novamente referindo-se ao constante desenvolvimento de novas tecnologias implantadas nos processos de produção, deve-se considerar que até mesmo as relações de emprego existentes são permeadas pela insegurança, posto que, ao desenvolvimento de uma nova tecnologia, pode-se tornar desnecessária uma força de trabalho vivo até então útil (GIORGI, 2006, p. 78).

Restando esclarecidos tais conceitos que caracterizam o pós-fordismo abordado por Alessandro De Giorgi, pode-se pensar na tendência a ser assumida contemporaneamente pela prisão: em um quadro de excesso, não mais será necessária a funcionalidade do cárcere como aparelho técnico-disciplinar voltado à adequação de indivíduos à sua utilização na ordem econômica capitalista. Todavia, deve-se ressaltar que De Giorgi, mesmo afirmando que, certamente, o cárcere não mais cumpre o papel de apa-

relho técnico-disciplinar, indica que o atual controle social da multidão insere-se em outra forma de poder amplamente estudada por Foucault: no âmbito da biopolítica, revela-se a governamentabilidade, em razão da qual, pela utilização de diversas técnicas relacionadas a saberes sobre grupos específicos, será promovida a gestão de populações no interior de determinado território. Para De Giorgi, no exato sentido lecionado por Foucault, a racionalidade econômica capitalista, através da governamentabilidade, promoverá a regulação e ordenação das populações através da obtenção de conhecimentos específicos sobre estas, ao invés de se concentrar em um mero caráter proibitivo (GIORGI, 2006, p. 85-86).

Dentre as estratégias de governamentabilidade mencionadas por Foucault e, portanto, tratadas por De Giorgi para compreensão do papel do cárcere na sociedade contemporânea, encontra-se a política criminal. E esta, como já mencionado, funciona sob uma lógica de contenção de riscos, tratando-se de uma racionalidade atuarial e não disciplinar (GIORGI, 2006, p. 97). Em apertado resumo, pode-se falar que a política criminal atuarial é caracterizada pelo controle e gestão de determinados grupos sociais tomados como indesejáveis, ou, nos termos anteriormente abordados, como inimigos. Esta gestão se dá pela utilização de características do indivíduo – a ser investigado, acusado e, conseqüentemente, condenado –, as quais serão consideradas em relação a estatísticas criminais de outros indivíduos já anteriormente criminalizados, possuidores das mesmas características. Logo, em sua atuação, o sistema de justiça criminal agirá de maneira seletiva sobre aquelas pessoas que, principalmente por meio da estatística, representarão um maior risco (DIETER, 2012, p. 8-9). Assim, dentro de tal lógica de atuação, e considerando a substituição do regime de carência pelo de excesso, a função restante para a prisão será a de mero local para armazenamento dos indesejáveis, posto que portadores de risco. Entretanto, em sentido diverso do cárcere moderno – que, conforme abordado por Foucault, visava a transformação do indivíduo –, trata-se de um centro de estocagem de pessoas, desprovido da aplicação de técnicas disciplinares para sua modificação, saindo de referida instituição da mesma forma que adentraram: como pertencentes ao grupo portador de uma característica de risco (GIORGI, 2006, p. 98).

Neste quadro contemporâneo, mostra-se irrelevante o conhecimento minucioso do sujeito para obtenção do controle de todas as suas atividades

corporais; as tecnologias que antes pretendiam disciplinar foram substituídas pela estatística, indicando previamente as categorias de indivíduos que deverão ser selecionados e, então, ao menos pelo tempo estabelecido para privação de sua liberdade, neutralizados. Busca-se unicamente a contenção de riscos, ingressando em uma racionalidade gerencial de controle, que “substitui a regulação das forças sobre as quais se desenvolve pela redução ao mínimo das potencialidades que não controla” (GIORGI, 2006, p. 99). Portanto, não mais se verifica uma necessidade de adequação de indivíduos ao cumprimento de uma utilidade social, educando-os para o exercício de um papel de força produtiva dentro de uma economia industrial capitalista. Torna-se o cárcere um simples depósito, integrante de uma estratégia de gestão e contenção da força de trabalho excedente, na qual indivíduos, atingidos por discursos de inimizade, restarão afastados do meio social no qual poderiam buscar a construção de sua igualdade (GIORGI, 2006, p. 99-101).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando-se em conta as questões levantadas por Alessandro De Giorgi, quanto mais por sermos contemporâneos à realidade pelo autor descrita, vê-se que, efetivamente, o cárcere não pode mais ser compreendido como um aparelho técnico-disciplinar. As relações sociais existentes em muito modificaram-se após a análise das relações entre controle e estrutura social realizada por Michel Foucault. De forma alguma se está falando que aqueles indivíduos enviados ao cárcere não mais serão submetidos a procedimentos como a vigilância hierárquica, o exame, ou a sanção normalizadora; todavia, tais mecanismos não pretendem mais - segundo a lógica apontada por De Giorgi - adestrar os prisioneiros para a vida. Em um contexto pós-fordista, com amplo excedente de mão-de-obra, constantemente aumentada pelo desenvolvimento de novas tecnologias, restará o cárcere, pela aplicação da lógica atuarial, como um local de armazenamento dos indivíduos selecionados, posto que portadores de risco. Não se pretende e tampouco se necessita medir, controlar e corrigir indivíduos; o conhecimento sobre estes pouco interessa, assim como sua disciplina- rização para atendimento de uma carência que não persiste. Tudo que se espera de tais indivíduos é que permaneçam isolados do meio social.

Entretanto, apesar de os argumentos trazidos por Alessandro De Giorgi, ao efetuar sua análise das tendências pós-fordistas, aparentemente nos mostrarem que as concepções de Michel Foucault acerca da prisão como um aparelho de controle técnico-disciplinar não dão conta das relações existentes na contemporaneidade, evidenciam, por outro lado, a atualidade do pensador francês em outros dois aspectos: inicialmente, mantém-se viva a tradição de análise iniciada por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, amplamente trabalhada por Foucault em *Vigiar e Punir*, ao se considerar uma estrita ligação entre as formas de punição e a estrutura social vigente em determinado período. Ainda que no presente momento não mais se possa pensar no cárcere como uma instituição essencialmente disciplinar, através da qual determinados indivíduos serão adestrados para dar atendimento às necessidades de produção da economia capitalista, não se pode negar que, de toda forma, o papel atualmente exercido pela prisão reflete indiscutivelmente a estrutura social vigente: tal como ocorrido em mencionado exemplo de alteração do papel das casas de correção pela ausência de trabalho durante a Revolução Industrial, hodiernamente o cárcere reflete um contexto de desemprego estrutural, tornando-se a antiga instituição disciplinar um mero local de armazenamento, de passagem de tempo para determinados indivíduos destinados à neutralização.

Justamente neste ponto, revela-se outro aspecto de atualidade do pensamento foucaultiano: as políticas de lógica atuarial, por meio de justificativas pautadas principalmente na estatística, estabelecem uma forma de controle social que caracteriza a governamentabilidade, indicando quais indivíduos, por representarem o risco, deverão ser tomados como inimigos, selecionados pela justiça criminal e, então, neutralizados. E, conforme abordado por Alessandro de Giorgi, tais estratégias contemporâneas de política criminal somente podem ser compreendidas enquanto controles que se inserem no âmbito daquilo que Michel Foucault definiu como biopolítica – tema que, certamente, merece maiores considerações.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Vera Malaguti (Dir.). *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, ano 17, nº 19/20, p. 119, 1º e 2º semestre de 2002.

- DIETER, Mauricio Stegemann. Política Criminal Atuarial: A Criminologia do fim da história. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 8-9.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GIORGI, Alessandro de. A miséria governada através do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- KIRCHHEIMER, Otto; RUSCHE, Georg. Punição e estrutura social. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- PAVARINI, Massimo. Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança. Curitiba: LedZe, 2012.
- WACQUANT, Loïc. Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA

Tamires Isabel Mendonça Zambotto

Introdução

No presente artigo, conceitos de performatividade, inicialmente aplicados à identidade de gênero, são utilizados para discorrer a respeito do resultado do discurso na formação da identidade desviante; ou seja: a ilusão de uma essência humana que é classificada em uma dualidade que transita entre qualidades consideradas perversas, más ou boas, as quais têm origem no próprio discurso e na conseqüente performatividade que surge em seu encaixo; o indivíduo rotulado como criminoso em virtude de uma conduta dita patológica, não é mau por natureza e não deve, dessa forma, ser definido ou estratificado em função do etiquetamento que decorre do desvio em que incorreu.

O campo de atuação do modelo teórico englobado pela criminologia do conflito segundo Baratta (1997, pg. 57) “[...] adota o paradigma do etiquetamento ou da reação social e o desenvolve, tornando-o mais adequado à aplicação prática, ao mesmo tempo em que a finalidade do controle se estende às conseqüências.”, portanto, mantém o foco nas conseqüências do processo punitivo na conduta do ente desviante, não apenas nas causas do delito em si.

O presente trabalho se configura em uma tentativa de discorrer sobre assuntos concernentes à aplicabilidade do direito penal do inimigo e

seu *modus operandi* e ainda de que forma esses instrumentos ideológicos de punição são responsáveis por desconectar o sujeito de uma intrínseca dignidade que lhe é [ou deveria ser] inerente, pois esta é decorrente do simples fato de que os indivíduos a quem se aplicam as normas do direito pertencem todos, sem exceção, à condição humana. No item 1, são apresentados dois dos principais conceitos que definem princípios responsáveis por balizar as chamadas garantias fundamentais do homem e que possuem o dever de nortear a ação do direito enquanto instrumento de coerção e controle: a garantia fundamental de igualdade e o direito basilar da dignidade da pessoa humana.

No item de número 2, será introduzida uma breve conceituação aplicada ao direito penal do inimigo e uma descrição a respeito da maneira como os entes institucionais atuam e dele se utilizam para estabelecer a ordem por meio do uso de sucessivas neutralizações direcionadas ao indivíduo ou a um conjunto de sujeitos que ousem desafiar normas sociais em vigência dentro de determinado contexto social. É feita, ainda no referido item, uma explanação da divisão que ocorre dentro da aplicabilidade das normas de direito quando dirigidas à coerção de indivíduos selecionados de modo arbitrário e antiético, separados em duas categorias: uma de indivíduos considerados cidadãos, e outra categoria, de sujeitos classificados, pelos empreendedores morais como inadaptados, aos quais é permitido o tratamento de não-pessoa.

No subitem 2.1 são apresentadas as consequências da atuação das instituições de controle que se desdobram na persona de um sujeito, que, a partir desse momento, é encarado e tratado como se destituído estivesse de sua própria humanidade e como esse processo é crucial para a eficácia das políticas criminais que derivam do direito penal do inimigo. Aborda ainda as consequências de se considerar uma fictícia unicidade valorativa, de onde surge a legitimidade para punir os divergentes, considerados pelos detentores de poder como inimigos do Estado.

O último item apresenta ao leitor a conceituação de performatividade que deriva da atribuição de rótulo ao ente desviante e da qual decorre uma mudança na maneira como o próprio indivíduo caracterizado como criminoso se enxerga a partir de então e daí em diante passa a moldar o próprio devir; há ainda a análise das consequências da imposição de uma única moralidade e da caracterização do indivíduo desviante enquanto

ente patológico, que decorre dessa uniformização. Sob a perspectiva existencialista, o presente artigo aborda a ductibilidade da persona do indivíduo quando este é respeitado enquanto ser humano e compreendida sua capacidade de forjar o próprio devir, vindo a ser aquilo que se é efetivamente: sujeito, dotado da capacidade racional de escolha quando se lhe ofertem as devidas oportunidades.

Todos os outros gabam-se de tornar a humanidade feliz mudando ou suavizando a forma de açoite. Se eles gritam “abaixo a corda do cânhamo da força”, é para substituí-la pelo cordão de seda, aplicado no dorso. Sem açoite, sem coerção, de um modo ou de outro, sem o açoite do salário ou da fome, sem aquele do juiz ou do policial, sem aquele da punição sob uma forma ou outra, eles não podem conceber a sociedade. Só nós, ousamos afirmar que punição, polícia, juiz, salário e fome nunca foram, e jamais serão um elemento de progresso; e se há progresso sob um regime que reconhece esses instrumentos de coerção, esse progresso é conquistado contra esses instrumentos, e não por eles. (KROPOTKIN. P. O princípio anarquista. Pg 36)

1. Dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana

O conceito de dignidade da pessoa humana em Sarlet (2008) é caracterizado pela qualidade intrínseca que possuem os indivíduos da espécie humana, característica esta que tem a capacidade de garantir-lhes respeito que deve estar presentes nas relações de poder que ocorrem dentro da comunidade e em relação ao Estado; este último, possui o dever, ainda, de garantir a todos que estejam submetidos à sua tutela, condições mínimas para uma existência livre de quaisquer atos de natureza degradante. Sarlet (2005) aponta como objeto inequívoco de garantia, que, na vida humana como fim em si, existe independentemente de reconhecimento, e dessa dimensão retira a indisponibilidade da dignidade.

Correlato ao princípio mencionado se encontra outro norteador da atuação estatal: a igualdade; como explicita a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que, expressa em seu artigo primeiro, se encontra

a liberdade, a qual devem estar submetidos todos os seres humanos, que, uma vez concebidos devem ser considerados como detentores de dignidade e dos mesmos direitos fundamentais, sem distinção. O princípio de igualdade material tem a função de garantir que seja protegida a dignidade da pessoa humana, no sentido de equiparação de tratamento dentro do contexto social. Ambos princípios supracitados têm a responsabilidade nortear a atuação das instâncias de poder no que tange aos limites da jurisdição estatal em termos de coerção.

2. Do direito penal do inimigo

A coerção presente no caráter ideológico da política criminal é uma representação do instrumento de legitimação e reprodução da realidade vigente. A desconsideração de direitos humanos na atuação da política social de combate à criminalidade ocorre da seguinte maneira:

Após negligenciar um número de sujeitos vulneráveis, provenientes de grupos marginalizados ou ‘perigosos’, quando estava em jogo a segurança dos direitos desses grupos, a política criminal os reencontra como ‘objetos’ da política social. Objetos, mas não sujeitos, porque, também desta vez, a finalidade (subjéctiva) dos programas de ação não é a de garantir os seus direitos, e sim a de defender a segurança de suas vítimas potenciais. Para proteger essas pessoas ‘respeitáveis’ e não para propiciar aos sujeitos que se encontram socialmente em desvantagem em relação ao usufruto de seus direitos civis, económicos e sociais, a política social se transforma [...] em ‘prevenção social da criminalidade’. Sujeitos vulnerados ou vulneráveis, que sofrem lesões (atuais) de direitos por parte do Estado e da sociedade, como são as lesões aos direitos económicos, sociais e culturais (direitos fracos, como ensina a doutrina dos direitos fundamentais), transformam-se em infratores potenciais de direitos fortes de sujeitos socialmente mais protegidos.” (BARATTA, 1997, pg. 60)

De acordo com Carvalho (2013), o punitivismo e a repressão, que permeiam a atuação da esfera penal do Estado, ao invés de resguardar as garantias fundamentais da pessoa humana, tendem à dissolução da neces-

sária legalidade e consequente ofensa aos direitos humanos dos indivíduos que estão condicionados a essas relações de poder; a violência presente nas instituições do sistema de controle penal reproduzem a que está contida nas próprias relações sociais.

[...] a ação de controle do comportamento considerado anormal está eivada de violência simbólica a medida em que impõe uma classificação como certo ou errado a determinada ação, a qual, em si, não apresenta essa significação valorativa. Tal arbitrariedade objetiva a reprodução e a consequente manutenção dos interesses dos que detém poder, os quais se mantêm em posição de dominância através da imposição de significações ao constructo moral a partir de relações de força. (ZAMBOTTO, 2019)

O direito penal do inimigo traz consigo uma cisão entre direitos: de um lado o direito penal cuja aplicabilidade se estenderá ao indivíduo não caracterizado como desviante: o cidadão, estando sua atuação limitada pelos respectivos preceitos fundamentais; e um segundo direito penal, que tem por alvo aqueles cuja conduta destoa do constructo de moralidade ou legalidade de uma rede interacional. Este, dirigido aos indivíduos que têm se afastado do dever ser normativo, o que, para essa espécie de abordagem, significa que o sujeito desviante é desprovido de um mínimo de cognição para ser tratado como ser humano; e um primeiro, direcionado ao cidadão, que, ainda que viole determinada norma recebe a oportunidade de se redimir sendo punido, todavia mantido o status de cidadão perante o Estado.

A abstração de uma funcionalidade natural a caracterizar a sociedade dá margem à racionalização de um comportamento desviante como perturbador patológico de uma pretensa ordem inata; em consequência disso, surge a categorização, por meio da atribuição de estigma (Goffman, 2008) de sujeitos desviantes como adaptados ou inadaptados, são ou doentes, dado o desvio como disfuncionalidade.

Para Melossi (2006), a expansão do controle imposto através de sanção se dá objetivando a neutralização daquele indivíduo ou grupo que atua à margem da base valorativa estabelecida (Zambotto, 2019), tornando-se alvo da sanção disciplinar; desse modo, os costumes aos quais devem obe-

decer traduzem sua atitude ontológica, o que significa dizer: moldam sua autoconcepção e passam a defini-lo como Outsider (Becker, 2009), ainda que em caráter provisório, de modo a subverter o que o dever ser caracteriza como medida excepcional.

A sensação difusa de medo gera a reivindicação de segurança dos corpos e do patrimônio das elites contra pobres e excluídos, alvo preferencial da seletividade e estigmatização inerente ao sistema penal, cuja consequência é o aumento da criminalização, no âmbito primário, secundário e terciário, ou seja, na legislação, na ação policial de rua e na condenação e encarceramento em massa, aliados à banalização e aumento da prisão cautelar, bem como a redução dos direitos e das garantias das vítimas desse modelo. (ANDRADE, 2012)

2.1 Do sujeito visto e tratado como objeto

Em Zambotto (2019, pg 40) temos que a segunda metade do século XVIII deu gênese a uma técnica de emprego do poder que tem como objetivo o desviante enquanto ser vivo, e não mais se dirige ao homem dado como corpo, na tentativa de obter controle sobre uma multiplicidade subjetiva materializada por corpos individuais sujeitos à vigilância e punição; é dirigida a uma massa de corpos, ou seja: indo em direção ao homem enquanto categoria, o que Foucault nomeia: “biopolítica da espécie humana”.

A ação destas táticas se dá através da caracterização de estados de equilíbrio por meio de regulamentação, desse modo, criando uma definição de moralidade a partir da conceituação do que seria anormal, estabelecendo as diretrizes para um estado de normalidade. O uso demagógico do Direito Penal é transfigurado em um simulacro de adequada resposta à atitude desviante, cujo papel se encontra reduzido a uma reação simbólica, incapaz de efetivamente conter a criminalidade. (AMARAL, 2003, p. 155-156).

A abstração que dá margem ao discurso e às práticas arbitrárias do Estado é a abstração midiática de um direito à segurança, o qual, uma vez supervalorizado, é capaz de distorcer a realidade, de modo a permitir a

violação do direito à vida, à integridade física e a liberdade. Desse modo, a prevenção desempenha um papel mais eficiente na contenção da criminalidade, se comparada ao enrijecimento normativo do status quo.

Considerando a experiência internacional com políticas de segurança pública e as evidências encontradas pelas ciências sociais, pode-se afirmar que as inovações mais significativas introduzidas nessa área, nas últimas três décadas, foram aquelas que tornaram possível a redução do crime e da violência a partir de abordagens preventivas. [...] Com efeito, [...] não [se] pode mais sustentar a irresponsabilidade do rumo da política criminal, escolhido por [...] elites, que se estrutura a partir da promessa dissuasória a ser oferecida pela pena privativa da liberdade. O modelo de encarceramento em massa praticado contra os excluídos e marginalizados socialmente [...] nunca produziu os resultados prometidos por seus defensores. (ROLIM, 2007)

A eficácia da lei penal se encontra na transmissão de um simbolismo tranquilizador perante a opinião pública, o que significa dizer que não existe real neutralização de riscos, mas um trabalho de persuasão ideológica do corpo social por meio dessa coreografia punitivista. (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR. p. 631.)

Foucault (1976), delinea dois tipos de tecnologias, as quais através da atuação conjunta de ambas, se transfiguram as relações de poder, uma regulamentadora e outra disciplinar; esta é centrada no corpo que deve se tornar dócil por meio do emprego de disciplina; a primeira, concentrada na população, no conjunto de sujeitos, de modo a controlar prováveis ocorrências de desvio da norma e a compensar suas consequências, visando a segurança do meio social em relação aos indivíduos.

A diluição da humanidade do desviante enquanto sujeito de direitos, uma vez considerado responsável pela rescisão do contrato social e sua transformação em inimigo através do rotulamento (Tannenbaum, 1938) que acarreta sua submissão a tratamentos desumanos. Esse processo faz parte de um esquema de objetificação do sujeito inadaptado e da atitude desviante; representam efeitos da produção e reprodução de normas empregadas reiteradamente pela reação punitiva do poder institucionalizado

e dos membros da comunidade.

O processo de recodificação da identidade é crucial para que o cometimento do delito seja encarado como algo repugnante o agente visto como indisciplinado que necessita de reeducação para o convívio social; de modo que, em caso de cometimento futuro, este venha a ponderar os castigos antes de agir; processo este que se dá por meio da linguagem corriqueira, de modo a, estrategicamente, tornar invisível a qualidade rizomática do poder a circundar os sujeitos, deixando de transparecer o domínio de indivíduo por indivíduo, em vez disso, sendo percebido como uma reação de toda a rede social em relação a um; o discurso, então, será o principal motor da norma, mantendo a engrenagem recodificadora em constante movimento. (Zambotto, 2019, pg. 10)

2.2 A existência precede a essência: performatividade e devir

A lei, enquanto discurso moralizador positivado, apresenta características repressivas, bem como reprodutivas, quanto à autoconcepção do indivíduo estigmatizado em relação a seus próprios valores. A análise existencialista de Butler (1994) tece ferrenha crítica às conceituações emanadas por um discurso de cunho determinista capaz de exercer influência na persona e no devir do sujeito objetificado; eis o cerne da noção de performatividade, através da qual, a autora explica de que modo o vir a ser do sujeito se forma por meio do discurso.

A reivindicação, que parte do corpo social, da aplicação dos instrumentos punitivos, que ganha forma através do rótulo que o discurso imprime em relação ao agente estigmatizado, produz efeitos no modo como este se concebe enquanto indivíduo, dando margem a profundas mudanças na performance da persona delinquente, portanto, apresenta a linguagem efeitos que transcendem a figura do indivíduo. Para Foucault (1987) a punição permanece inscrita nos corpos dos prisioneiros de maneira a defini-los, reforçando sua persona; a ilusão de essência tem, dessa forma, origem no discurso e na performatividade. Em tradução livre:

Parto da premissa Foucaultiana de que o poder trabalha, em parte, através do discurso, produzindo e desestabilizando sujeitos. Po-

rém, quando se começa a refletir sobre como o discurso pode ser utilizado na produção do sujeito, é óbvio que se fala a respeito de certa figura de produção. É aí que se faz necessária a noção de performatividade. (Butler, 1994, pg 11)

Butler (1994) passa a definir a performatividade como um conjunto de ações significantes que possuem a capacidade de nortear as identidades desviantes, no sentido foucaultiano de que as instâncias de poder atuam, também, através do discurso na construção do vir a ser do indivíduo. A performatividade é capaz de delinear significações que recaem sobre o sujeito considerado desviante, reiterando que o papel desempenhado pela idealização de uma essência resulta em ações performativas eivadas de ressentimento, que culminam em reincidência delitiva. A norma, atuando como representação do discurso, é parte integrante de um aparelho opressivo, cuja atuação é responsável por uma gradual reconfiguração capaz de transcender a figura do indivíduo. A linguagem, analisada enquanto produtora da realidade social, atua através de processos regulatórios, como a imposição dos rótulos que caracterizam o estigma, a fim de reestabelecer e manter o status quo.

A performance da autoconcepção desviante ocorre proporcionalmente ao emprego de poder punitivo sobre o delinquente, permanecendo a identidade deste em constante metamorfose. Deve ser levada em conta, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, relativamente à ação repressora, a capacidade de reinvenção que possui o sujeito, ainda que esteja submetido aos instrumentos estigmatizantes de poder, de subverter a condição imposta, resignificando sua autoconcepção; a identidade considerada desviante nunca será fixa, o performativo pode sempre ser reconfigurado, de maneira que é sempre possível ao sujeito reincidente modificar o próprio devir, e é dever do Estado garantir que sua identidade não seja alvo das estratificações e tentativas de neutralização inerentes ao direito penal do inimigo.

Conclusão

Dizer que a sociedade é formada, de um lado, por cidadãos merecedores de proteção e de outro por inimigos, os quais estão sujeitos a estratificações

e a receber tratamento ímpar em virtude de serem considerados desviantes em potencial, é um nítido sintoma de retrocesso. A imposição de um rótulo irremediável, capaz de anular sua própria identidade, e em virtude dessa neutralização, condenar o que é humano a um tratamento que se encontra aquém de sua própria condição; tratar um ente dotado de consciência como um estranho irracional perante a comunidade é antiético, se não, monstruoso.

Não se deve desistir do homem, tomando como verdade o conceito de uma essência incorrigível, ou a posse de um defeito de caráter que torne quem incorreu em uma atitude desviante menos racional, se comparado àqueles que representam a fatia dos “bons cidadãos; todo ser humano tem o direito de ter suas garantias de dignidade e igualdade respeitadas e postas efetivamente em prática e é dever do Estado enquanto signatário do contrato social, fazer com que o pacto seja cumprido, de modo que essas conquistas que tomaram forma [e permanecem em constante lapidação] ao longo dos séculos, por meio de infindáveis lutas e reivindicações sejam consideradas inalienáveis, sem exceção, para todos e por todos.

Com o respectivo trabalho, conclui-se que as engrenagens segregacionistas que se irradiam a partir da atuação das instituições coercitivas do Direito Penal do Inimigo devem ser repudiadas enquanto instrumentos dotados de eficácia quanto à contenção da criminalidade. As reflexões sobre criminalidade devem estar alicerçadas pela busca de uma criminologia cautelar (Zaffaroni, 2012) que seja capaz de conter os instrumentos de poder punitivo que são braços do Estado, e ainda seja responsável por estimular medidas cujo objetivo seja o de prevenir a criminalidade, e não simplesmente apresentar a abordagem meramente punitivista de praxe, desse modo, caminhando, a passos ainda que curtos, em direção ao objetivo que se materializa em uma efetiva desconstrução do paradigma penal do inimigo.

Referências

- AMARAL, Claudio do Prado. Princípios penais: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003. 252 p. (Monografias, 24)
- ANDRADE, V. R. P. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia (ICC), 2012. p.164.

- BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política (1997)
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro. v. I. 4ª. Edição 2011, p. 631.
- BUTLER, Judith P. Gender as Performance: An Interview with Judith Butler, conducted by Peter Osborne and Lynne Segal. *Radical Philosophy*, 67: 32-9, 1994.
- CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013. p.227
- GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. – 4.ed, [reimpr.]. – Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- KROPOTKIN, P. O princípio anarquista e outros ensaios. Estudos libertários. São Paulo, 2007. Disponível em <https://www.anarquista.net/wp-content/uploads/2013/08/O-princ%C3%ADpio-anarquista-e-outros-ensaios-de-Piotr-Kropotkin-Livro.pdf?fbclid=IwAR-3Gof0tbH_YlNHyyimmZhFhzBBiWLK4s8NEGfHapPUZIik-ji-19GsxGUvR>
- MELOSSI, Dario ; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ROLIM, Marcos. Caminhos para a inovação em segurança pública no Brasil. *Revista do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP)*. Ano 1, edição 1. 2007. p. 40.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63
- Idem. [Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 45-46.

TANNENBAUM, Frank. *Crime and the Community*. Boston: Ginn and Co., 1938

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463

ZAMBOTTO, T. I. M. *Não se nasce monstro, torna-se: Uma análise criminológico-interacionista da obra Frankenstein, de Mary Shelley*, 2019. Pg 13

CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NA TELEVISÃO ABERTA NO BRASIL

Tatiana das Neves Swatek

1. Introdução

A criminologia midiática refere-se a um campo interdisciplinar de reflexão sobre a questão criminal que tem como base a análise dos papéis sociais desempenhados pelos meios de comunicação de massa. Interroga-se, portanto, a construção da realidade cotidiana em meio a uma sociedade da informação. Nessa perspectiva, é possível observar que os chamados “empresários morais”, apresentadores de programas cujo tema é a criminalidade, produzem seu próprio discurso conforme as diretrizes de cada veículo midiático, em especial, a televisão.

Assim, o tema proposto carrega enorme atualidade e possui enormes reflexos no cotidiano, principalmente nas percepções gerais sobre violência e segurança pública. Sob esse viés, a presente pesquisa pretende, por meio da análise do telejornal policial “Cidade Alerta” da Rede Record de Televisão, observar desde a criminologia como o trato midiático em matéria criminal intervém na sociedade brasileira pelos discursos dos empresários morais, violando direitos e garantias básicas dos suspeitos por eles utilizados.

Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica entre diversos autores e audiovisual, avaliando 1.019 vídeos de reportagens transmitidas no programa considerando-se o período de quatro meses, de dezembro de

2017 a março de 2018, sendo estudados dois aspectos do programa: os crimes veiculados e as violações midiáticas cometidas pelos empresários morais de acordo com a plataforma “Mídia sem violações de direitos” do Coletivo Intervezes. Assim, por fim, verificam-se os impactos da gestão midiática fomentada pelo programa de telejornal referido em matéria de reprodução de violências e violações de direitos humanos.

2. A criminologia midiática e os empresários morais

O estudo dos processos de criminalização e como o poder punitivo exerce suas mais variadas estratégias a partir da criminologia não se esgota apenas no meio acadêmico. Zaffaroni (2012, p. 3) ensina que criminologia também é posta em voga nos meios comuns da comunicação de massa, através dos discursos proferidos pela mídia. Sem qualquer relação de causalidade estrita, não obstante, constrói-se uma nova criminologia, que se poderia chamar de criminologia midiática.

Através de uma mídia sensacionalista, que exerce seu poder simbólico, constrói-se uma realidade paralela, sendo aceita pelo telespectador, devido à disseminação de violência e medo representados por esta “nova” realidade (BOURDIEU, 1997, p. 24-28). Percebe-se que atualmente, a criminologia midiática não assume compromisso com a fidelidade aos fatos, forjando uma espécie de uma política penal para a sociedade (ZAFFARONI, 2013, p. 195).

Por intermédio da criminologia midiática, o medo disseminado faz com que se crie ao menos a duas figuras centrais, a vítima-herói e o bode expiatório, protótipos do “bem” e “mal”, que perduram no discurso midiático como representações de um nós contra eles. O bode expiatório é o estereótipo dos marginais que necessitam ser neutralizados por serem um símbolo de violência, a ponto dos receptores das mensagens acharem que é ele quem causa todas nossas aflições. Já a vítima herói, seriam os “homens de bem” que foram vítimas de alguma barbárie impetrada por eles (ZAFFARONI, 2013, 194).

Cediço que a mídia possui um grande papel nas relações sociais no que tange aos processos de estigmatização e seletividade relacionadas à determinada estética, pois o controle social por ela exercido é altamente discriminatório e acaba por transformar a identidade social daqueles catalogados como

população criminosa (BARATTA, 2002, p. 179). Assim, naquilo que se poderia aproximar de uma dita criminologia midiática atravessa a construção social produto dos influxos transmitido midiaticamente, ao mesmo tempo, que ampara a própria visão da sociedade sobre a questão criminal, obtida naturalmente por intermédio dos mesmos meios de comunicação.

Quando se discute a criminologia midiática, é necessário entender quem são as figuras dotadas de poder simbólico que tem o condão de manipular conhecimento e informação de forma funcional e na velocidade da sociedade da informação.

De acordo com o entendimento de Bourdieu (1997, p. 65), os empresários morais são “pequenos diretores de consciência” com posição hierarquicamente superior na estrutura social da sociedade e por isso, detém poder simbólico. São eles que reproduzem uma moral tipicamente pequeno-burguesa dizendo sobre o que se deve pensar acerca dos problemas da sociedade (BOURDIEU, 1997, loc. cit.), além de serem fast thinkers. Essa última característica diz respeito à capacidade de estarem preparados para reproduzir tudo sobre qualquer assunto (BOUDIEU, 1997, p. 40). No mesmo sentido, para Howard Becker (2008, p. 161), o empreendedor moral (ou reformador cruzado) é aquele que deseja impor sua própria moral e respeito em face dos outsiders, tendo em vista supostas motivações humanitárias. Já, para Stanley Cohen, os empresários morais são aqueles responsáveis em difundir pânicos morais através da comunicação em massa (2011, p. xxviii-xxix).

A lógica por trás do conteúdo trazido nos discursos dos empresários morais se dá a partir da “pressão do campo econômico por intermédio do índice de audiência” (BOUDIEU, 1997, p. 77). A estruturação do conteúdo relaciona-se pelo interesse de obter maiores fatias do mercado e sucesso comercial (BOURDIEU, 1997, p. 79), assim, realiza-se um efeito peculiar de transformação das produções culturais em produtos comerciais, ao passo que a intelectualização de conteúdo faz perder rating (ZAFFARONI, 2013, p. 201).

Diante deste recorte preliminar proposto, portanto, faz-se necessário observar como tais estratégias podem ser empregadas em “tempo real”, sob a égide da interdisciplinaridade criminológica.

Para tanto, com as estatísticas televisivas em mãos, como faremos a seguir, pode-se adentrar com rigor na análise do caso concreto do programa

“Cidade Alerta” da Rede Record de Televisão (que a partir deste ponto abreviaremos para “CA”). E tendo como base a classificação de violações midiáticas da plataforma “Mídia sem violações de direitos” do Coletivo Intervezes, o conteúdo analisado no programa passou a envolver os crimes veiculados, as violações de direitos cometidas pelos empresários morais no mesmo (dando ênfase no segundo aspecto), bem como houve pesquisa de dados sobre a televisão no Brasil, que será explanada a seguir.

3. Composição e análise do programa Cidade Alerta da Rede Record de Televisão

A metodologia desta pesquisa foi uma revisão bibliográfica, de dados e audiovisual, relacionando-os entre si. Para a revisão bibliográfica buscou-se autores com relação ao tema, como explanado nos tópicos anteriores. Para a arrecadação de dados, nos baseamos nos ensinamentos de Bauer et. al. (2002, p. 44), sendo realizada a construção de um corpus⁴⁸ que se compreendeu em primeiro plano nos dados oficiais de plataformas como “Mídia Dados Brasil”, “Mídia sem Violações de Direitos”, entre outros, e em segundo momento, audiovisual em formato de vídeo-reportagens, bem como o texto empregado na comunicação das mesmas e comentários (discurso) dos empresários morais.

Preliminarmente, verificou-se que 97,1% dos domicílios no Brasil, nas áreas metropolitanas, possuem aparelho televisor⁴⁹, logo boa parte da população brasileira assiste televisão. Atualmente, no país, existem no total, 1.506 emissoras e retransmissoras comerciais de conteúdo⁵⁰, que são de propriedade de grandes grupos econômicos e concessionadas pela ANATEL.

A partir dessas informações, dentre as principais emissoras de televisão no Brasil, escolheu-se detalhar a composição da programação da Rede Record de Televisão, pois é o canal que dedica a maior porcentagem de sua programação aos gêneros de jornalismo e reportagem. Semanalmente, em

48 I.e., selecionar um tipo ou vários tipos de material (texto, imagem, áudio, etc..) para caracterizar o todo (BAUER, et. al., 2002, p. 44).

49 População e domicílios com TV – Áreas metropolitanas (Mídia Dados Brasil, 2017).

50 Número de emissoras comerciais por rede – Geradoras + Retransmissoras (Mídia Dados Brasil, 2017).

média, 65% da programação é composta por programas do gênero jornalístico⁵¹, sendo televisionando no total 11 programas dos gêneros jornalístico e de reportagem (REDE RECORD, 2018). Assim, concluiu-se que a emissora tem maior comprometimento com o jornalismo no dia a dia.

Dentre os programas de jornalismo e reportagem, o programa CA é considerado o carro chefe da Rede Record de Televisão, por conta de seu sucesso comercial e altos índices de audiência⁵². Além disso, é transmitido nacionalmente, sendo um dos programas de maior duração na grade comparado aos outros na emissora (180 minutos de programação de segunda a sexta e 120 minutos de exibição aos sábados).

Em suma, o programa, em um longo período no ar, se destina a trazer diversas reportagens de violência urbana e casos criminais, baseadas em Boletins de Ocorrência Policial⁵³, acrescentando a elas comentários subjetivos, sobre segurança pública, direito e políticas públicas, geralmente pronunciadas por seus apresentadores, personagens emblemáticos dos chamados empresários morais que comandam o programa – o apresentador Luiz Bacci e o comentarista Percival Souza.

No tocante à metodologia utilizada para a observação empírica do telejornal CA e proceder ao respectivo levantamento de dados foi realizada em duas etapas: 1) análise de conteúdo conforme a pesquisa quantitativa e qualitativa do audiovisual e texto, a partir da análise de reportagens em vídeo, transmitidas pelo site oficial do programa, e 2) análise de discursos, de maneira a se verificar como ocorre a manipulação midiática no programa (GILL, 2002, p. 249-255) e a partir disso, realizar uma crítica com os resultados obtidos.

51 Composição da Programação da Rede Record de Televisão (Mídia Dados Brasil, 2017).

52 O programa Cidade Alerta tem altos índices de audiência, chegando a apresentar 82% em audiência em janeiro de 2018, tendo uma média de 9.4 pontos na edição do dia 30 de janeiro de 2018 (MEDEIROS, 2018) e no mês seguinte, a edição de 14 de fevereiro de 2018 contou com 10,6 pontos na média e 15 pontos de pico (PECCOLI e 2, 2018).

53 A apuração dos fatos e a transformação do crime em notícia são realizados por seus realizadores de acordo com a perspectiva da vítima, testemunhas, familiares e delegados ou policiais que participam do caso, visto que o programa extrai suas notícias baseadas diretamente em boletins de ocorrência, sequer havendo maior investigação no momento da feitura da reportagem.

Para definir a amostragem foi realizado um recorte de quatro meses de programa, referente a 1º de dezembro de 2017 até 31 de março de 2018, visto que as circunstâncias do caso demandavam um espaço de tempo condizente ao um período em que os altos índices de audiência ali estivessem postos. Os vídeos averiguados foram exibidos ao vivo no programa, mas retirados do site Cidade Alerta (REDE RECORD, 2019)⁵⁴ e no total foram visualizadas 1.019 reportagens, de em média 5 a 7 minutos cada no período fixado.

A criação de um sistema de anotações em tabela foi fundamental para categorizar de forma precisa as duas principais informações com foram colhidas como vetores de análise: os crimes veiculados e as violações de direitos cometidas pelos empresários morais no programa em questão. Esse recorte já fora realizado anteriormente em pesquisa publicada pelo Coletivo Intervezes (2015) e partiu-se das mesmas ferramentas aplicada ao caso concreto, qual seja, à análise do programa no período fixado.

3.1. Principais crimes veiculados no programa.

Em síntese, para que fossem levantados os dados referentes a este subtópico, em um primeiro momento, elaborou-se uma lista com os seguintes ilícitos (englobando também aqueles de forma tentada, simples, qualificada etc.): estupro; furto; homicídio; latrocínio; lesão corporal/tentativa de homicídio; roubo; sequestro; tráfico de drogas; e outros⁵⁵.

Assim, no período compreendido entre dezembro de 2017 até março de 2018, verificou-se que, no total, foram veiculadas 1.019 notícias/reportagens, cada uma contendo um crime, de acordo com a Tabela 1, abaixo reproduzido.

54 As vídeo-reportagens foram escolhidas diante da dificuldade de encontrar os episódios na íntegra na internet, sendo os vídeos de cada reportagem do dia disponibilizados no banco de dados da página oficial na web do programa CA. Portanto, aduzimos que o levantamento de dados será contabilizado levando em consideração o número de vídeo-reportagens assistidas e não, necessariamente, dos programas na íntegra, já que se tem por base as reportagens nas quais o site permite o acesso, podendo haver outros que não sejam publicados, a fim de resguardá-los ao telespectador ao vivo.

55 Em “outros” considerou-se todos os delitos não catalogados anteriormente, como ameaça, cárcere privado, cobertura de ações policiais e do corpo de bombeiros, crimes contra a honra, desaparecimento de menores e adultos, desastres naturais, estelionato, suicídio e outros relacionados ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código de Trânsito Brasileiro (salvo se envolvia homicídio e lesão corporal/tentativa de homicídio).

Tabela 1 - Total do levantamento dos crimes veiculados no programa Cidade Alerta no período de dezembro de 2017 até março de 2018

Crime	dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	% dez	% jan	% fev	% mar	Total	%
Homicídio	90	98	103	137	45,00	42,42	37,32	43,91	428	42,00
Outros	28	45	48	71	14,00	19,48	17,39	22,76	192	18,84
Lesão corporal/Tentativa de homicídio	31	40	47	45	15,50	17,32	17,03	14,42	163	16,00
Roubo	15	8	24	18	7,50	3,46	8,70	5,77	65	6,38
Estupro	11	15	14	15	5,50	6,49	5,07	4,81	55	5,40
Latrocínio	6	9	19	11	3,00	3,90	6,88	3,53	45	4,42
Tráfico de drogas	10	10	15	10	5,00	4,33	5,43	3,21	45	4,42
Sequestro	6	3	3	4	3,00	1,30	1,09	1,28	16	1,57
Furto	3	3	3	1	1,50	1,30	1,09	0,32	10	0,98
Total	200	231	276	312					1019	

Obteve-se, então, o resultado de que 42% das notícias veicularam crimes relacionados a “homicídio”. Depois, em segundo e terceiro lugares, restaram 18,84% das notícias veiculando a categoria “outros” e 16% de notícias relacionadas à “lesão corporal/tentativa de homicídios”. Com relação a “roubo”, foram 6,38% das notícias; a “estupro”, 5,40% das notícias; a “latrocínio” e a “tráfico de drogas” 4,42% do total de notícias para cada; a “sequestro”, 1,57%; e, por fim, a “furto”, 0,98%.

Como o enfoque deste trabalho é discorrer acerca das violações de direitos, dar-se-á a conclusão que em um panorama geral, o telejornal tem como objetivo veicular notícias sobre crimes hediondos ou extremamente violentos, sendo a maior parte da programação composta por crimes de homicídio (geralmente feminicídios), lesão corporal/tentativa de homicídio, roubo, estupro (seguido de morte e estupro de vulnerável) e latrocínio, utiliza-se da tragédia como um produto, transmitindo a falsa ideia relativa aos pânicos morais.

Por conseguinte, a segunda etapa de análise do CA foi observar as violações de direitos cometidas midiaticamente, as quais foram explicitadas com enfoque constitucional a seguir.

3.2. Espécies e principais violações de direitos cometidas pelos empresários morais no programa Cidade Alerta no período de 1º de dezembro de 2017 até 31 de março de 2018.

Este estudo baseou-se na plataforma “Mídia Sem Violações de Direitos” (INTERVOZES, 2015). Desse modo, iremos discorrer, de forma sucinta, acerca das violações, incluindo suas definições e após porcentagem de violações cometidas no período estudado:

a) Desrespeito à presunção de inocência

A presunção de inocência, consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, ao inciso LVII (BRASIL, 1988), é uma das garantias constitucionais-penais mais importantes no ordenamento jurídico, tanto para o processo penal, quanto para o inquérito policial. A presunção de inocência, está ligada à estigmatização do réu pela exploração midiática do fato criminoso, vinculando-se às garantias de imagem e dignidade (LOPES JUNIOR, 2017, p. 95).

O desrespeito à presunção de inocência ocorre quando o comunicador “afirma que determinado indivíduo ou grupo de indivíduos cometeu um crime, com base apenas em boletim de ocorrência policial ou depoimentos de policiais” (INTERVOZES, 2015). A simples ação dos empresários morais de comunicar o fato criminoso culpabilizando e julgando previamente os suspeitos, junto a narrativas sobrepõem sua imagem, por exemplo, já configura a violação ao princípio da presunção de inocência.

b) Incitação ao crime e à violência & incitação à desobediência às leis ou às decisões judiciais

Quando o interlocutor “se utiliza dos meios de comunicação para incitar outros à prática de um crime ou à desobediência das leis ou decisões judiciais” a violação é configurada (INTERVOZES, 2015). Os discursos de desobediência das leis ou decisões raramente atingem-nas individualmente, haja vista que, geralmente, as incitações tendem a desobedecer à ordem jurídica generalizada. Em se tratando de incitação ao crime⁵⁶, o empresário moral comete, não só a violação midiática, mas também um ilícito penal tipificado no artigo 286 do Código Penal (BRASIL, 1940).

c) Exposição indevida de pessoas ou famílias

Quando o comunicador “expõe a intimidade de uma pessoa, de qualquer idade, sexo ou orientação sexual, vítima ou não de violência(s) física(s), submetendo-a a constrangimento público e expondo-a ao estigma social”

56 E.g.: dizer, em uma perseguição policial “atira nele, porque ele é bandido”, incitando a prática de um homicídio.

(INTERVOZES, 2015) ocorre a exposição indevida de pessoas ou famílias. Nos remetemos à garantia constitucional do direito à vida privada, honra e imagem dos indivíduos, na qual a CRFB (artigo 5º, inciso X; BRASIL, 1988) e declarações e convenções de Direitos Humanos asseguram⁵⁷.

Os direitos à honra e imagem estão relacionados à dignidade da pessoa humana e portanto, o âmbito de proteção desses direitos abrange também “o direito de não ser fotografado ou de ter o seu retrato exposto em público sem o devido consentimento”, bem como o de “não ver a imagem pessoal representada e difundida de modo ofensivo ou distorcido” (SARLET et. al., 2017, p. 481), principalmente nos casos em que a mídia transforma o suspeito em bode expiatório. Desse modo, cada vez que a mídia expõe indevidamente a imagem de um indivíduo, o privando de sua privacidade e desonrando sua pessoa, já basta para configurar esta violação.

d) Discurso de ódio e preconceito

A CRFB pretende, em seu bojo, coibir as discriminações arbitrárias para com a origem, raça, sexo, cor, idade, etc. do indivíduo, pois prega em seus artigos iniciais e ao longo da redação o direito de igualdade. Para a doutrina, o direito à igualdade é extremamente complexo, sendo-lhe atribuído dupla dimensão – objetiva e subjetiva (SARLET et. al., 2017, p. 583), não cabendo aqui definir todas as nuances e enredamentos.

Nesse ínterim, não cabe à mídia e seus operadores, no caso, empresários morais ofender ou incitar ofensa, discriminação ou prática de violência contra a pessoa ou grupo de pessoas em virtude de qualquer característica cultural, social ou biológica (INTERVOZES, 2015).

e) Identificação de adolescente em conflito com a lei

Aqui se trata de direito de menores de idade que são acusados de terem cometido ato infracional. Por muitas vezes, a mídia faz menções

57 No âmbito do direito internacional, essa garantia é reforçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), na Convenção Europeia de Direitos Humanos (4 de novembro de 1950), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (19 de dezembro de 1966) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (22 de novembro de 1969).

indiretas ao menor, podendo-se inferir o reconhecimento do mesmo através da menção de “filiação, parentesco, residência, ato ou documento de procedimento policial” (INTERVOZES, 2015) e violando o artigo 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1999).

Ao mesmo tempo, Marília Budó et. al. (2018, p. 41-60) afirma que os discursos apresentados nos veículos de comunicação em torno da redução da maioridade penal e sobre o aumento de prazo de internação mantém as estruturas de poder ao violar direitos. A mobilização, que o controle social exerce adentrando os três Poderes e o sistema penal, através de discursos politizados resulta no desejo de encarceramento em massa (BUDÓ, et. al., 2018, p. 18-20) e é isto que transparece nos veículos de comunicação.

f) Violação do direito ao silêncio & tortura psicológica e tratamento desumano e degradante

Defende-se que, nenhum indivíduo pode ser obrigado por entrevistadores, repórteres e jornalistas a ceder um depoimento. A tortura psicológica e o tratamento desumano e degradante ofendem, além do ordenamento jurídico pátrio (artigo 5º, incisos III e XLIX, CRFB; BRASIL, 1988), a integridade pessoal (física e psíquica) do indivíduo, principalmente quando o indivíduo não permite ou não admite a exposição e a disposição acerca do tratamento sofrido (SARLET et. al., 2017). Logo, importa destacar que as violações ocorrem quando um empresário moral gera sofrimento mental ao indivíduo entrevistado, coagindo-o, ameaçando-o, submetendo-o a humilhações ou quaisquer tratamentos degradantes.

Novamente, cabe referir de novo a metodologia realizada para a segunda etapa da análise, na qual a conceituação e delimitação do corpus foi importante sob uma perspectiva de análise de conteúdo, de discurso e de contexto interpretativo de vídeos como documentos de pesquisa a ser realizado de maneira metódica (LOIZOS, 2002, p. 149; ROSE, 2002, p. 346) aplicando-se ao levantamento de dados já explanado. A seleção do programa se deu pela notoriedade do mesmo, sendo uma das atrações de maior audiência na televisão e pelo conteúdo das reportagens e estruturação da pauta.

Assim, ao se analisar os 1.019 vídeos, foram contabilizadas um total 366 violações midiáticas no período compreendido em dezembro de 2017 até março de 2018, em consonância com a Tabela 2, disposta na sequência.

Tabela 2 – Total de violações midiáticas cometidas no programa Cidade Alerta no período de dezembro de 2017 até março de 2018

Violações	dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	% dez	% jan	% fev	% mar	Total	%
Desrespeito à presunção de inocência	30	41	29	44	34,48	42,27	33,72	45,83	144	39,34
Tortura psicológica e tratamento desumano/degradante	12	15	23	11	13,79	15,46	26,74	11,46	61	16,67
Exposição indevida de pessoas/familiares	9	10	10	17	10,34	10,31	11,63	17,71	46	12,57
Incitação ao crime/violência	13	13	6	5	14,94	13,40	6,98	5,21	37	10,11
Incitação à desobediência às leis/decisões judicial	14	7	5	5	16,09	7,22	5,81	5,21	31	8,47
Discurso de ódio e preconceito	6	7	7	3	6,90	7,22	8,14	3,13	23	6,28
Violação do direito ao silêncio	3	3	6	9	3,45	3,09	6,98	9,38	21	5,74
Identificação de adolescente em conflito c/ lei	0	1	0	2	0,00	1,03	0,00	2,08	3	0,82
Total	87	97	86	96					366	

Discriminando a Tabela 2, observam-se os seguintes percentuais de incidência às violações: 39,34% de desrespeito à presunção de inocência; 16,67% de tortura psicológica e tratamento desumano e/ou degradante; 12,57% de exposições indevidas de pessoas ou familiares; 10,11% de incitações ao crime ou violência; 8,47% de incitações à desobediência às leis ou decisões judiciais; 6,28% de violações por discurso de ódio e preconceito; 5,74% de violações do direito ao silêncio; e, por fim, 0,82% de violações em que houveram identificações de adolescente em conflito com a lei. Percebeu-se, então, que os comentários, discursos e ações no programa que acarretaram violações de direito transitam, principalmente, sobre as três violações cometidas reiteradamente: desrespeito à presunção de inocência; tortura psicológica e tratamento desumano e/ou degradante; e exposição indevida de pessoas ou familiares.

Assim, quanto às principais violações de direito, para esclarecer de forma concreta, elas se materializam na forma da fala, redação e edição de imagens, com ênfase no discurso proferido pelo apresentador no título das notícias ou pelo próprio programa. Tal narrativa serve para identificar quem são os personagens da história, na qual é atribuído ao suspeito o

status de criminoso. Existem poucas condições de qualquer resguardo à presunção de inocência, naturalmente refletido no imaginário do telespectador que acompanha o programa. Amparada por seus elevados níveis de audiência, a tendência a uma credibilidade pré-definida desde logo, acaba por construir uma espécie de presunção de culpa, pois ao telespectador qualquer pessoa veiculada no programa deve assim ser considerada.

Caso emblemático, por isso literalmente deve ser referido, foi aquele registrado pelo apresentador (BACCI, 2018, 00:00-00:16) ao expor de forma direta seu desprezo pela presunção de inocência referindo-se a um homicídio supostamente cometido por homem contra ex-mulher:

E é nessa presunção de inocência que muita gente, muitas vezes culpada, vai sendo colocada nas ruas e colocando em risco as famílias das vítimas que foram mortas por eles, não é? Se esse homem, ele realmente matou, ele tem que apodrecer na cadeia, até o último dia dele, tem que ficar atrás das grades.

Está é uma frase impactante, haja vista que o apresentador infere que a consequência de “colocar pessoas culpadas na rua” por conta do princípio da presunção de inocência (protegido constitucionalmente) seria “colocar em risco as famílias das vítimas [...] mortas por eles”, esperando que o telespectador concorde com ele através da expressão “não é?”. A preocupação do apresentador não é “se esse homem realmente matou”, mas sim que suas intenções são disseminar ódio e violência.

Doutra parte, observa-se que a violação da tortura psicológica e tratamento desumano e/ou degradante está em segundo lugar entre as mais cometidas. A mesma consiste nos empresários morais humilharem os suspeitos na frente de outras pessoas (geralmente em reportagens ao vivo), ameaçando-os, coagindo-os ou intimidando-os, a partir de adjetivos degradantes e obrigando-os a se defender das acusações.

A terceira violação midiática toma forma na exposição indevida de pessoas e familiares. É uma violação sensível, por conta de não se ter conhecimento sobre o consentimento das pessoas em relação à sua exploração de imagem e entendimento pleno acerca das consequências que podem ocorrer ao cederem sua imagem para o programa. Logo, a condição utilizada para identificar a violação foi: “se a exposição da imagem de pessoas ou familiares extrapolar os limites da noção de dignidade da pessoa

humana, teremos uma exposição indevida”. Afinal, esse foi o conceito adotado ao explicar o que seria essa violação anteriormente.

Os dados demonstram que, aproximadamente, em menos de três notícias veiculadas pelo programa, no período indicado, uma violação midiática é cometida. Há que se refletir se, de fato, o sucesso e a audiência do programa não passam apenas pelo conteúdo veiculado, mas, sobretudo, ao formato que permite ao apresentador, comentarista e repórteres de expressarem sua opinião baseada na mais superficial irresponsabilidade que pode ser extraída do senso comum.

Com a análise de tais resultados, podemos lançar algumas linhas reflexivas sobre a performance de manipulação midiática e como ela é implementada substancialmente a partir da venda do crime como um produto telejornal em questão.

4. Manipulação midiática

Bourdieu (1997, p. 20-29) refere que a manipulação é um instrumento de mecanismos anônimos para a manutenção da ordem simbólica e esse fenômeno tem como efeito a distorção da realidade, para que o receptor da mensagem creia em uma realidade indireta.

Consoante Abramo (2016, p. 40), a manipulação midiática ocorre em padrões. Percebe-se que o que mais se encaixa no *modus operandi* examinado é o padrão global de jornalismo televisivo. Este padrão pode ser dividido em três momentos: exposição do fato; sociedade fala; e auto-ridade resolve (ABRAMO, 2016, p. 51). Ao passo que todos são marcados pela recontextualização da realidade através da edição, corte e recorte de notícias, comentários, dramatização da narração do fato utilizando-se de técnicas especiais de câmera, de modo que, a partir dessas distorções e reordenamentos, será recriada ficcionalmente uma nova realidade baseada na premissa moral entre o bem e o mal (ABRAMO, 2016, p. 50; BERGER et. al., 2002, p. 35-37; DEBORD, 1997, p. 28).

Ademais, para que o programa tenha sucesso em seu empreendimento, é necessário que os telespectadores confiem no que está sendo veiculado e para isso, foram identificados três mecanismos utilizados pelo programa a fim de atingir as massas da melhor maneira possível: a competência discursiva, o discurso sensacionalista e o formato não convencional.

Em primeiro lugar, a competência discursiva de quem está exercendo poder simbólico atinge a massa de acordo com um discurso local e não globalizado, porque cada comunidade é atingida de modo particular pelo que é veiculado. Em segundo plano, o discurso sensacionalista e violador de direitos que tem como principal característica a ausência de imparcialidade e buscam cativar o telespectador que acaba por reproduzi-lo.

Em terceiro lugar, o programa tem um formato não convencional, comparando-se com outros telejornais de referência – o apresentador fica em pé todo tempo e por muitas vezes ele “foge” do texto original do programa, opinando de “forma livre”. Também, há um “jogo de câmeras” que o acompanha em diversos ângulos, trazendo-as para si, revelando que há uma proximidade com o telespectador, ou seja, há uma interação pretensamente intimista, para que se ganhe confiança e fidelize a audiência.

A alta confiabilidade nas notícias faz com que o crime seja vendido como produto. Como frisa Bourdieu, o efeito real da televisão é “poder fazer ver e fazer crer no que faz ver”, tendo como consequência a mobilização, pois ela pode “fazer existir ideias ou representações [...] carregadas de implicações políticas [...] capazes de desencadear sentimentos fortes” (1997, p. 28). O efeito final para aquele tido como bode expiatório é a estigmatização produzida.

Arremata-se, assim, que a criminologia midiática, não raro veiculada de modo a manipular sua base informativa, constrói uma realidade própria a amparar o imaginário comum. Giovanni Sartori (2001, cap. 1, p. 11-38) já alertava para este condicionamento dizendo que a influência da televisão retarda a capacidade de pensamento abstrato, convertendo o homo sapiens em homo videns.

5. Considerações finais

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise do fenômeno de uma chamada criminologia midiática e seus efeitos práticos em um telejornal policial em especial, a fim de se apurar os frutos da manipulação midiática na construção social de uma realidade na sociedade da informação.

A pesquisa fez com que fosse possível verificar como se dá a construção social da realidade a partir da opinião dos empresários morais no Cidade Alerta. O presente telejornal de referência, através da seleção e

manipulação de imagens e texto, naturaliza crimes e acaba por influenciar o pensamento do telespectador brasileiro a enxergar uma realidade plena de violências, legitimando as violações de direitos. Portanto, foi possível verificar que as violações de direitos estão presentes em 1/3 dos casos analisados, fato que representa os arautos da lei e da ordem como os primeiros a ignorarem os parâmetros legais.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de formas mais eficazes de se identificar as violações de direitos cometidas pelos empresários morais, não só em um telejornal de referência, como também em outros. Se a mídia de massa pode estar imersa em meios manipulatórios interessados diretamente em ostentar elevados níveis de audiência, não se olvide serem tais veículos concessões públicas que devem respeitar os parâmetros constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABRAMO, Perseu. Padrões de manipulação na grande imprensa. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.
- BACCI, Luiz. Homem não aceita o fim e ataca a ex-mulher. Record R7 Cidade Alerta. 2018. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidade-alerta/videos/homem-nao-aceita-o-fim-e-ataca-a-ex-mulher-30032018>>. Acesso em: 19 mai. 2018.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BAUER, Martin W.; GASKELL, George (editores). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. 2. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.
- BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.
- BERGER, Peter Ludwig; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

- BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- _____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.
- BUDÓ, Marília de Nardin; CAPPI, Ricardo. Punir os jovens?: a centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- COHEN, Stanley. Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers. London: Routledge, 2011.
- DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo: seguido do prefácio à 4ª edição italiana. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- GILL, Rosalind. Análise de discurso. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (editores). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. 2. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002. p. 244-270.
- INTERVOZES Coletivo Brasil e comunicação social. Mídia sem Violações de Direitos. 2015. Disponível em: <<https://www.midiasemvioacoes.com.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.
- LOIZOS, Peter. Vídeo, filme e fotografias como documentos de pesquisa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (editores). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. 2. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002. p. 137-155.

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

MEDEIROS, Lucas. Com Luiz Bacci, Cidade Alerta faz Record disparar 82% em audiência. O Tv Foco. 2018. Disponível em: <<https://www.otvfoco.com.br/com-luiz-bacci-cidade-alerta-faz-record-disparar-80-em-audiencia/>>. Acesso em: 06 mai. 2018

MÍDIA DADOS BRASIL 2017. Televisão. 2017. Disponível em: <<https://dados.media/#!/dashboards/TELEVISION>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

PECCOLI1, Vitor. Cidade Alerta bate recorde de audiência em quase um ano. O Tv Foco. 2018. Disponível em: <<https://www.otvfoco.com.br/cidade-alerta-bate-recorde-de-audiencia-em-quase-um-ano-confira-os-consolidados-desta-quarta-feira-14-02-18/>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

PECCOLI2, Vitor. Cidade Alerta chega a 16 pontos no Ibope e é o programa mais assistido da Record. O TV Foco. 2018. Disponível em: <<https://www.otvfoco.com.br/cidade-alerta-chega-a-16-pontos-no-ibope-e-e-o-programa-mais-assistido-da-record/>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

REDE RECORD. Saiba mais sobre o programa Cidade Alerta. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidade-alerta/saiba-mais-sobre-o-programa-cidade-alerta-28022018>>. Acesso em: 06 mai. 2018.

_____. Cidade Alerta: vídeos. 2019. Disponível em: <<http://recordtv.r7.com/cidade-alerta/videos>>. Acesso em: 1 mar. 2019.

_____. Programação. 2018. Disponível em: <<http://recordtv.r7.com/programacao/>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

ROSE, Diana. Análise de imagens em movimento. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (editores). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. 2. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002. p. 343-364.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARTORI, Giovanni. Homo Videns: televisão e pós-pensamento. Bauru: EDUSC, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A questão criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2012.

O SISTEMA PRISIONAL E O CRIME ORGANIZADO: A AUSÊNCIA DE CONTROLE DO ESTADO NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Vera Martins Veiga Rios

INTRODUÇÃO

Inicialmente há de se destacar a relevância do tema em tela, ou seja, o estado do Rio Grande do Sul frente ao poder das facções no sistema prisional, particularmente no que se refere ao Presídio Central de Porto Alegre (PCPA). Nesse sentido, buscou-se analisar o sistema prisional e o crime organizado no Rio Grande do Sul.

Inicialmente, analisar-se-á a dinâmica do PCPA e as relações de poder das facções no sistema prisional e a dinâmica a partir da qual esse poder opera, ou seja, os meios com que ele é exercido. A seguir, abordar-se-á o papel do estado do Rio Grande do Sul na atual situação do PCPA, na tentativa de verificar o que de fato está sendo feito para mudar a situação atual, frente à gravidade do que acontece internamente na instituição.

1 A DINÂMICA DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

O Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) foi fundado em 1959, inicialmente com o nome de Casa de Prisão Provisória, projetado para ser o maior e o mais importante do Rio Grande do Sul, “modelo para a

América Latina” (DORNELES, 2017, p.38). Ou seja, serviria de referência futura para os demais, “considerado a porta de entrada do sistema penitenciário do estado, com o objetivo de receber homens presos em flagrante e capturados pela justiça, mantendo-os em regime fechado em situação provisória” (SALLIN, 2008, p.16-17). Ou seja, o PCPA seria o destino de presos, ainda sem condenação definitiva.

Sessenta anos depois o PCPA ainda é o maior estabelecimento penal do Rio Grande do Sul. No entanto, atualmente, essa população carcerária constitui-se de “presos provisórios, condenados definitivos e, inclusive, presos que deveriam estar em unidades de regime semiaberto, por terem recebido o benefício de cumprimento de pena em regime menos gravoso, mas que lá aguardam vagas nesse estabelecimento penal” (FERRAZ, 2015, p.72).

A administração do PCPA está sob a responsabilidade da Brigada Militar (BM), desde 1995, até então, essa função era da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), afastada por falta de comando e de estratégias no gerenciamento de crises. O motim de 1994 foi o estopim dessa ruptura, “a troca de controle ocorreu pelas recorrentes conturbações no presídio, mas principalmente, está relacionada à repercussão do motim de 1994, quando presos de uma facção fizeram funcionários reféns e, em fuga, promoveram uma madrugada de tensão em vários bairros da cidade” (SALLIN, 2008, p. 18).

A força tarefa designada temporariamente pelo Governador do estado à época, Antônio Brito, para administrar e gerenciar a crise, está em atividade há vinte e três anos. Portanto, o que era para ser provisório perpetuou-se no tempo. Desde a inauguração o PCPA sofreu várias alterações estruturais, o presídio hoje é constituído por dez pavilhões são eles:

[...] pavilhões: A, B, C, D, E, F, G, H, I e J, [...] A construção foi inicialmente projetada por grandes pavilhões, que hoje são denominadas galerias [...]. As celas que eram individuais foram reunidas, de modo que quatro celas individuais deram lugar a uma cela coletiva, com oito camas de cimento e, ao centro, foi improvisado um banheiro. Essa “nova” capacidade, manifestamente improvisada, não atendeu, porém, ao crescimento da demanda, [...]. Como as selas coletivas já não comportavam mais

o número de presos, as suas portas foram removidas, para que os presos pudessem ocupar também o corredor das respectivas galerias. (AJURIS, et.al. 2013, s.p.).

Com a superpopulação carcerária, houve a liberação dos presos das celas e com isso os policiais militares foram retirados do interior das galerias, gerando uma espécie de administração compartilhada, “em meados de 1997” (CIPRIANE, 2016, p. 110), a BM fez um acordo com os principais líderes das facções, embora fortemente armada, administra a parte externa do PCPA e só adentra nos pavilhões mediante autorização dos líderes. Ou seja, são os criminosos que controlam a prisão internamente.

As galerias são organizadas por facções, “formadas por presos com laços de pertencimento e fidelidade aos líderes, caracterizadas principalmente pela rivalidade entre eles” (SALLIN, 2008, p. 17). Não se respeita a individualização da pena, tampouco a natureza da prisão, se provisória ou decorrente de sentença, o que é observado, são os laços criminais.

As facções que controlam atualmente as principais galerias do PCPA são: “Os Manos”, os “Unidos pela Paz”, os “Abertos”, os “Bala na Cara”, e os “V-7”. “Os Manos tiveram sua origem, dentro do Presídio Central, semente plantada pela Falange Gaúcha, inspirada no Comando Vermelho Carioca” (DORNELES, 2017, p. 156). Inicialmente formada por assaltantes de banco, entre eles, o mais famoso no Rio Grande do Sul, Dilonei Melara.

A falange Gaúcha cindiu-se nos anos oitenta e a partir dela surgiram dois outros grupos. “Os Manos”, liderado inicialmente por Melara e, “Os Brasas” no final dos anos noventa, liderado por Valmir Pires, também conhecido como “Brasa”, “a BM propôs ao apenado, que ocupasse um dos pavilhões, com presos de sua confiança. Em contrapartida, o grupo se comprometeria em não fazer motins, rebeliões e a não organizar tentativas de fuga” (CIPRIANI, 2016, p.110). Assim, surgiam os Brasas, “os maiores rivais dos “Manos” (DORNELES, 2017, p. 156). Na atualidade os “Manos” são uma das maiores organizações criminais que atuam no Rio Grande do Sul.

Na primeira metade dos anos 2000, por conflitos entre as lideranças houve a dissolução dos “Brasas”. Surgindo, assim, os “Unidos Pela Paz”, “por falta de consenso em torno da liderança, houve a transformação dos

“Brasas”, em “Unidos Pela Paz”. Sendo que, parte deles integra a facção “Os Abertos” (CIPRIANI, 2016, p.113). Em 2008 surgiram os “Bala na Cara” (BNC), famosos pela violência com que eliminam seus rivais. Logo após, também em 2008, ergueram-se, os “V-7” a principal frente anti-bala.

Com o passar do tempo, outro nome começou a se destacar, os “Abertos”, presos que cumprem pena em regime aberto, o braço armado dos “Manos” fora do PCPA. A distribuição das facções nas galerias dá-se da seguinte forma:

PAVILHÃO A – 1ª galeria: unidos pela paz. 2ª galeria: conceição. PAVILHÃO B – 1ª galeria: abertos. 2ª e 3ª galerias: manos. PAVILHÃO D – 2ª galeria: abertos (“abriram” dos manos). 1ª e 3ª galerias: Farrapos e Zona Norte. PAVILHÃO E – 1ª galeria: projeto de desintoxicação. 2ª galeria: ex. integrantes do SSP [sistema de segurança pública] e ensino superior. PAVILHÃO F – 3ª galeria: bala na cara. 1ª e 2ª galerias: alguns primários. PAVILHÃO G – trabalhadores. PAVILHÕES H e I – 1ª e 2ª galerias do I: “duques”, presos por estupro. 3ª galeria do H: travestis, seus companheiros e homossexuais. 3ª galeria do I: presos “problemáticos” (o que morou em todas as outras e foi expulso) (CIPRIANI, 2016, p.120).

O pavilhão “C”, não consta nos dados supracitados porque, “foi desativado” (CIPRIANI, 2016, p. 121). Ocupam galerias distintas, por questões de segurança travestis, homossexuais, agressores de mulheres, pedófilos, estupradores, evangélicos e os réus primários.

Também há aqueles presos que trabalham para os policiais militares. Estes são conhecidos como “chaveiros”, são responsáveis pelas chaves das galerias, ocupam uma ala distinta, pois não são bem vistos pelos outros apenados, por serem subordinados a BM, “os presos que realizam serviços de controle, são denominados “plantões de chave”, são jurados de morte pelo restante dos apenados” (AJURIS et. al, 2013,s.p.). Desta forma, os presos que são, ou foram, responsáveis por abrir e fechar as grades das galerias, por estarem vinculados a BM ficam igualmente em galerias separadas por questões de segurança.

Cada galeria é administrada por um “prefeito” e seus secretários que controlam todos os aspectos carcerários, “o conjunto de normas informais que traceja a vivência nas galerias é respeitada por seus integrantes e assegurada por uma “prefeitura” e por seus ajudantes” (CIPRIANI, 2016, p.121). Consequentemente é a organização criminosa quem define quando as luzes ficam acesas, se celas ficam abertas ou fechadas, quem dorme nas camas, além de resolver conflitos internos entre os apenados.

Quando um indivíduo é recolhido ao Presídio Central de Porto Alegre, [...]sua integridade física dependerá, sobretudo, da relação que manter com a facção criminosa que domina a “galeria” em que está alojado. Se tiver com fome, deverá aguardar pela péssima comida fornecida pelo ergástulo ou aceitar os alimentos de melhor qualidade oferecidos prontamente pelos companheiros de cela que pertencem a uma facção. Se contrair alguma doença, a dinâmica é praticamente a mesma, já que o preso pode optar entre esperar um longo período até que seja atendido por um defensor público para quem poderá se queixar, ou aceitar o dinheiro fornecido pela facção para contratar um advogado particular que poderá requerer o atendimento médico com mais rapidez [...] (SILVEIRA, 2016, p.23).

Assim, não é o Estado o responsável pela integridade física do apenado que adentra no PCPA, mas sim, os próprios presos, que tem a incumbência, de garantir-lhe que não será assassinado na prisão. Ou seja, se o detento não tinha até então envolvimento com alguma facção, a partir desse momento passará a ter, caso contrário será impedido de comunicar-se com a direção do presídio, obter assistência material, médica ou jurídica. Em outras palavras, sua vida dependerá desse vínculo ao qual deve submissão.

De acordo com o relatório do Conselho Nacional de Justiça, “há um estado paralelo dentro das galerias, os detentos vivem soltos, sem portas nas celas e se auto-organizam, com hierarquia, onde até mesmo “prefeito” existe. As facções também indicam os executores da faxina, quem serve a comida, quem dorme na cama e quem receberá visita íntima” (CNJ,

2014, s.p). Os “prefeitos” fazem a intermediação entre os detentos e a administração da casa prisional, são eles que realizam os pedidos de transferências, solicitam assistência jurídica, assistência médica e, negociam com a administração para que televisores, ventiladores e outros objetos adentrem nas galerias.

Outra prática das facções é bancar os gastos dos presos na prisão, esse custeio seria desde alimentação até o colchão em que o apenado irá dormir. Os valores desse patrocínio podem chegar a trezentos reais mensais. Porém, a principal cláusula contratual que vem com esse empréstimo diz respeito ao pagamento. Em vista disso, quando o preso ganha a liberdade, ou seja, passa a cumprir a pena em regime aberto, se a família não teve condições de custear sua permanência na prisão, é chegada a hora de pagar o apadrinhamento o que de certa forma se torna inviável, pois ser contratado após o cumprimento de pena em regime fechado é quase impossível. Todavia, há outra maneira de quitar a dívida, ou seja, praticar crimes para a organização criminosa.

Nesse sentido, aduz Sidinei Brzuska Juiz da Vara de Execuções Penais de Porto Alegre, no relatório da Representação pela Violação dos Direitos Humanos no PCPA feito a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “a pessoa já sai devendo para a facção, o pagamento, muitas vezes, pode ser com a prática de novos crimes” (AJURIS, 2013, s.p.). Assim, caso a família não tenha condições de efetuar o pagamento do débito, e havendo recusa por parte do indivíduo para a prática de novos delitos com o propósito de saldar a dívida adquirida no cárcere, provavelmente será morto pelos membros dessa facção, que cumprem pena no regime aberto. Dessa forma, a progressão de regime é o derradeiro momento do acerto de contas é o marco decisório de vida ou de morte.

Em virtude desse acordo de administração compartilhada entre BM e líderes das organizações criminosas, dentro do PCPA não ocorrerão mortes, as diferenças entre os apenados serão resolvidas na rua. Conforme relatou um Policial Militar que trabalha na força-tarefa do PCPA:

Quando dá um problema na galeria. Digamos que sou Bala [na Cara] e, por ventura, não falei que era Bala, não falei. E subi na segunda [galeria] do [pavilhão] A que é a Conceição. E quando eu chego lá eu encontro um cara lá que é meu contra. Ou sou

da mesma facção e encontro o cara que é meu contra, que tive problema com ele na rua. O que acontece? Um ou os dois sai da galeria. O máximo que vai acontecer é uns tapa. Eles não vão se matar lá dentro[...]. O problema da rua é resolvido na rua. Tem guerra? Tem. Mas é na rua. O que ocorre se tem um homicídio? Isola o local. O que a Brigada Militar vai fazer com 400 presos? Tirar eles todos, revistar eles todos, deixar tudo de cuequinha lá no pátio. A noite toda. O dia todo. Dois dias, três dias, eles vão ficar lá. E vai chamar a perícia... Então pelo conhecimento que eles têm, eles já não deixam acontecer, [...] se sair da rotina deles um dia, eles vão perder a visita na segunda, na terça, na quarta... A mesma coisa que a rebelião, que antes todo o dia dava. Não tem mais. Porque eles sabem que o Estado, do jeito que tá... Se eles queimarem tudo, eles vão dormir na pedra (AZEVEDO; CIPRIANI, 2015, p. 172).

Assim, as desavenças e rixas entre os integrantes das facções que aconteceram na rua, assim como as diferenças ocasionadas dentro do PCPA, serão resolvidas quando esses apenados passarem para o regime aberto. Conforme esclarece Brzuska, “dentro do sistema as mortes estancaram, mas se olharmos as pessoas que são assassinadas fora do sistema, é possível perceber que grande parte são recém-saídos do sistema prisional ou ainda estão nele, mas no regime semiaberto” (AJURIS, 2013, s.p.).

Além disso, através do poder e da ameaça dentro e fora da prisão, as organizações criminosas chegam a desenvolver as mesmas atividades praticadas antes da prisão. Entre elas, está a venda e o uso indiscriminado de drogas ilícitas pelos detentos, que, inclusive, é liberada pela administração como forma de manter a “tranquilidade” no presídio. Segundo a declaração de um Policial Militar destacado no PCPA, “a droga está aí e segura a casa, tira e a casa cai” (RUDNICKI, 2012, p. 60). Ou seja, há um sentimento implícito por parte da BM como forma de acalmar os ânimos e manter os presos sob controle.

No que se refere o tráfico de drogas dentro da instituição prisional, “com o tempo as ideologias deram lugar a estruturas de poder ligadas ao tráfico de drogas que não se limitam ao espaço físico do PCPA. Ou seja, quem controla uma determinada galeria, controla o tráfico de drogas na-

quela galeria e em determinada região da cidade, da qual provêm os presos daquela galeria” (AJURIS et al, 2013, s.p.).

Embora, com o direito a liberdade cerceada, os apenados continuam a praticar delitos, de modo que o sistema que prende corrobora para a (re)organização do tráfico. O controle das galerias pelas facções além do tráfico de drogas dentro e fora da instituição favorece da mesma forma a entrada de armas e munição. A esse respeito dispõem o supracitado relatório, “as armas são utilizadas para proteger o poder de uma determinada facção dentro da galeria. Perder a galeria é perder os pontos de tráfico relacionados a ela, de modo que os conflitos externos pela disputa por pontos de tráfico se reproduzem dentro do PCPA” (AJURIS, et al, 2013, s.p.).

A cada revista que se faz nas galerias, é normal que sejam recolhidas certa quantidade de drogas assim como vários tipos de armas. Conforme o relatório do Conselho Nacional de Justiça, “durante as inspeções são encontradas grande quantidade de drogas como maconha, cocaína e crack, e também, armas industriais” (CNJ, 2014. s.p.). Além disso, são recolhidas armas construídas artesanalmente pelos presos.

O refeitório do PCPA não comporta todos os detentos, desta forma, é incapaz de fornecer mais do que a alimentação básica que é feita pelos próprios presos sem as mínimas condições de higiene em um ambiente totalmente insalubre, “não há espaço apropriado para realizar as refeições, tampouco há fornecimento de talheres ou pratos, os apenados realizam as refeições com as mãos e em sacos plásticos” (AJURIS, 2013. s.p.).

Neste contexto, por falta de espaço físico no refeitório e pela péssima qualidade dos alimentos preparados na cozinha, o estado do Rio Grande do Sul terceirizou através de processo licitatório um espaço dentro do PCPA para que funcione uma cantina, “como a cantina não comporta o atendimento de todos os presos, criou-se um sistema descentralizado, comandado pelos próprios presos, as (sub)cantinas que inflacionam os valores e os tornam proibitivos” (AJURIS, 2013, s.p.).

Assim, como é inviável o acesso de todos os presos à cantina, o canteiro compra os produtos e os revende nas (sub)cantinas, nas respectivas galerias, quando os produtos chegam até a massa carcerária, já sofreram um acréscimo que pode ultrapassar os cem por cento no valor. Um Policial Militar que trabalha na força-tarefa no PCPA, relata que: “eles chegam lá e não compram pros outros, eles compram pra revender lá em cima, aí

um refrigerante que custou lá embaixo, um litrão, tipo uns 6 reais, lá em cima custa o dobro, custa 9, custa 10” (AZEVEDO; CIPRIANI, 2015, p.167). Desta forma, esse mercado “legal”, gera muito dinheiro às facções criminosas dentro do PCPA.

O lucro obtido com a (re)venda dos produtos é dividida, uma parte fica com a cúpula das facções e a outra parte com os “plantões”, designação dada aos assistentes diretos dos líderes, o que de certa forma, faz do cargo uma opção de carreira dentro da instituição. Aduz o relatório do Conselho Nacional de Justiça, “os “prefeitos” têm o privilégio de vender aos demais internos produtos básicos de sobrevivência, extraindo lucro. Suas celas têm TV de Led e boa apresentação. Eles recebem os comandados em uma outra cela, separada para tal, como se fosse um gabinete” (CNJ, 2014, s.p.).

Por todo o exposto, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em junho de 2014, durante a 191ª Sessão Ordinária, recomendou o esvaziamento do PCPA. O documento destaca “as facções criminosas que, como um “estado paralelo”, controlam a unidade, ditam a disciplina, vendem produtos, selecionam detentos para atendimento médico e gozam de privilégios” (CNJ, 2014, s.p.). Ou seja, o PCPA transformou-se em uma prisão de faz de conta, não existe isolamento dos presos, porque esses continuam em contato com o mundo exterior. Não existe prevenção do crime porque eles continuam a cometer crimes mesmo estando presos, não há reabilitação e ou ressocialização, porque, na verdade eles saem muito piores do que entraram.

Após analisar a dinâmica do PCPA, abordar-se-á a partir de então, o papel do estado do Rio Grande do Sul na atual situação do PCPA.

2 O PAPEL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NA ATUAL SITUAÇÃO DO PCPA

Após todo o exposto e diante do quadro delineado, frente á situação do PCPA, percebe-se que, o estado parece ignorar o problema, ou melhor, finge desconhecer que perdeu o controle do sistema prisional, permitindo assim, que as facções se reorganizem. Em entrevista a Gaúcha ZH, em 11/07/2015, Sidnei Brzuska⁵⁸, declarou que “há tempo que o Estado vem

58 Juiz da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre.

entregando espaços dentro das prisões e eles são ocupados pelas facções, o Estado recua e o crime avança,” (GAÚCHA ZH, 2015, s.p). Ou seja, na ausência do Estado, garantidor da lei e da ordem, o crime avança a passos largos, preenchendo todos os espaços que esse deveria abranger.

Nesse sentido, aduz Camila Caldeiras professora da Universidade Federal do ABC e integrante do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo “o crime organizado usa a ausência do Estado nos presídios, a política de encarceramento em massa e as péssimas condições de vida no sistema, em linha direta vão gerar mais violência” (EXTRA CLASSE, 2017. p.16). Significa dizer que o crime organizado usa a própria (des)organização do Estado a seu favor.

Segundo Caldeiras, os grupos criminosos disseminam um discurso que gira em torno da identificação do Estado como opressor. “A população carcerária é majoritariamente composta por pessoas para os quais o Estado só aparece na sua dimensão opressora, é uma população que não conhece o Estado de bem-estar social, garantidor de direitos” (EXTRA CLASSE, 2017, P.16). Por consequência, o Estado a cada dia perde espaço para o crime que se organiza recrutando “soldados”, jovens sem nenhuma perspectiva de futuro que vêm no crime à única possibilidade de melhoria de vida e quando presos se reorganizam dentro do sistema prisional e voltam às ruas como braços das facções que atuam dentro das penitenciárias.

Tatiana Sager, diretora do documentário Central, em entrevista ao jornalista Felipe Viera, “ao encarcerar, o Estado está entregando soldados para as facções, que contraem dívidas ali dentro, quando saem da prisão tem que pagar de alguma forma. Com isso o aumento da criminalidade” (Programa 21:30, 2017). Ou seja, quem paga a conta pela ineficácia do Estado é a população, algo que deve ser repensado e servir de alerta à sociedade, que acha que segregar nas piores condições possíveis e que “bandido” não tem que ter direitos, seria a solução para a criminalidade, quando o que acontece é exatamente o contrário.

Sidnei Brzuska que acompanha o sistema prisional de Porto Alegre desde 2008, em entrevista a Gaúcha ZH, ao ser questionado se houve melhora nesse período respondeu que, “não houve, só teve melhora naquilo em que se fez acordo com os presos. Por exemplo, não matar dentro da cadeia” (GAÚCHA ZH, 2015, s.p.).

Assim, sob esta perspectiva, o Estado perdeu a guerra contra o crime, vê-se que a política interna de acordos vigente no PCPA, como forma de manter o controle da população carcerária dentro da instituição, nada mais é do que um faz de conta, para dar a sociedade uma falsa sensação de segurança.

No entanto, apesar de todo o caos que se vislumbra no PCPA, é possível ver uma luz no final do túnel, iniciou-se um movimento para tentar enfrentar o problema, e conseqüentemente, retomar o controle das casas prisionais no Rio Grande do Sul. Em março de 2016, foi inaugurada a Penitenciária de Canoas, (Pecan I), considerada modelo no estado e referência em tratamento penal. A Penitenciária faz parte de um Complexo Prisional, que está sendo construído no município de Canoas.

Conforme o Governo do estado “o Complexo Prisional está sendo construído em duas etapas. A primeira, a Penitenciária Canoas 1, com capacidade para 393 vagas, já em funcionamento desde o dia 1º de março de 2016. A segunda etapa representa as penitenciárias estaduais de Canoas 2, 3 e 4, com 805 vagas cada” (DE PAULA, 2016, s.p.). Criada para ser um diferencial no Sistema Prisional Gaúcho, é o resultado da união de esforços com o propósito de melhorar o sistema prisional no Rio Grande do Sul. Conforme o superintendente adjunto da Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE), Alexandre Porciuncula Micol, “o presídio foi concebido com o firme propósito de ter 100% à presença do estado” (DE PAULA, 2016, s.p.). Ou seja, a administração da instituição é feita totalmente pelo estado através da SUSEPE.

A transferência de presos obedece a rígidos critérios, estabelecidos em conjunto por “integrantes do Poder Judiciário, Secretaria de Segurança Pública, Procuradoria-Geral do Estado, Ministério Público e Defensoria Pública” (DE PAULA, 2016, s.p.). Ainda segundo Micol, a fim de possibilitar a implementação conforme o planejado “foi traçado um perfil dos presos que ocupariam o local. O detento que for levado para a Penitenciária não pode ter vínculo com nenhuma facção criminosa, já deve ter condenação e, ter bom comportamento”.

Além do rigoroso critério de seleção para a transferência de presos, a penitenciária é estruturalmente organizada, “conta com parlatório, quatro guaritas-torre de controle, espaços para revista, recepção e espera de

visitas, cozinha, refeitório, lavanderia, dois solários, uma biblioteca, alojamentos para a vigilância externa e interna” (ABATI, 2016. s.p.).

A penitenciária adota critérios inovadores para que o período de cumprimento da pena seja com dignidade. De acordo com Sidnei Brzuska, juiz da Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre “a penitenciária obedece aos padrões de tratamento humanitário recomendado pelos órgãos internacionais” (EXTRA CLASSE, 2017. p.17). Assim, o detento transferido, que preencher os requisitos exigidos terá a oportunidade de cumprir a pena imposta pelo Estado em ambiente salubre e digno, tendo reais possibilidades de ser inserido na sociedade. De acordo com, Marcelo Martinelli, vice-diretor da Penitenciária, “cada benefício concedido ao preso tem um objetivo específico. Os uniformes para não haver distinção e moedas de trocas. O fornecimento de alimentação e de um kit de higiene semanal, para evitar a criação de comércios e cantinas comandadas por facção, o preso sai daqui, sem dívida e com sua pena paga” (ABATI, 2017, s.p.).

Assim, ao ser colocado em liberdade, não haverá vínculo nem dívida com as facções criminosas. Outro ponto positivo da penitenciária é o trabalho, de acordo com Tamires Viegas, assistente social responsável por acompanhar e realizar o processo de triagem, “tudo que é produzido aqui na penitenciária tem a mão de obra deles, desde o conserto de uma lâmpada, toda a manutenção, limpeza, lavanderia, alimentos, inclusive os que nós (funcionários) nos alimentamos são feitos pelos apenados” (ABATI, 2017, s.p.).

Neste passo, os detentos que cumprem pena na instituição trabalham na manutenção, da instituição para ocupar o tempo ocioso. Há ainda o estudo, pois a maioria dos detentos abandonou a escola no ensino fundamental. Desse modo, são incentivados a estudar, “como forma de promover educação, integração social e aquisição de conhecimentos que permitam lhes assegurar um futuro melhor quando recuperar a liberdade” (MEIRELES, 2017, s.p.). Em Canoas os apenados frequentam as aulas nos três turnos, tanto do ensino fundamental como do ensino médio.

A Penitenciária também conta com uma equipe multidisciplinar de profissionais da área da saúde para dar atendimento aos detentos. Este modelo de penitenciária adotado em Canoas nos parece óbvio ter um custo mais elevado, devido a todas as práticas, no entanto, o retorno para

a sociedade é muito maior, pois diminui a possibilidade do indivíduo voltar a delinquir.

Neste sentido, Brzuska afirma que um levantamento recente aponta que “a taxa de retorno é quase dez vezes menor que em outras cadeias, onde a reincidência beira os 70%. Naturalmente que um preso nestas condições, custe mais caro para o Estado. Mas é muito mais barato, para a sociedade” (EXTRA CLASSE, 2017, p.17). Segundo os dados apresentados por Sidnei Brzuska, com tratamento adequado e humanizado no cumprimento da sanção penal é possível diminuir a criminalidade, a partir da reinserção do indivíduo na sociedade.

Pelo trabalho desenvolvido e pelas práticas inovadoras aplicadas, a penitenciária recebeu em dezembro de 2017 o primeiro lugar no 14º Prêmio Innovare, na categoria advocacia. O Objetivo da premiação é identificar, prestigiar e difundir projetos que contribuem para o aprimoramento e modernização da Justiça no Brasil. Segundo a SUSEPE “A penitenciária participou com o projeto “Responsabilidade compartilhada: uma via para a humanização do sistema prisional e para proteção social”, dentre os motivos para o título está a implantação do perfil de preso, o baixo índice de reincidência (de apenas 20%) e a presença total de Estado” (PAIVA, 2017, s.p).

A semente foi lançada, o primeiro passo foi dado para a retomada de controle do sistema prisional no Rio Grande do Sul por parte do estado. O tratamento humanitário no cumprimento da pena, ambiente salubre, condições para o trabalho do preso e a possibilidade concreta do detento voltar a estudar, são passos importantes para a reinserção do indivíduo na sociedade, pois não há a possibilidade de ressocialização sem humanização no cumprimento da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que se refere ao PCPA, não se vislumbram muitas possibilidades de ressocialização em um ambiente controlado por criminosos, onde o preso que da entrada, tem que escolher uma facção, porque o Estado, não é capaz de assegurar a sua integridade física, tampouco, garantir sua vida, dentro da prisão. É possível perceber que, há um imenso abismo entre, o Estado e a administração de fato do PCPA, cabendo ao Estado apenas encarcerar e, as facções administrar a imensa massa carcerária.

No entanto, percebeu-se que, há solução para essa crise. Exemplo disso é o complexo prisional que está sendo construído no município de Canoas, um exemplo a ser seguido. A penitenciária obedece aos padrões recomendado pelos órgãos internacionais. O conjunto, tratamento digno e ambiente salubre, aplicados pela instituição, trazem às condições necessárias que possibilitam a ressocialização do preso.

A sociedade precisa evoluir, olhar para a frente e entender que a maneira como tratamos nossos presos reflete diretamente na segurança pública. Precisamos deixar as masmorras para trás e avançar não só no tempo, mas, principalmente ter ideias menos retrogradadas, mais humanas. Investir na ressocialização e na recuperação do infrator que deixará o mundo do crime e voltará ao seio da família e para o convívio em sociedade, recuperado e ou (re)educado, trazendo consigo valores antes desconhecidos, vislumbrando, quiçá, o estado de bem-estar social, garantidor de direitos.

REFERÊNCIAS

ABATI, Lucas. Por que apenas 20% dos presos da penitenciária de Canoas retornam ao crime. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/12/por-que-apenas-20-dos-presos-da-penitenciaria-de-canoas-retornam-ao-crime-cjatz74b907lt-01mkstox0bpl.ht>>. Acesso em 30 de mai. de 2018.

AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul et. al. Representação à OEA, violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/site-novo/wp-content/uploads/2016/06/representacao-pcpa-oea-2013.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Claudia. Cárcere em Imagem e Texto: homenagem a Sidnei Brzuska/ Bruno Silveira Rigon, Felipe Lazzari da Silveira, Jader Marques (organizadores); Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]. Medo e Descaso no Brasil: como romper esse ciclo?. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 47 – 53.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIPRIAN, Marcelli. Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS-Porto Alegre • Volume 7 – Número 2 – Um Estudo Comparativo Entre Facções: o cenário de Porto Alegre e o de São Paulo. julho-dezembro 2015. p. 160-174

_____. CNJ Recomenda Esvaziamento do Presídio Central de Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61837-cnj-recomenda-esvaziamento-do-presidio-central-de-porto-alegrers-inseguro-e-dominado-por-faccoes>>. Acesso em: 03 de jul. de 2018.

CIPRIANI, Marcelli, Direito e Democracia. Canoas v.17 n.1. Da “Falange Gaúcha” aos “Bala nos Bala”: a emergência das “facções criminais” em Porto Alegre/RS e sua manifestação atual. jan./jun. 2016. p.105-130.

COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. Subcomissão da Situação Prisional do Estado do Rio Grande do Sul: relatório final. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/SubSist_Prisional/Rel_Final.PDF>. Acesso em: 18 de abr. de 2018.

DORNELLES, Renato Nunes. Falange Gaúcha: o Presídio Central e a história do crime organizado no RS. 2ª ed. Porto Alegre: Diadorim, 2017.

DE PAULA, Margareth. Penitenciária de Canoas tem critérios rígidos para transferência de presos e recuperação social. Disponível em: <>. Acesso em: 29 de mai. de 2018.

FERRAZ, Eliziane. A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde no Sistema Prisional: uma experiência em serviço social na perspectiva da reintegração social. 2015. p.100. Monografia apresentada no curso de Serviço Social do Instituto de Psicologia na Universidade Federal do Rio Grande do sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Serviço Social.

GAUCHA ZH. Tirar da cadeia é fácil, tirar do crime é muito difícil. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/07/sidinei-jose-brzuska-tirar-alguem-da-cadeia-e-facil-tirar-do-crime-e-muito-dificil-4799401.html>>. Acesso em: 17 de abr. de 2018.

ILHA, Flávio. Tá tudo dominado: o PCC se espalha pelo país. Extra Classe. Porto Alegre/RS. Setembro 2017. Ed. 217: p. 16. Impresso.

INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf/view>. Acesso em: 17 de abr. de 2018

INNOVARE. Prêmio Innovare anuncia vencedores de sua 14^a edição. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/noticia/premio-innovare-anuncia-vencedores-de-sua-14a-edicao>>. Acesso em: 03 de jul. de 2018.

MEIRELES, Luana. Penitenciária Estadual de Canoas I Forma Presos no Ensino Médio. disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/penitenciaria-estadual-de-canoas-i-forma-presos-no-ensino-medio>>. Acesso em: 30 de mai. de 2018.

PAIVA, Caroline. Penitenciária Estadual de Canoas 1 é primeiro lugar no Prêmio Innovare. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/penitenciaria-estadual-de-canoas-1-e-primeiro-lugar-no-premio-innovare>>. Acesso em: 30 de mai. de 2018.

PROGRAMA 21h30. Com Renato Dornelles e Tatiana Sager. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-hK-HT2fsvM>>. Acesso em: 17 de abr. de 2018.

RUDNICKI, Dani. Revista de Informação Legislativa, 2012 - senado. leg.br. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre: o cotidiano dos policiais militares senado. leg.br. p. 49 – 63.

SALLIN, Vinícius Ricardo. As Facções e o Grupo da Segurança no Presídio Central de Porto Alegre: relações em um sistema social complexo. Porto Alegre. 2008. p.85. Dissertação apresentada para

obtenção de grau de Mestre, pelo programa de pós graduação da faculdade de psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

SILVEIRA, Felipe Lazzarida. Cárcere em Imagem e Texto: homenagem a Sidnei Brzuska/ Bruno Silveira Rigon, Felipe Lazzari da Silveira, Jader Marques (organizadores); Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]. Como um Anjo no Inferno: sobre o papel do juiz na execução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 19 - 26.

SUSEPE. Penitenciária estadual de Canoas 1: referência em tratamento penal. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1EC-twK928YY>>. Acesso em: 30.de mai. de 2018.

CULTURA E PATRIMÔNIO

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE LITERÁRIA NO SÉC. XIX: ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI APRESENTADOS POR APRÍGIO GUIMARÃES, GAVIÃO PEIXOTO E JOSÉ DE ALENCAR

Ana Cristina Alves de Paula

INTRODUÇÃO

O direito de autor, ramo do Direito Privado que trata das relações jurídicas decorrentes da criação da inteligência humana, bem como da exploração econômica dessas obras, é hoje compreendido como uma modalidade de propriedade intelectual. A construção histórica do direito autoral moderno, a partir do século XVIII, envolve a discussão sobre a natureza desse direito e também sobre a possibilidade de se falar em uma autêntica propriedade no que diz respeito aos bens imateriais, frutos do intelecto humano. A origem do direito de autor é marcada pela existência de diversas teorias e uma intensa discussão acerca de sua natureza.

O presente trabalho, com enfoque no século XIX, tem como primeiro objetivo específico a análise da questão da propriedade literária como garantia para os escritores quanto à utilização de seus escritos. Com efeito, assegurar-lhes o direito à exploração dos lucros advindos da comercialização das reproduções de suas obras no mercado, bem longe de um privilégio, seria o reconhecimento legal de uma propriedade adquirida pelo trabalho.

No Brasil do século XIX, tal como ocorre na Europa do final dos setecentos e início do oitocentos, vigoram dois conceitos – o de propriedade literária e o de direitos autorais – que não são sinônimos. O primeiro predominou no período, ao menos no Brasil, já que o segundo ainda não estava consolidado, o que só acontece quando sancionada a Lei n° 496, de 1° de agosto de 1898, que define e garante os direitos autorais (LAJOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 78).

Em linhas gerais e sumárias, o quadro cronológico das contendas relativas ao reconhecimento da propriedade intelectual e literária no Brasil toma aproximadamente oitenta anos. Antes dele, vigoravam os privilégios, depois de sua abolição, a aceitação de que o autor era responsável e senhor de sua criação artística ou científica, mas somente após 1898 pôde esse indivíduo contar com a proteção legal de que carecia (LAJOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 71). Data de 12 de julho de 1821 a Lei da Liberdade de Imprensa, que, ao abolir a censura prévia em Portugal, reconhece, no Art. 2, a propriedade literária. Três anos depois, com o Brasil já emancipado desde 1822, a Constituição nacional incorpora duas posições de cunho liberal: os privilégios, exceto os de utilidade pública, são extintos, e seus poderes, no caso da propriedade intelectual, transferidos para os criadores; e assevera-se que os inventores detêm a propriedade intelectual das suas descobertas ou das suas produções e conservam essa prerrogativa por algum tempo (LAJOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 68). O privilégio migra do Estado para o autor, cuja propriedade sobre seus produtos é reconhecida.

A legislação brasileira não incorpora o tom progressista do Federal Copyright Act norte-americano, mas, de algum modo, ressoa, em sua formulação, conteúdos dali emanados. Porém, a garantia da propriedade intelectual não é objeto de uma legislação específica, e sim matéria do Código Penal, de 1830, cujo artigo 261 define como crime “imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas que tivessem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros”. A punição vem na forma do confisco dos volumes publicados ou do pagamento de multa, que leva em conta o “valor dos exemplares”.

A almejada legislação, durante o reinado de Pedro II, não se concretizou, tendo de aguardar a instalação do regime republicano, aprovada

apenas em 1898, na sequência de reivindicações que tomaram mais de cinco anos. O artigo inicial da lei brasileira de 1898 não apresenta diferenças substanciais de conteúdo, se comparado ao que rezava a Constituição de 1824. Passa, contudo, para o primeiro plano o reconhecimento dos “direitos autorais”, substituindo a noção de propriedade literária e encerrando um debate que ocorreu na Europa do século XVIII e, no Brasil, ocupou o oitocentos, com intensidade maior em sua década final.

A contrafação minava a indústria do livro no Brasil, prejudicando, sobretudo, os autores que desejassem sustentar-se financeiramente com dividendos auferidos do exercício de sua profissão intelectual. Por esse motivo, analisar-se-ão as discussões no parlamento imperial de três projetos de lei destinados a proteger a propriedade literária no Brasil, com maior destaque ao Projeto de Lei elaborado pelo deputado, jurista e romancista José de Alencar e apresentado à Câmara dos Deputados em 7 de julho de 1875, que visava reconhecer a propriedade literária como expressão do trabalho intelectual materializado no impresso.

1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a Constituição do Império nada estipulou sobre os direitos autorais nem na carta de Constituição de 1824 nem no ato adicional de 1837, embora tenha protegido os direitos dos inventores na primeira, em seu artigo 179, XXVI: “Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.”

A Lei que “Crêa dous Cursos de sciencias jurídicas e sociaes, um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda”, de 11 de agosto de 1827, em seu artigo 7^o estabelece que:

Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accordo com o systema jurado pela nação, estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se porém a aprovação da Assemblêia Geral, e

o governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez annos.

Ao comentar a lei que instituiu os cursos de direito do Brasil, Carlos Alberto Bittar (2003, p. 12) conclui que “foram os lentes os primeiros criadores contemplados expressamente com a exclusividade de exploração – embora ainda sobre a forma de privilégio e não com o caráter de ‘direito’ – de suas obras.” Cumpre notar o atraso jurídico da concessão de privilégios, tendo a doutrina e legislação internacional já superado esta fase do desenvolvimento dos direitos autorais.

O Código Criminal de 1830 estatui a proteção penal aos direitos autorais, e suas respectivas penas, em seu artigo 261:

Imprimir, gravar, lithografar ou introduzir quaisquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, em quanto estes viverem, e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros.

Penas: Perda de todos os exemplares para o autor ou o traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d’elles, do seu valor e outro, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares.

Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, lithografar ou introduzir durará somente por espaço de dez annos.

Mesmo não tendo obtido proteção específica na legislação civil, exceto para os Lentes na forma de privilégio, a especificidade do artigo 261 do Código Criminal do Império força o reconhecimento da existência destes direitos também no plano civilista, ainda que indiretamente, pois admite que o contrafator está violando um direito, que portanto existe. Finalmente, é possível observar a superação do conceito destes direitos como privilégios.

Data de então, através de alguns trabalhos de Tobias Barreto, a introdução no Brasil da visão de que os direitos autorais submetem-se aos direitos da personalidade. Com relação à natureza jurídica dos direitos autorais, e seu enquadramento na estrutura de Direito Civil, Tobias Barreto discorda do juriconsulto Augusto Teixeira de Freitas, que enquadra sob a teoria da propriedade a natureza dos direitos autorais (SOUZA, 2005).

A existência de decisões judiciais reconhecendo estes direitos é outro fator indicativo de sua proteção jurídica no ordenamento jurídico nacional do Império, ainda que sem especificidade. De acordo com Allan Rocha de Souza (2005), esta proteção jurídica então teria, a partir da análise civilista do Código Criminal, a seguinte configuração: (a) apenas os autores brasileiros estariam protegidos; (b) o autor teria proteção por dez anos; (c) os herdeiros seriam beneficiados por 10 anos após a morte do Autor; (d) caberia ao Autor o direito exclusivo de utilização econômica da obra; (e) a pessoa jurídica poderia ser titular, ainda que derivado, dos direitos autorais, pelo prazo de 10 anos, a partir de sua comunicação ao público.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário da anterior, no Título IV, “Dos Cidadãos Brasileiros,” Seção II, “Declaração de Direitos,” em seu artigo 72, inciso 26, dispõe que: “Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”.

A primeira Constituição Republicana garante, assim, a existência dos direitos autorais; a duração durante toda a vida do autor; e a transmissão causa mortis por tempo determinado, que, em razão da legislação infraconstitucional penal vigente à época, era de 10 anos. Por fim, a garantia constitucional se referia explicitamente a um direito exclusivo, concebendo este direito não como propriedade, mas sim como exclusividade comercial, mesma posição adotada anteriormente pelos países de common law.

No fim do Império, com o influxo de novas ideias sobre os direitos autorais, os debates eram intensos e diversificados. Disputava-se sobre a categoria jurídica à qual devem pertencer os direitos autorais: se era um direito de propriedade, ainda que especial, ou um direito pessoal.

O primeiro Código Penal da República, promulgado pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, tratou, em seu Capítulo V, “Dos Crimes Contra a Propriedade Litteraria, Artistica, Industrial e Comercial”, nos artigos 342 até 355. Especificamente com relação aos direitos autorais, então denominados propriedade literária e artística, protegia criminalmente os direitos de reprodução e representação, defendendo-os tanto contra a contrafação como contra o plágio, conforme disposto em seus artigos. O prazo de proteção manteve-se em dez anos após a morte do autor e as penas eram pecuniárias, com perda dos exemplares e pagamento de multa

em favor do autor, como podemos observar em seu artigo 345, que constitui a sua essência.

Em 1º de agosto de 1898, promulgou-se a Lei nº 496, baseada no projeto de autoria de Augusto Montenegro (que veio a ser denominada Medeiros e Albuquerque, em homenagem ao seu relator e autor efetivo), a qual foi o primeiro estatuto civil regulamentando os direitos autorais do Brasil. Antes desta, alguns projetos objetivando a proteção dos autores haviam sido propostos, mas não lograram êxito.

A Lei nº 496 (baseada na Lei Belga de 22 de março de 1886) “define e garante os direitos autorais”, garantia os direitos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil e considerava o registro da obra, que era feito na Biblioteca Nacional, como uma formalidade constitutiva do idade constitutiva do Direito Autoral. Foi inovadora, ao proibir as modificações não autorizadas e instituir o direito de nomeação. Em 17 de janeiro de 1912, a Lei nº 496/1898 foi alterada, passando a proteger, também, além das nacionais, todas as obras estrangeiras. Essa Lei trouxe importantes e modernos dispositivos, muitos dos quais encontram-se presentes em nossa legislação atual.

No final do século XIX, o Brasil promulgou também acordos com Portugal e França. Em 09 de setembro de 1889 assinou com Portugal declaração prevendo a igualdade dos direitos dos nacionais dos dois países, em matéria de direitos autorais.

O Decreto nº 10.353, de 14 de setembro de 1889, manda executar o ajuste, validando-o no país. O mesmo foi feito com a França, pois em 15 de dezembro de 1913, Brasil e França estabelecem um acordo, que foi aprovado pelo Decreto nº 2.966, em 05 de fevereiro de 1915. Em 17 de janeiro de 1912, foi promulgada a Lei nº 2.577, que estendeu a proteção dos direitos autorais às obras publicadas em países estrangeiros, desde que membros das convenções internacionais, assim o Brasil entra definitivamente no plano de proteção internacional das obras criativas.

2 PROJETOS DE LEI

Apresentado na Câmara em agosto de 1856, o projeto do deputado cearense Aprígio Justiniano da Silva Guimarães destacava-se em dois pontos. Primeiramente por prever a celebração de tratados com o Reino

de Portugal, tendo-se em vista “a facilidade dos danos da contrafação resultante da identidade da língua dos dous países” (art. 8). Em segundo lugar, por ampliar o conceito de “propriedade intelectual”, considerando-o “toda sorte de produção nas ciências, letras e belas artes” (art. 1, § 1º) (GODOI, 2017).

O projeto previa multas e confiscos sobre missivas, sermões, preleções e discursos impressos sem a autorização dos autores em livros ou periódicos (art. 3). A propriedade intelectual seria vitalícia e transmissível aos herdeiros dos autores pelo prazo de 30 anos (art. 1). Em relação aos teatros, o projeto estabelecia que “todo empresário de teatro ou associação de atores que representar drama composto ou traduzido por escritor brasileiro, sem sua prévia licença, sofrerá em favor deste e por cada representação uma multa igual à metade da receita do espetáculo, considerados todos os lugares ocupados” (art. 4) (GODOI, 2017).

Ao restringir a proteção aos “cidadãos brasileiros”, o projeto de lei fazia eco ao artigo 261 do Código Criminal de 1830. Contudo, em face da internacionalização do mercado editorial no século XIX, o artigo era extremamente frágil neste ponto. Apesar de Aprígio Guimarães tentar oferecer uma solução ao problema da proteção de autores estrangeiros por meio de tratados e convênios, seu projeto de lei não avançava na questão. O projeto ficou à espera do parecer da Comissão de Justiça Criminal da Câmara, única capaz de estabelecer penalidades (GODOI, 2017).

Um ano depois, Bernardo Avelino Gavião Peixoto, deputado paulista, retomou a matéria. O seu primeiro projeto estabelecia um imposto de 5% sobre “todo e qualquer gênero de divertimento” (art. 1), sendo o montante arrecadado destinado ao estabelecimento de uma caixa de socorro público, a fim de “minorar os sofrimentos das classes do país”. Muitos intelectuais empobrecidos poderiam se valer de tais recursos (GODOI, 2017).

O segundo projeto de lei do mencionado deputado versava exclusivamente sobre os teatros. Se promulgada, a lei previa que toda empresa teatral deveria manter livros contábeis registrados no Tribunal do Comércio (art. 1 §1), bem como escriturar todas as peças de seu repertório (art. 1, §2). Anualmente, além de promover um concurso dramático (art. 1, §3), as companhias seriam obrigadas a representar originais brasileiros (art. 1, §6). Descumpridas as disposições, as multas eram de 1 a 3 contos de réis (GODOI, 2017).

Gavião Peixoto almejava blindar o autor dramático contra a suposta ganância dos empresários teatrais. Nenhuma peça, original ou imitação, poderia ser montada “sem o consentimento formal ou por escrito de seu autor ou tradutor” (art. 2). A remuneração do autor dramático obedecia a uma curiosa hierarquia de gêneros. Por exemplo, o autor brasileiro ou estrangeiro de um drama em 5 atos em “língua nacional” teria acesso a todos os ensaios, assim como o direito de “dirigir a representação”. Na noite de estreia, este mesmo autor receberia 20% da receita bruta do espetáculo, além de seis cadeiras na primeira classe. Nas noites subsequentes, receberia 10% da receita bruta, bem como entrada franca a cada uma delas (art. 2, §1; art. 8-9). Embora pudesse vender sua obra a uma companhia, o autor ainda manteria o direito de exigir sua montagem, intervindo, inclusive, na distribuição dos papéis entre atores e atrizes (art. 2, §8-9). Por outro lado, independentemente do contrato assinado com determinada companhia, os autores gozariam de total liberdade para contratar com o editor de sua preferência a impressão das peças. Salvo acordos já firmados, eles também estavam livres para negociar a representação de suas obras em qualquer teatro do Império (art. 4). Garantias extensivas aos compositores musicais (art. 11) (GODOI, 2017).

O projeto garantia “aos autores brasileiros a propriedade de suas obras vitaliciamente” (art. 1). O entendimento de “obras” era amplo, abrangendo “toda a sorte de produção em ciências, letras e belas artes”; assim, contrafator era “todo aquele que introduzir qualquer escrito, composição musical, pintura ou qualquer produção intelectual sem licença do autor ou tradutor, ou fora da letra do contrato estipulado por ele como o editor ou outra qualquer pessoa” (art. 2, §1). O mesmo valia para obras de brasileiros reproduzidas de modo indevido no exterior, para a impressão não autorizada de cartas que versavam sobre temas literários e científicos, bem como de discursos e prelações estenografadas. As penas incidiam em multas, confiscos de exemplares e prisão de 1 a 6 meses (art. 2, §2-10). Gavião Peixoto procurava resolver o problema dos autores estrangeiros estendendo a eles as garantias do projeto (art. 1, §2) (GODOI, 2017).

Além da necessidade do contrato registrado (art. 5), o projeto de lei firmava a importância do depósito legal para o reconhecimento da propriedade literária por meio da remessa compulsória de exemplares da obra à Biblioteca Pública do Rio de Janeiro e aos arquivos provinciais. O de-

pósito era a condição para se levar adiante qualquer ação judicial a fim de se reconhecer ou contestar a propriedade intelectual (art. 9). No caso da imprensa, os artigos ou séries de textos, originais ou traduzidos, pertenceriam aos jornais e periódicos. Reimpressões, no entanto, poderiam incorrer em multa de 50 mil réis por artigo em favor dos autores ou tradutores (art. 4) (GODOI, 2017).

Os projetos de lei de Aprígio Guimarães e Gavião Peixoto foram considerados quase idênticos. E ambos acabaram esquecidos. O assunto seria retomado na Câmara em 1875, graças a José de Alencar. E a “Questão Guarani” ofereceria as bases para o projeto de lei apresentado por ele na Câmara dos Deputados (GODOI, 2017).

Em 7 de julho de 1875, José de Alencar, que exercia, na ocasião, mandato parlamentar, na sequência da atuação como deputado pela província do Ceará e como ministro da Justiça, entre 1868 e 1870, apresentou à Câmara dos Deputados projeto de lei acerca da proteção da propriedade literária, militando a favor da profissionalização do escritor brasileiro (GODOI, 2017, p. 11).

O projeto de lei de José de Alencar, diferentemente daqueles de seus antecessores, compunha-se de duas partes principais: uma primeira, em que elencava os artigos que lhe eram constitutivos, num total de quatorze; e uma segunda, dividida, por sua vez, em seis partes, a que denominara, no conjunto, “Fundamento do projecto”. Essa segunda parte excede significativamente a primeira em termos de extensão, tendo caráter argumentativo por meio do qual expõe e defende as razões de cada um dos quatorze artigos (AUGUSTI, 2012).

O romancista teceu críticas à imitação e ao plágio, valorizando, em contrapartida, as inovações no que diz respeito à contextura das obras (AUGUSTI, 2012):

Se a contextura é geral, já aceita pela sciencia e consagrada pelo uso, pertence ao domínio commum. Assim todos podem adoptar, em uma obra de direito criminal, o systema do nosso código; dividir um livro em capítulos; um drama em actos e scenas, etc.

Desde que a contextura da obra fôr producto da invenção do autor ella pertence-lhe exclusivamente, salvo o direito de expropriação. O jurisconsulto que formulasse uma nova e sabia divisão do di-

reito civil, teria feito mais para a sciencia da legislação do que se escrevesse longos e prolixos commentarios. Ninguém lhe poderia usurpar, não só essa gloria, como a propriedade de sua descoberta scientifica (ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO, 1875, p. 31, apud AUGUSTI, 2012).

Além do roubo e do furto, o plágio constituiria também um delito contra o domínio do autor, necessitando, no entanto, de análise pormenorizada, uma vez que passível de ser confundido com as citações e imitações. Ainda que procure definir estas últimas, Alencar observa que discriminá-las não seria tarefa da lei, mas sim da jurisprudência, cabendo a esta o estudo dos fatos em particular (AUGUSTI, 2012).

Para Alencar havia uma distinção clara entre plágio e contrafação. Ele explicava que a palavra francesa contrefaçon, que poderia ser traduzida por “simulação”, foi o termo adotado pela jurisprudência para caracterizar o furto intelectual “perfeitamente caracterizado” (GODOI, 2017).

O plágio, por se tratar da reprodução de trechos, podia ser considerado uma “violação menos grave, porque, além de parcial, pode ser fortuita e cometida de boa fé”. O que caracterizava um ou outro delito era a medida da usurpação da “essência ou substância da obra”, ambas identificadas em seu título, forma e contextura (GODOI, 2017). Explicando-se melhor, Alencar afirmava que o título era “um dos mais importantes elementos da obra e um dos traços que mais concorrem para individualizá-la” (GODOI, 2017).

O parlamentar defendia que a propriedade literária e artística usufríssem das mesmas garantias da propriedade em geral, nomeadamente a transmissão hereditária, “sem limitação de tempo e sem distinção de nacionalidade” (art. 1).

Alencar mostrava-se bastante preocupado em legislar sobre os diferentes modos de reprodução ilegal das obras, inclusive a reprodução pública por “exibição ou representação” (GODOI, 2017):

Art. 2º A reprodução pública da essência ou substância da obra literária e artística por qualquer modo ou processo, incluída a exibição ou representação, só pode ser feita pelo autor e seus sucessores, ou em virtude de cessão dos mesmos, provada por escritura pública.

Consiste a essência ou substância da obra:

§ 1º No título, quando esse for da invenção do autor por sua originalidade, ou novidade da combinação.

§ 2º Na forma, a qual para o livro e a música se resume na frase e estilo; e para as artes plásticas no desenho e atitude.

3o. Na contextura e plano da obra, desde que sejam de criação própria.

Art. 3º A reprodução pública integral ou geral de obras por qualquer modo ou processo, incluída sua exibição ou representação, sendo feita por terceiro sem consentimento do autor, nos termos do art. 2º, constitui crime de contrafação e será punida com as penas do furto.

O projeto considerava autores os tradutores e copistas de obras de arte que atuassem nos parâmetros da lei (art. 10). Já em relação ao jornalismo, estipulava que os artigos que não trouxessem a rubrica “reprodução reservada” poderiam ser livremente transcritos em outros jornais e revistas, sendo proibida sua compilação em livro sem a autorização dos autores (art. 6). Certamente a partir de sua experiência como redator-chefe do Diário do Rio de Janeiro, Alencar concedia aos jornais o direito de “estenografar e publicar sem permissão qualquer discurso que seja proferido em ato público e oficial”. Em contrapartida, as folhas eram obrigadas a publicar eventuais emendas e correções solicitadas pelos autores (art. 7). O depósito legal das obras era condição essencial para que o autor pudesse se beneficiar da lei (art. 8) (GODOI, 2017).

O art. 11 do referido projeto estabelece que as questões relativas à contrafação e ao plágio deveriam ser decididas “por um jury de três escriptores ou artistas da especialidade contravertida e designados pelo juiz de direito perante o qual se iniciar a ação” (ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO, 1875, p. 28, apud AUGUSTI, 2012).

Pode-se afirmar, portanto, que seu projeto de lei se inscreve numa vasta discussão sobre a propriedade literária no Brasil do oitocentos, em diálogo com os projetos de lei que o antecederam e com os debates que marcaram o estabelecimento desses direitos na Europa, séculos antes.

Valéria Augusti leciona que ainda que alguns dos tópicos fundamentais para o estabelecimento dos direitos do autor – como é o caso da reivindicação do reconhecimento da obra como propriedade em decorrência do trabalho nela investido – estivessem presentes em projetos de lei anteriores, o projeto de José de Alencar, em particular, avançou significativamente ao fazer da dimensão estética critério necessário à individualização da produção artística e à consequente atribuição da propriedade intelectual sobre ela. Não bastasse isso, Alencar reivindicou aos escritores um papel social ainda inédito: participar das decisões jurídicas referentes ao campo literário e artístico (AUGUSTI, 2012).

O projeto de José de Alencar – e de tantos outros projetos sobre direitos autorais que o antecederam – não chegou a prosperar. Entretanto, em dezembro de 1877, foi dado um passo importante no sentido da organização dos homens de letras da Corte. Capitaneados por Francisco Otaviano, um grupo de escritores aventou a fundação da Sociedade José de Alencar, destinada à defesa dos interesses dos escritores. Tal medida, infelizmente, também não avançou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se vão três séculos desde que o direito de autor moderno foi consolidado legalmente no Ocidente e ainda vivemos sob a insistente sensação de que lhe falta uma base teórico-filosófica sólida e coerente. Mesmo aqueles que estão convictos da existência dessa fundamentação têm de se esforçar para demonstrar conceitualmente esta convicção, o que indica que não estamos tratando de um tema pacificado e bem resolvido. Ao longo das análises feitas acima, pretendemos mostrar como a origem e o desenvolvimento do *copyright* e do *droit d'auteur* nos séculos XVIII e XIX envolveram um constante debate teórico, no qual a assimilação do direito de autor a um direito de propriedade teve, sistematicamente, de se contrapor a outra concepção de justificação, que rejeita essa identificação e baseia o direito dos autores em um simples monopólio temporário concedido pelo Estado.

Talvez importe pouco, na prática, se o direito de autor é um direito de propriedade ou não. Mais importante é que ele seja bem definido e determine claramente seus efeitos, sua extensão e sua duração.

O presente trabalho teve como primeiro objetivo específico analisar a questão da propriedade literária como garantia para os escritores quanto à utilização de seus escritos. Com efeito, assegurar-lhes o direito à exploração dos lucros advindos da comercialização das reproduções de suas obras no mercado, bem longe de um privilégio, seria o reconhecimento legal de uma propriedade adquirida pelo trabalho.

Outro objetivo específico foi estudar a origem do direito autoral no Brasil e indicar sua complexa constituição, haja vista a influência de teorias diversas sobre sua conformação. Em linhas gerais, o quadro cronológico das contendas relativas ao reconhecimento da propriedade intelectual e literária no Brasil toma aproximadamente oitenta anos. Antes dele, vigoravam os privilégios, depois de sua abolição, a aceitação de que o autor era responsável e senhor de sua criação artística ou científica, mas somente após 1898 pôde esse indivíduo contar com a proteção legal de que carecia (LAJOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 71).

Data de 12 de julho de 1821 a Lei da Liberdade de Imprensa, que, ao abolir a censura prévia em Portugal, reconhece, no art. 2, a propriedade literária. Três anos depois, com o Brasil já emancipado desde 1822, a Constituição nacional incorpora duas posições de cunho liberal: os privilégios, exceto os de utilidade pública, são extintos, e seus poderes, no caso da propriedade intelectual, transferidos para os criadores; e assevera-se que os inventores detêm a propriedade intelectual das suas descobertas ou das suas produções e conservam essa prerrogativa por algum tempo (LAJOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 68). O privilégio migra do Estado para o autor, cuja propriedade sobre seus produtos é reconhecida.

A garantia da propriedade intelectual, porém, não é objeto de uma legislação específica, e sim matéria do Código Penal, de 1830, cujo artigo 261 refere-se explicitamente à garantia da propriedade literária, sendo considerado crime apoderar-se de um escrito ou estampa de um cidadão brasileiro enquanto ele estiver vivo ou antes de dez anos após sua morte. A punição vem na forma do confisco dos volumes publicados ou do pagamento de multa, que leva em conta o “valor dos exemplares”.

A consolidação da prática de remunerar regularmente os escritores não ocorreu antes de 1840. Há recebimentos registrados a partir de 1841, época em que o regime monárquico adotado após a separação política de Portugal se estabiliza, com a ascensão de Pedro II ao trono brasileiro (LA-

JOLO; ZILBERMAN, 2015, p. 76). No mesmo período, são paulatinamente dominadas as revoltas regionais que ameaçaram a unidade do império durante a administração regencial, entre 1831 e 1840. A Corte carioca assumia e consolidava a supremacia cultural da nação, posição mantida até o final do século XIX. É, porém, depois de 1860 que se solidifica o modo particular de funcionamento do sistema brasileiro de remuneração dos escritores. Observando o período entre 1858 e 1872, verifica-se a hegemonia do livreiro Baptiste-Louis Garnier, que, desde meados de 1840, administrava a filial brasileira da empresa da família, sediada em Paris.

A almejada legislação, durante o reinado de Pedro II, não se concretizou, tendo de aguardar a instalação do regime republicano, aprovada apenas em 1898, na sequência de reivindicações que tomaram mais de cinco anos. O artigo inicial da Lei n° 496 de 1898 não apresenta diferenças substanciais de conteúdo, se comparado ao que rezava a Constituição de 1824. Passa, contudo, para o primeiro plano o reconhecimento dos “direitos autorais”, substituindo a noção de propriedade literária e encerrando um debate que ocorreu na Europa do século XVIII e, no Brasil, ocupou o oitocentos, com intensidade maior em sua década final.

Ao final do século XIX, sob o auspício da Associação Literária e Artística Internacional, por iniciativa dos próprios artistas, elabora-se o primeiro instrumento jurídico internacional e multilateral de proteção aos direitos autorais – a Convenção de Berna, que inaugura a fase de internacionalização destes direitos, estabelecendo também os princípios do tratamento nacional e igualitário a estrangeiros nacionais dos países membros da União de Berna, proteção automática e proteção mínima, até hoje vigentes.

No processo de estabelecimento do mercado literário brasileiro no século XIX, foi se construindo entre literatos, leitores e editores a compreensão da propriedade literária e, posteriormente, dos chamados direitos autorais. Procurou-se analisar as principais propostas relacionadas à regulamentação dos direitos autorais ocorridas no Brasil durante o século XIX, no objetivo de evidenciar as principais demandas existentes em relação ao reconhecimento do trabalho literário. Seguindo os debates legislativos, intentou-se determinar a importância dessa atuação na definição das práticas literárias, bem como avaliar seu papel na instituição da figura autoral enquanto proprietária dos textos literários.

Os esforços de definição e de institucionalização dos direitos autorais no Brasil responderam também ao interesse de profissionalização do escritor nacional. Atuando como solução frente às dificuldades financeiras enfrentadas pela maioria dos escritores, as garantias expressas em lei em relação aos direitos dos autores possibilitariam a estes agentes culturais serem identificados enquanto tais, além de permitirem receber algum retorno pelo trabalho empreendido. Ainda que o retorno não fosse suficiente, como destacou José de Alencar e a maioria dos escritores do XIX, o demorado processo de constituição do direito autoral no Brasil – que vai da primeira expressão legal relacionada a publicações de textos, na década de 1830, até a sua inclusão final no texto da lei brasileira, no final da década de 1890 – promoveu um ambiente favorável à reunião de grupos intelectuais suficientemente legitimados para a construção de uma coletividade reconhecida como extrato mais elevado da cultura brasileira à época.

O Brasil do século XIX viu se acumularem queixas de escritores brasileiros e estrangeiros acerca da contrafação de suas obras em território nacional, que prejudicava, sobretudo, os autores que desejassem sustentar-se financeiramente com dividendos auferidos do exercício de sua profissão intelectual.

A ausência de um aparato legal adequado para pôr fim a tais práticas levou o legislativo a elaborar inúmeros projetos de lei tendo por objeto a propriedade literária e artística. Por isso, apresentou-se uma leitura dos projetos de lei de direitos autorais, formalizando o anseio pelo reconhecimento da atividade literária e afirmação da obra como propriedade passível de se auferir lucros, mas sem perder o seu valor estético.

Os temas dos direitos dos autores e prerrogativas de livreiros moveram a sociedade brasileira ao longo do século XIX e permitiram a subsistência da nascente indústria de livros no Brasil, devendo ser compreendidos como parte de uma produção literária mais ampla. Observa-se que as discussões em torno da propriedade literária não haviam ainda estabelecido convenções na Europa e se encontravam, no Brasil, ainda dispersas. Com efeito, assegurar aos autores do período o direito à exploração dos lucros advindos da comercialização das reproduções de suas obras no mercado, bem longe de um privilégio, seria o reconhecimento legal de uma propriedade adquirida pelo trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Marco Antônio Sousa; PONTES, Leonardo Machado. O direito de autor como um direito de propriedade: um estudo histórico da origem do copyright e do droit d'auteur. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2535.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2019.
- AUGUSTI, Valéria. Os fundamentos da propriedade literária por José de Alencar. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/tl/article/view/4542/3515>>. Acesso em: 22 maio 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- GODOI, Rodrigo Camargo de. Advogados, escritores e livreiros: embates em torno da “propriedade literária” no Rio de Janeiro (1848). Disponível em: <http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1438008975_ARQUIVO_Anpuh2015_TextoCompleto_RodrigoCGodoi.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.
-
- _____. José de Alencar e os embates em torno da propriedade literária no Rio de Janeiro (1856-1875). Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol. 30, no 62, p. 573-596, setembro-dezembro 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-21862017000300573&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 22 maio 2018.
- LAJOLO, Marisa; ZILBERMAN, Regina. A formação da leitura no Brasil. São Paulo: Ática, 1996.
-
- _____. A profissionalização do escritor no Brasil do século XIX. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/fragmentum/article/view/20738>>. Acesso em: 21 maio 2018.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais: a história da proteção jurídica. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 7, dez. 2005. Disponível em: <<http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/01.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

MEMÓRIA E IDENTIDADE: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LÍNGUAS INDÍGENAS

Daniel Machado Gomes

Tiago da Silva Cicilio

Aline dos Santos Lima Rispoli

INTRODUÇÃO

A proteção do patrimônio cultural imaterial é relativamente recente. Desde os anos 1937 a proteção jurídica do patrimônio cultural material já era tratado no Brasil por meio de decreto, mas é a partir das últimas décadas que a mobilização mundial em volta da política cultural na esfera dos bens de natureza imaterial entra em pauta. Tendo em vista que a comunidade tradicional desempenha um importante papel no enriquecimento da diversidade cultural e na criatividade humana e que urge a proteção dessa diversidade num cenário de risco iminente de extinção, surgem inúmeros diplomas legais como reflexo da grande mobilização mundial de grupos, organizações e estudiosos para enfrentar desafios como a construção de direitos e estratégias que instrumentalizem as populações indígenas para a preservação e transmissão da sua memória e identidade.

O artigo será dividido em duas partes, a primeira seção busca delinear os alcances da Constituição de 1988 e das leis infraconstitucionais e internacionais acerca do patrimônio cultural imaterial ligado às comunidades indígenas. A Constituição Cidadã estabeleceu a promoção e a defesa do saber das comunidades tradicionais, em especial dos povos indígenas, e

com isso determinou as diretrizes para a salvaguarda do saber indígena. Assim como surgiram inúmeras normas nacionais e internacionais que recomendam medidas a serem seguidas, tratando da conceituação, organização, conservação e divulgação desse patrimônio indígena, ocasionando a criação de órgãos, programas e institutos, como o Departamento do Patrimônio Imaterial, o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e o Registro. Registros que seguem a mesma lógica desenvolvida para tratar dos bens materiais, onde cria inicialmente quatro Livros de Registro a fim de facilitar a catalogação e dar efetividade ao seu asilo.

A segunda parte do presente artigo será dedicada ao sistema protetivo da diversidade linguística e memória coletiva do índio. O processo de mundialização trouxe inúmeras implicações para a existência do pluralismo linguístico, a exemplo da reestruturação de todas as relações sociais, que com a volatilidade contemporânea pode levar qualquer memória ao desaparecimento num curto espaço de tempo. Então, a partir dessa urgência em proteger a diversidade linguística das comunidades tradicionais, que estão gravemente ameaçada de apagamento, são criados instrumentos jurídicos, como a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos da UNESCO e o Inventário Nacional de Diversidade Linguística no Brasil, para garantir direitos linguísticos, alcançando desde a presença equitativa da língua e da cultura dos diversos grupos nos meios de comunicação, até a serem atendidos na sua língua nos órgãos oficiais e nas relações socioeconômicas, numa forma de estabelecer uma memória desse povo e assegurar a existência de sua identidade. Desse modo, o texto exporá o que se entende por memória coletiva e uma das suas consequências, que é a identidade.

O PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

A Constituição da República de 1988, no artigo 231, confere proteção especial aos bens imateriais da comunidade indígena, como: a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. O constituinte incumbiu a União a fazer respeitar os bens materiais e imateriais indígenas e a preservar a necessária reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições dos nativos. Neste sentido, as línguas e a diversidade

linguística dos indígenas gozam da proteção jurídica conferida pelo fato de haver regra expressa no texto constitucional.

No plano infraconstitucional, há previsão de proteção às comunidades indígenas, pois estas se enquadram na categoria de comunidades tradicionais que são caracterizadas por três elementos: o regime de propriedade comum, o sentido de pertencimento a um lugar específico e a profundidade histórica da ocupação guardada na memória coletiva. O artigo 3º, I, do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, define povos e comunidades tradicionais como grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. Assim, se enquadram na categoria de povos tradicionais os indígenas, os quilombolas, os extrativistas em geral (seringueiros, castanheiros, quebradores de coco-babaçu), os cablocos-ribeirinhos, pescadores artesanais, caiçaras (pescadores do mar).

A proteção jurídica das comunidades indígenas está intimamente relacionada com a tutela do patrimônio cultural que hoje abrange bens de natureza material e imaterial, individualmente ou em conjunto, que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Os artigos 215 e 216 da Constituição de 1988, inseridos pelas Emendas Constitucionais nºs. 48/2005 e 42/2003 respectivamente, inauguraram um novo paradigma no que tange ao patrimônio cultural. O artigo 215 estabelece a obrigação do Estado em garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações. E o artigo 216 amplia o patrimônio cultural brasileiro, porque inclui os bens imateriais, como as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver; além de considerarem os bens de natureza material, como os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, ou as obras, objetos, documentos, edificações. Estabelecendo, ainda, obrigações ao Poder Público para criar inventários, registros, tombamentos, punições para os que causarem danos e ameaças ao patrimônio e normas de ordem tributária.

Com a Carta de Fortaleza a regulamentação infraconstitucional dos bens culturais de natureza imaterial toma sua primeira forma. A princípio buscou-se desenvolver instrumentos legais para a salvaguarda dos bens imateriais e criar normas de responsabilidade para órgãos do setor cultural. Recomendou-se o processamento de inventários dos bens culturais imateriais em todo o território nacional e sua ampla e irrestrita divulgação por meio do Sistema Nacional de Informações Culturais. Esta política de salvaguarda ganhou devida efetividade com a criação do Departamento do Patrimônio Imaterial (DPI) em 2004, que ficou encarregado de implementar políticas que tenham como “pilares a documentação e a produção de conhecimento e que aborda o patrimônio cultural no contexto social e territorial onde se desenvolve, contemplando as condições sociais, materiais e ambientais que permitem sua manutenção e reprodução” (BRASIL, 2012, pág. 12).

Como não era possível a inclusão dos bens imateriais nos respectivos Livros de Tombos, na forma do Decreto-lei nº 25/1937, que são destinados aos bens materiais, o Decreto nº 3551/2000 criou o instituto do Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial para cuidar de todo o patrimônio cultural contido no território brasileiro e o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial responsável pela implementação de políticas específicas de inventário. O Decreto também indica a dependência de acompanhamento pelo Iphan, que inclusive realiza a reavaliação dos bens registrados de dez em dez anos, e elenca os legitimados para provocar a instauração do processo de registro e o exame e aprovação de candidaturas à Lista dos Bens em Necessidade de Salvaguarda Urgente. Ressalta-se que entre os anos de 2006 e 2009 houve uma ampliação dos legitimados com as Resoluções do Iphan, incluindo as associações da sociedade civil e as instituições vinculadas ao Ministério da Cultura em âmbito estadual, municipal e distrital.

Assim, a inscrição dos bens imateriais deve ter como referência a continuidade história do bem e sua relevância nacional para a memória, identidade e formação do povo brasileiro e pode ser registrado em um dos quatro Livros de Registros. O primeiro Livro corresponde ao Livro dos Saberes, destinados aos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades, como exemplo o segundo bem imaterial registrado: o ofício das Paneleiras de Goiabeiras. O segundo livro é desti-

nado a Celebrações, que são para inscrições de rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de práticas da vida social, a exemplo do Ritual Yaikwa do povo indígena na Enawene Nawe, inserido em 2010. O terceiro livro trata das Formas de Expressão, voltado para manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas, como a Arte Kusiwa, sendo uma pintura corporal e arte gráfica wajàpim, o primeiro bem imaterial registrado no Brasil. E, por último, o Livro dos Lugares é reservado para mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas, sendo exemplo a Cachoeira de Lauaretê, Lugar Sagrado dos povos indígenas dos Rios Uapés e Papuri, São Gabriel da Cachoeira.

Considerando a profunda interdependência entre o patrimônio cultural imaterial e o patrimônio material cultural e natural e a vontade universal e a preocupação comum de salvaguardar os bens imateriais da humanidade, a Convenção da Unesco para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial emerge para atribuir objetividade à causa. Internalizada em 2006, a Convenção define os bens de natureza imaterial, dentre outros, como sendo as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural (UNESCO, 2006). Os quais são manifestos, em particular, no campo das tradições e expressões orais, incluindo a língua como vetor; nas artes do espetáculo; nas práticas sociais, rituais e atos festivos; nos conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo; e, nas técnicas artesanais tradicionais (UNESCO, 2006).

Outro instrumento importante é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi uma das primeiras a instruir os governos a garantirem os direitos e os princípios fundamentais de povos indígenas e tribais. Nela há previsão da proteção dos bens imateriais destas comunidades no artigo 28, que trata especificamente do saber indígena, orientando a criação de medidas que atendam aos interessados em aprender a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no seu grupo e, em caso de impossibilidade, que consultem os respectivos povos buscando adotar formas que viabilizem tais objetivos. E, concomitantemente, o diploma aponta para a garantia de oportunidades para que os índios se tornem fluentes na língua nacional

ou em uma delas, para suprir as necessidades da comunicação com os não índios. Além de orientar a busca da preservação, da promoção, do desenvolvimento e da prática das línguas indígenas para quaisquer indivíduos interessados.

DIVERSIDADE LINGUÍSTICA E MEMÓRIA COLETIVA DOS INDÍGENAS

O processo de mundialização da economia, da informação, da comunicação e da cultura tem afetado intensamente o pluralismo linguístico. Por essa razão, a Unesco criou a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos em 1996, que define comunidade linguística como toda sociedade humana que se identifica como povo e desenvolveu uma língua comum como meio de comunicação natural e de coesão cultural entre os seus membros (UNESCO, 1996). Nesta definição se incluem as comunidades indígenas que possuem língua própria.

A declaração elenca inúmeras garantias às comunidades linguísticas, além de definir os direitos linguísticos como individuais e coletivos. São considerados individuais: o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística; a usar a língua privada e publicamente; a manter e desenvolver a própria cultura. São considerados direitos coletivos: o direito ao ensino da própria língua e da própria cultura; à uma presença equitativa da língua e da cultura do grupo nos meios de comunicação; a serem atendidos na sua língua nos organismos oficiais e nas relações socioeconômicas.

Mais de uma década após a Declaração da UNESCO, o Brasil instituiu, através do Decreto 7387/2010, o Inventário Nacional de Diversidade Linguística, com vistas a dar efetividade a políticas culturais para a identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, devendo a língua ter relevância para a memória, a história e a identidade dos grupos. O inventário tem o objetivo de mapear, caracterizar e diagnosticar as diferentes situações relacionadas à pluralidade linguística brasileira, sistematizando esses dados em formulário específico e conferindo, caso preenchido os requisitos, o título de referência cultural brasileira.

As línguas indígenas são portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos índios, que constituem um dos grupos que formaram a sociedade brasileira. Como tal, estas línguas e sua diversidade são objeto de proteção jurídica com vistas à manutenção da memória dos povos indígenas. Do ponto de vista individual, a memória é resultado de um processo de arquivamento de informações e de experiências, com influência de fatores fisiológicos e genéticos, modificando os modos de viver e de agir dos seres humanos. Pensada em sua forma coletiva, a memória pode ser entendida como conjunto de experiências compartilhadas entre gerações e membros da sociedade, sobre fatos, pessoas, sentimentos e sentidos, desenvolvendo-se tanto nas interações verbais e cotidianas dos agentes sociais (memória comunicativa e oral) quanto em formas mais institucionalizadas, escritas, monumentais ou genericamente, em figuras de memória.

A memória coletiva se renova, se molda, aparece e desaparece e as vezes cai no esquecimento. É justamente por que traz as marcas, transforma e ocorre no presente que se permite que a memória seja escrita ou reescrita na história. O passado não muda, mas o que muda é a nossa percepção e conhecimento do passado com relação a uma determinada memória. Apesar da íntima relação, existe uma diferença entre memória e história, pois enquanto a memória tem seu lugar específico a depender da era e dos níveis de domínios dos tipos de linguagem, sendo aquela de um grupo que está viva e se comporta no hábito, a história não é mais essa espontânea, mas arquivos. Por isso não se confunde memória e história, pois a memória caminha em direção ao mundo do passado da vivência de um grupo, enquanto a história é criada cientificamente com base nessa memória coletiva, isto é, uma reconstrução problemática e incompleta do que não mais existe.

O termo memória coletiva foi cunhado pelo filósofo francês Maurice Halbwachs em 1925, para designar o fenômeno que surge da interação social. Segundo Halbwachs (2004, p. 26), as memórias são construções dos grupos sociais, são eles que determinam o que é memorável e os lugares onde essa memória será preservada. Ele ainda entende que elas são noções que referem conhecimentos acerca do passado e que muitas vezes são usadas como memória social ou memória cultural.

Sem memória não há identidade, já que esta é construída por aquela,

e ambas configuram as bases da estabilidade num mundo em que tudo está sempre sendo alterado. A memória e a identidade estão vinculadas a propósitos e ações no presente. Isto é, são narrativas pré-selecionadas que, a depender do objetivo, poderão ser aproveitadas como mecanismos de constituição de fronteiras que sustentam hierarquias sociais e relações de poder, como processos de inclusão e de exclusão social (CARVALHO, 2017, p. 23).

As demandas da contemporaneidade reestruturaram amplamente todas as relações sociais, fazendo com que qualquer relacionamento, objeto, saber ou pessoa corra o risco iminente de tornar-se obsoleto, dispensável e passível de extinção num curto espaço de tempo. A memória e a identidade cultural transmitida por gerações ganham notoriedade, pois conferem um sentido de identidade e de continuidade e contribuem para o efetivo respeito da diversidade cultural humana (UNESCO, 2006). Por isso, há uma evidente necessidade de se preservarem as línguas indígenas como meio de manutenção da memória e da identidade destes povos.

CONCLUSÃO

O texto buscou demonstrar que proteção constitucional às línguas indígenas é fundamental para garantir a memória e a identidade dos índios. O trabalho está dividido em duas partes, a primeira foi intitulada O Patrimônio Cultural Imaterial das Comunidades Indígenas, nela apontou-se que a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e tradições indígenas gozam de proteção do artigo 231 da Constituição. É neste contexto que as línguas e a diversidade linguística dos indígenas constituem um meio de transmissão da memória que é capaz de garantir a continuidade das diferentes identidades do Brasil.

A segunda parte do texto foi intitulada Diversidade Linguística e Memória Coletiva dos Indígenas. Ela se iniciou com a definição de comunidade linguística na qual se inserem as comunidades indígenas que possuem língua própria diversa do português. Foram indicados os direitos linguísticos individuais e coletivos que são titularizados pelos índios brasileiros e pelas comunidades indígenas, na medida em que se referem à identidade, à ação e à memória destes grupos. Foram, ainda, analisadas diversas relações entre memória e identidade tanto em nível individual quanto em nível coletivo.

Constatou-se que o papel da memória, enquanto elo de ligação com o passado, é decisivo para a formação do presente e para a continuidade futura da identidade de comunidades tradicionais como é o caso dos índios. Neste contexto, as línguas indígenas possuem proteção constitucional na medida em que fazem referência à memória e à identidade destes povos. Conclui-se que a diversidade de línguas indígenas no Brasil é, por si só, um valor que merece ser preservado e protegido, a fim de se reverter processos de exclusão social que hierarquizam injustamente as diferenças culturais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22/04/2018.

_____. Patrimônio Imaterial. Organizado por Flávia Lima e Alves. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. 84 p.

_____. Decreto nº 7.387, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7387.htm>. Acesso em: 14/04/2019.

_____. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm>. Acesso em: 14/04/2019.

_____. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>. Acesso em: 14/04/2019.

_____. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 14/04/2019.

CARVALHO, Lucas Borges. O Direito e a Política da Memória e da Identidade: entre a Segurança e a Justiça Social. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). p.

22-32, janeiro/abril, 2017. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2017.91.03/5987>>. Acesso em: 27/08/2017.

HALBWACHS, Maurice. A memória coletiva. Trad. de Beatriz Sidou. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. Carta de Fortaleza, de 14 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Fortaleza%201997.pdf>>. Acesso em: 14/04/2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14/04/2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, de 07 de junho de 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 14/04/2019.

UNESCO. Convenção da Unesco para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://ich.unesco.org/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf>>. Acesso em: 14/04/2019.

_____. Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, de junho de 1996. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_universal_direitos_linguisticos.pdf>. Acesso em: 14/04/2019.

O TEATRO DO BOI COMO ESPAÇO PÚBLICO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS

João Paulo da Silva

1 – INTRODUÇÃO

A evolução dos direitos humanos, no decorrer de seu processo histórico de consolidação, elevou a cultura ao patamar de direito peculiar à condição de humano. Os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação brasileira garantem ao seu povo a oferta de cultura por intermédio do poder estatal e da sociedade civil. A definição de que os direitos humanos evoluíram a partir de marcos históricos, subdivididos em gerações de direitos, reflete o conhecimento situado a partir de um modelo tradicional e dentro de uma perspectiva histórica dominante.

Dentro da concepção de garantia de direitos humanos, pela teoria tradicional, os direitos culturais seriam obrigação do Estado, revestidos de caráter universal. No entanto, sabe-se que, ainda existem sociedades que sequer possuem o mínimo para sobrevivência. Nesse ponto, há uma utopia em acreditar que os direitos culturais se encontram plenamente assegurados e resguardados pelo poder público, por estarem garantidos em leis e tratados internacionais, uma vez que os processos de luta e reivindicação constantes pelos direitos humanos em determinadas sociedades, ainda são pontos de partida para se conseguir direitos fundamentais mínimos.

A cultura entra no rol de direitos humanos que devem ser assegurados pelo Estado e são objetos de lutas e reivindicações populares. Categori-

za-la é tarefa árdua, em virtude da amplitude de conceitos e formas que rodeiam seu termo. No entanto, tal deve ser reconhecida e promovida, na medida em que seus benefícios são essenciais para o desenvolvimento político, social e econômico de uma nação. Mais que isso, sua promoção é obrigação do Estado, sem limitar a participação das entidades privadas e da sociedade civil nessa conjectura.

O contexto histórico-cultural determina que alguns espaços são predestinados a função precípua de promoção cultural. O teatro é um desses. A movimentação cultural existente dentro do teatro, sua relação para com o público e o compromisso social existente em sua concepção, eleva-o a categoria de espaço de exercício de cidadania e efetivação dos direitos culturais.

Introduzir o teatro na correlação entre direitos humanos e direitos culturais é o objetivo geral do presente estudo, que teve como objeto de pesquisa o Teatro do Boi, localizado no bairro Matadouro, na cidade de Teresina – Piauí. Ainda como objetivos, a pesquisa tomou por base a averiguação da quantidade de oferta cultural pública e gratuita fornecida aos cidadãos teresinenses, advindas do Teatro do Boi, situados a partir do seu usufruto.

Os direitos culturais são subcategoria dos direitos humanos, com particularidades e amplitudes diferentes. O presente trabalho pautou a cultura no binômio: oferta gratuita pelo Estado/ gozo e fruição pela população. Assim, entendeu-se que, para que exista participação popular no usufruto dos direitos culturais, deverá haver facilitação e prestação destes na sociedade. Aos entes públicos, de todas as esferas de poder, caberá tal responsabilidade, que deve ser reivindicada pelo povo e tutelada pelo Estado.

Arelada à difusão de tais direitos, deve existir uma movimentação constante dos espaços culturais públicos, além de um compromisso político e social no intuito de promoção cultural como política governamental. Nesse sentido, o resguardo constitucional sai do panorama textual e ocorre em seio social, associado às benesses que esses direitos proporcionam a exemplo de: crescimento social, preservação de práticas culturais, profissionalização a partir da prática de atividades artísticas, lazer, entretenimento cultural, etc.

2 – DIREITOS HUMANOS E DIREITOS CULTURAIS

O estudo dos direitos culturais é recente no Estado Brasileiro, como também é em contexto global, e abarca uma série de proteções e garantias.

Como forma de dar um panorama geral a respeito do que são os direitos culturais, Kauark (2013) aduz que:

De maneira genérica, os direitos culturais versam sobre a liberdade do indivíduo em participar da vida cultural, seguir ou adotar modos de vida de sua escolha, exercer suas próprias práticas culturais, beneficiar-se dos avanços científicos e ter proteção moral e patrimonial ligada às produções artísticas ou científicas de sua autoria (KAUARK, 2013, p.1).

Os direitos culturais vieram expressamente dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da Organização das Nações Unidas. No entanto, de maneira concreta, não se pode afirmar que tais estejam plenamente garantidos por estarem dispostos em normas internacionais, sobretudo, se analisarmos as dimensões continentais do Brasil e a variedade de cultura e povos que coabitam dentro de um único território.

As críticas ao modelo tradicional de concepção dos direitos humanos, e assim, incluem-se os direitos culturais, estão na dicotomia entre o teor das normas e o que realmente é garantido para uma sociedade. De acordo com Flores (2005), as normas por si só se baseiam em valores abstratamente considerados universais, quando, veridicamente, a complexidade dos sistemas sociais não permite que os Direitos Humanos aconteçam exclusivamente pela sua garantia. Faz-se necessário, pois, que as particularidades dos indivíduos sejam consideradas, os direitos e garantias mantidos, como também, um processo de luta constante para ampliação e efetivação dos direitos humanos.

Dentro do atual contexto social, não seria impertinente afirmar, conforme Coelho (2011), que em pleno século XXI, ainda se viva uma expectativa de direitos, ao nos referimos à promoção dos direitos culturais, ainda que a Declaração da ONU sobre os direitos econômicos, sociais e culturais estabeleça que todos têm o direito de participar da vida cultural, de sua própria vida cultural e da vida cultural de todos.

Os direitos culturais são exercidos de maneira individual, ainda que o conceito cultura, em sua vastidão, denote, por vezes, a leiga percepção de unidade cultural em grupos específicos. Necessário, então, esclarecer

que, ainda que uma pessoa faça parte de uma comunidade específica, com práticas culturais comuns (exemplos: indígenas, quilombolas, etc), cada ser humano tem o direito de exercer, pleitear ou reivindicar a proteção dos direitos culturais de forma singular. Deverás, ao Estado de Direito caberá mantê-los o mais próximo possível da população, sem limitar as particularidades que nele existem. Sobre a individualidade destes, Bisch (2011) traz que:

Os direitos culturais como direitos humanos são direitos da pessoa, “sozinha ou coletivamente”, o que significa que seu sujeito é sempre individual, mas seu objeto é partilhado (uma referência cultural: língua religião, ciência...), é um ponto de comunhão, de interação com o outro (BISCH, 2011, p.30).

Os direitos culturais, na sua relação para com os indivíduos, englobam o direito de participação cultural. Congregado a participação, temos a contribuição e o acesso, partes de um todo no que confere a fruição plena destes. A Observação Geral nº 21 da ONU traz o direito de toda pessoa participar da vida cultural do seu país. Sobre a participação, contribuição e acesso, o artigo 15 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais faz uma diferenciação entre as três formas de acesso citadas anteriormente. Vejamos:

a) La participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas. b) El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a

recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades. c) La contribución a la vida cultural se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad. Le asiste también el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales (ONU, 2009, p.4).

As formas de difusão, criação e participação de um povo no exercício dos seus direitos culturais subdividem-se em: ativo e passivo. Desta forma, quanto ao exercício destes ativamente, ao indivíduo há a possibilidade de beneficiar-se dos direitos culturais através da participação, criação de atividades, engajamento nas decisões políticas e gerenciais que estejam voltadas ao usufruto e proteção da cultura. Já em sua modalidade passiva, o gozo e fruição dos direitos culturais por um povo é consequência da prestação de atividades culturais advindas de políticas públicas governamentais, em cumprimento às metas e diretrizes estabelecidas pelo governo, seja em esfera federal, estadual ou municipal.

Não que apenas os entes públicos revistam-se da função de garantidores dos direitos culturais. A sociedade civil também cumpre esse papel. Ocorre que para averiguação e cobrança de sua oferta em plenitude, para assim verificar se a sociedade como um todo esteja em gozo, ainda que em potencial, desses direitos, é necessário se pautar a atuação do Estado, uma vez que por força da lei maior e dos pactos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a promoção dos direitos culturais é um dever, o que não implica dizer que apenas sua positivação é suficiente para seu vislumbre no seio social.

A proteção aos direitos culturais confere a possibilidade de toda e qualquer pessoa pleitearem sua oferta, uma vez que os mesmos são res-

guardados internacionalmente e assegurados a todo e qualquer indivíduo, única e exclusivamente, pela sua condição de ser humano. No entanto, até onde as normas abstratas efetivamente irradiam seus efeitos perante o seio social.

Para além da proteção legal que os direitos humanos possuem em normas escritas, sua consolidação, crescimento e evolução encontram-se vinculadas a um processo de luta social contínuo e constante. Os direitos culturais, também, são frutos desse processo. Sua contemporaneidade reflete como ainda é novo, na concepção do todo, pensar nestes direitos como pautas pertinentes de reivindicação popular. Para isso, essencial o esclarecimento das funções e benefícios destes, no intuito de fortificar a batalha para sua prestação pública.

Atualmente, os direitos culturais tornaram-se subcategoria dos direitos humanos, por fatores que vão da ampla abrangência de formas e conceitos do que seja cultura, do seu recente resguardo jurídico em nível global, ou das recentes pesquisas sobre sua importância para o crescimento e melhoria de um país. Na legislação brasileira, tais direitos foram elevados ao patamar máximo de direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988, que reservou capítulo próprio para tratar da cultura. Sobre a importância dos direitos culturais como fator de desenvolvimento social, Pedro (2011) diz que:

A necessidade de incorporar os direitos culturais aos direitos fundamentais assenta-se na altíssima importância política, social e científica que o cultural adquiriu hoje, após um processo desenvolvido, principalmente na segunda metade do século passado. Ao velho ideal ilustrado – da cultura como fator essencial do desenvolvimento pessoal – acrescenta-se agora seu valor como fator de igualdade e solidariedade, de integração social e desenvolvimento (PEDRO, 2011, p.44 e 45).

A gestão conjunta de políticas públicas culturais parte de iniciativas e congrega ações entre o Poder Público e a sociedade. É necessário que o povo interfira e opine sobre a forma de se pensar a cultura para o todo. As universalidades e particularidades que existem no processo de pensar os direitos culturais devem atender as expectativas e necessidades de indiví-

duos ou grupos sociais, que possuem igual direito de reivindicá-los junto ao Poder Público.

2.1 – A importância dos direitos culturais para um povo

As teorias tradicionais de evolução dos direitos humanos afirmam que seu marco inicial se deu ao tempo da contestação do poder absoluto do Estado, associado a movimentos que pregavam a liberdade do indivíduo perante a soberania estatal. Assim, e conforme o pensamento de Junior (2010), os direitos culturais fazem parte dos direitos humanos que devem possuir proteção global e aparece como pleito reivindicado na segunda onda evolutiva dos direitos humanos, momento em que o povo lutava pela prestação de atividades estatais positivas, próprias à condição de pessoa humana.

A classificação predominante ora vista nos dá a falsa impressão de que apenas no início do século XX, época em que eclodiu a segunda onda evolutiva dos direitos humanos, a visão da teoria tradicional, os direitos econômicos, sociais e culturais foram pleiteados pelo povo. Ou mesmo que, apenas em 1948, os direitos culturais apareceram, ao ser estabelecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, é incabível pensar que diante da vastidão de significados que a cultura possui, as sociedades organizaram-se apenas em meados do século XX, para efetivamente lutarem por tais direitos, ou mesmo, tais não se fizeram presentes em demais épocas.

Pensar que a positivação, ou mesmo a proteção dos direitos culturais, ocorreu a partir de uma Declaração Universal de Direitos é falho, ao tempo em que universaliza os direitos culturais, sem pensar nas particularidades e nas formas diferentes de ser dos indivíduos perante sociedades diversas. Outro ponto de crítica a essa universalidade consiste na exclusão dos próprios indivíduos como atores sociais de produção e militância pela cultura, o que desmistifica a ideia da existência harmônica de um Estado garantidor de direitos, que surge a partir das reivindicações populares a um dado tempo, de acordo com as necessidades de um período.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos dá a falsa impressão de que os direitos culturais são universais e naturais da condição humana. Deveras, estes possuem seu caráter individual no que confere a

hábitos, costumes, tradições e modos de vida. Porém, tais não advêm e são garantidos pelo simples fato do nascimento de uma pessoa, como a norma abstrata aduz. Ao contrário, partes destes direitos em dadas sociedades surgem a partir de particularidades de indivíduos ou grupos sociais que não são contemplados ou respeitados em sua forma de exercício cultural, uma vez que não são pensados dentro de suas relatividades, a exemplo de raça, etnia, gênero, classe econômica etc.

Pietro de Pedro (2011), ao referir-se à concepção integral da cultura e sua setorização em gerações de direitos, tece críticas ao modelo tradicional sistêmico de evolução dos direitos humanos conforme segue:

Impõe-se uma concepção integral dos direitos culturais, que deverá compreender a totalidade dos direitos que têm a ver com os processos culturais: as liberdades de criação artística, científica e de comunicação cultural, os direitos autorais, o direito de acesso à cultura, o direito à identidade e à diferença cultural, o direito à conservação do patrimônio cultural... Ou, o que é a mesma coisa, os direitos culturais são direitos complexos que estão presentes em todas as “gerações dos direitos fundamentais” que foram sendo historicamente gestados, a saber: os direitos a liberdade, igualdade e solidariedade (PEDRO, 2011, p. 45).

A compreensão da importância dos direitos culturais dar-se-á, ao instante em que se percebe que a reivindicação em prol destes não se limita a um período. Ao contrário, na contemporaneidade, ainda existe uma efervescente luta em prol da significação do que sejam os direitos culturais, da sua relevância no processo de construção da identidade de um povo, da sua importância como ferramenta de progresso social. Assim, evidente a presença destes nos primórdios reivindicatórios em prol da defesa dos direitos humanos, e sua existência para além de um marco temporal. Pietro de Pedro (2011) complementa a ideia desenvolvida nos termos seguintes:

Os direitos culturais são direitos complexos que estão presentes em todas as “gerações dos direitos fundamentais” que foram sendo historicamente gestados, a saber: os direitos a liberdade, igualdade e solidariedade. Assim, entre os direitos de liberdade – cuja essência

é garantir uma esfera de imunidade aos indivíduos diante de qualquer tentativa de imposição ou censura pelo poder – encontram-se as cruciais liberdades culturais de criação e comunicação, escolha e transmissão cultural. Os direitos de igualdade – que, ao contrário, exigem uma ação positiva e prestacional dos poderes públicos – têm como objetivo que essa liberdade formal se torne real e efetiva, pois, como expressou Eleanor Roosevelt no debate preparatório da Declaração Universal, “um homem necessitado não é um homem livre”. Esses direitos de igualdade têm, também, um âmbito de manifestação privilegiado na cultura por meio das instituições e dos serviços públicos culturais (a educação, os museus, arquivos, bibliotecas...), cuja função é facilitar o acesso à cultura para todos os cidadãos. E, por último, na geração dos chamados direitos de solidariedade (ao meio ambiente, à paz...), o direito à conservação do patrimônio cultural é um exemplo evidente de solidariedade intergeracional (PEDRO, 2011, p. 45).

Pensar em direitos culturais, sua compreensão e usufruto por uma dada sociedade não ocorre de maneira isolada. O processo de ampliação, discussão e a própria obrigação estatal de garantir cultura a seu povo transcorreu de maneira gradativa e mediante contestação e luta popular. Vincular os direitos culturais à segunda geração de direitos humanos é limitar um processo que ainda persiste no tempo e na maioria das comunidades sociais. Sobre a concepção integral dos direitos culturais, temos que:

O caráter transversal da cultura (ela não é um âmbito fechado e separado, mas está presente em todos os âmbitos da vida humana) obriga os outros direitos fundamentais não culturais a considerar a dimensão cultural que às vezes se evidencia em seu exercício (assim, quando a liberdade de expressão ou o direito de associação entram em contato com um valor cultural, este deve ser considerado) (PEDRO, 2011, p. 46).

Ao tratar sobre a importância do acesso e participação da população na cultura de seu seio social Laaksonen (2011) reflete sobre a capacidade que tais direitos possuem na transformação de identidades sociais, construção de valores e símbolos. Elevar a cultura ao patamar máximo

de valorização e difusão contribui no alcance dos propósitos de evolução, crescimento econômico e coesão social.

A relação cultura e povo estão além do fornecimento de entretenimento e educação, ou da compreensão do processo histórico de origem e formação, ou mesmo, na manutenção de práticas culturais específicas, sejam individuais ou grupais, como forma de manter latente a preservação da identidade cultural de pessoas ou de grupos sociais. É essencial a participação popular quando nos referimos aos direitos culturais, sobretudo, no viés de gozo e fruição da vida cultural. Laaksonen (2011) aduz que “a participação da população nas atividades culturais, juntamente com o acesso a elas, forma a espinha dorsal dos direitos humanos”.

O estudo volta-se a averiguação do cumprimento da obrigação estatal na oferta cultural, e na verificação de sua abrangência, muito embora, os aspectos sociais em torno dos direitos culturais serem maiores e agregarem outros elementos. Por fim, ressalto que o foco do trabalho se pauta na participação da população teresinense, a partir da análise da prestação cultural oferecida pelo Teatro do Boi.

3 – O ESPAÇO TEATRO E O TEATRO DO BOI

A ideia de teatro remete à concepção de espaço predestinado à oferta e apresentação de atividades culturais. Assim, entre palco e plateia, o proveito das benesses que o teatro oferece depende da forma como cada indivíduo o utiliza. Um artista que monte um espetáculo de dança, ao apresentar-se no palco de um teatro, tem uma visão daquele ambiente como meio de propagação do seu trabalho. No entanto, seus espectadores, ao consumirem o mesmo espetáculo, por um ângulo pessoal, possuem uma concepção diferente a respeito do que o teatro oferece.

A origem do teatro como espaço contemplativo de manifestação artística retoma a sociedades antigas, a exemplo de Grécia e Roma. Tais espaços possuíam função de reproduzir os atos humanos relacionados à convivência social. Conforme a historiadora Alencar (2007), o teatro grego reproduzia temas ligados a fatos cotidianos. Vejamos:

O teatro surge na Grécia Antiga, a partir das festas em homenagem ao Deus Dionísio (Deus do vinho)”. Ao nos referirmos a sua

estrutura física, os prédios teatrais gregos eram construídos ao ar livre, e basicamente compostos por pedras. De suas arquibancadas, o povo grego tinha uma visão igualitária do palco, de onde partiam as manifestações artísticas, que tentavam reproduzir temas cotidianos ligados à lei, justiça, ou percepções sátiras sobre a vida cotidiana (ALENCAR, 2007, p. 3).

Por um viés estético, o teatro ainda hoje conserva boa parte do legado cultural grego. Presente no meio social de diversas cidades é recinto de extrema relevância social, ao tempo em que os entes públicos têm responsabilidade na movimentação destes espaços como forma de difusão e promoção cultural. Os termos citados, como antes explanados, são essenciais no processo de formação humana, uma vez que os direitos culturais foram elevados à categoria de direitos fundamentais.

O Teatro do Boi é um complexo cultural situado no Bairro Matadouro, na cidade de Teresina - Piauí. Fundado ao ano de 1987, teve denominação inicial de: Companhia de Arte do Matadouro Municipal, na gestão do Prefeito Valter Alencar. As informações coletadas a respeito do Teatro do Boi que foram relevantes para a conclusão da pesquisa dizem respeito: ao contexto do seu surgimento; sua transformação, ampliação e reforma; sua oferta atual de cultura e seus principais beneficiários. Tais dados foram obtidos através de entrevista com a atual diretora do Teatro do Boi, a Sra. Ana Tereza Lopes da Rocha.

3.1 - Teatro do Boi: história, arquitetura e localização

O Teatro do Boi, na cidade de Teresina, surgiu a partir de um processo de reivindicação popular feito pelos moradores de suas proximidades, uma vez que, à época, o espaço do antigo Matadouro Municipal, onde funciona o teatro, encontrava-se ocioso e inutilizado. Trecho do depoimento da diretora do teatro, a Sra. Ana Tereza, retrata o contexto de criação e reinauguração do teatro:

O teatro surgiu em 15 de agosto de 1987, um ano depois que a Fundação Municipal Cultural Monsenhor Chaves, que é a nossa sede foi criada. A Fundação foi criada em 1986. Aqui era o antigo

Matadouro Municipal, que é de 1929. Depois que o Matadouro foi extinto, o espaço ficou muito tempo parado. Após um clamor dos moradores locais, o prefeito Valter Alencar resolveu criar o Centro Integrado de Artes do Matadouro (CIARTES). Com o passar do tempo, como aqui era o antigo Matadouro, começou a surgir o nome Teatro do Boi, por conta do Matadouro Municipal. A estrutura inteira da frente do teatro é do antigo Matadouro Municipal. Com o passar do tempo, teve umas reformas, e em 2009, o teatro foi fechado, reformado e reinaugurado, em 27 de junho de 2012, depois do programa Lagoas do Norte. Não foi derrubado nada da frente. O que foi derrubado foi à estrutura de dentro do teatro. A fachada ainda é a mesma do antigo Matadouro Municipal (Rocha, 2017, informação verbal).

O espaço cultural localiza-se na zona norte de Teresina e tem como bairros mais próximos: Mafrense, Pirajá, Santa Maria e Acarapé. Em sua evolução histórica, e mediante a coleta de depoimento com a entrevistada, interessante destacar que o mesmo surgiu dentro de um contexto de luta e reivindicação para que um espaço ocioso e inutilizado ganhasse movimentação cultural. Assim, é nítido perceber como os direitos culturais são reconhecidos por um povo, e como se pode lutar pela sua ampliação e efetivação.

Símbolo que representa o não esquecimento da história de um povo. Reivindicação popular que fez surgir um complexo cultural, que se denomina Teatro do Boi, possui, atualmente, em sua estrutura física: uma sala de teatro, com capacidade para 170 (cento e setenta) pessoas, 2 (dois) camarins, um palco externo, 8 (oito) salas, onde acontece as oficinas de dança, artes cênicas, artes plásticas, música, corte e costura, desenho e pintura em tela. Ainda possui uma sala de cinema, atualmente desativada, 14 (quatorze) banheiros e uma biblioteca (Biblioteca Fontes Ibiapina), com funcionamento ativo, de segunda a sexta, das 08:00 h as 18:00 h, sem intervalo.

Ao depararmos com o processo de consolidação do Teatro do Boi, aos moldes do que existe hoje, reconhecemos que os direitos culturais estão nele intrínsecos da seguinte forma: na percepção de tais direitos, como processo de contestação e reivindicação da população, no intuito de transformar um espaço inutilizado em recinto de oferta cultural; na promoção gratuita de oficinas culturais diversas a comunidade teresinense; na

utilização dos espaços sala de teatro e palco externo, para apresentações e espetáculos, como forma de garantir entretenimento e lazer.

3.2 - Teatro do Boi: oferta cultural

A partir da coleta de dados, realizada mediante entrevista com a diretora do Teatro do Boi, identificou-se a oferta atual das seguintes oficinas culturais: dança, música, teatro, desenho e pintura em tela, corte e costura voltado ao figurino, capoeira, percussão e violão. Os beneficiários das atividades culturais, em sua maioria, são os moradores do Bairro Matadouro e de suas adjacências, sobretudo, as crianças e os adolescentes. Assim, percebe-se que o espaço do teatro confere a oportunidade de a comunidade teresinense ter acesso ao exercício de atividades artístico culturais, de forma gratuita. Tais são essenciais no processo de formação humana, no reconhecimento cultural e, sobretudo, na garantia de lazer e educação.

O Teatro do Boi foge à regra geral de limitação do teatro a um espaço de lazer e diversão, em que a atividade artística sirva, apenas, para cumprir a função de entretenimento cultural. Assim, além de, eventualmente, ali ocorrerem apresentações culturais com espetáculos de dança, música, mostras teatrais e exibição de filmes, também, há, a promoção de cursos e oficinas de criação, manifestação e produção artística.

O Teatro do Boi é vinculado à Fundação Municipal Cultural Monsenhor Chaves no que confere a orçamento, contrato e remuneração dos instrutores e funcionários, custeio de despesas com material, manutenção de maquinário, etc. No entanto, seu corpo administrativo possui liberdade para utilizar o espaço, no sentido de promover eventos culturais que beneficiem a comunidade. Através de contato prévio com a diretoria, o teatro, hoje, é utilizado por grupos de dança locais, como também, se apresenta como lugar disponível à população, no intuito de efetivar alguma atividade cultural. Parte do depoimento da diretora do Teatro do Boi exemplifica o antes dito:

Às vezes, os colégios solicitam o teatro para alguma apresentação cultural. Quando tem espaço, eu também abro para os alunos, que pedem o teatro para ensaiar. Às vezes, eles têm um dia cultural

na escola, ou eles vão se apresentar em algum lugar e me pedem para liberar a utilização do palco externo ou de uma sala. Se tiver espaço, eu deixo. Às vezes, o 9º (nono) batalhão também me pede o teatro para alguma reunião. Nós também temos grupos sediados da casa. Nós temos o grupo “Strime”, do Alex, aqui do bairro. O Alex era aluno daqui e formou o grupo. Hoje, nos temos 4 (quatro) grupos de dança que ensaiam aqui. Geralmente, é no final de semana que eles vêm. E tem dois momentos que eu organizo eventos para a comunidade. Todo dia 29 de junho, eu faço a festa junina, e em dezembro, a gente faz o auto de natal. Atualmente, a gente está tentando formar o corpo de baile do teatro (Rocha, 2017, informação verbal).

O Teatro do Boi, apesar de possuir essa denominação, é um complexo cultural que presta um serviço social à cidade de promoção de direitos humanos e exercício de cidadania. Para além da relação palco e plateia, existe um compromisso social daquele lugar para com os seus habitantes. Seu processo de criação e consolidação agrega valor a um espaço público que se encontra livre e disponível para acesso e fruição pelo povo. Tal característica vai além da função precípua de entretenimento público que, em regra, os teatros possuem. As atividades culturais fornecidas pelo Teatro do Boi são responsáveis pela formação cidadã de crianças e adolescentes. Consequentemente, aos seus beneficiários, é facultado pensar na arte como instrumento de educação, lazer e transformação social.

A relação entre direitos humanos e direitos culturais, com enfoque no Teatro do Boi, mostrou-se satisfatória, do ponto de vista da prestação de atividades culturais, nos seguintes termos: pelo seu funcionamento ininterrupto durante a semana, nos três turnos, e nos finais de semana, eventualmente. Pela sua utilização anual, para sediar eventos culturais destinados à prestação de lazer aos habitantes de suas proximidades. Pela herança cultural histórica que o teatro possui para a cidade de Teresina. Pela disponibilidade de acesso e utilização do recinto cultural pelos moradores locais e pelos artistas piauienses. Por ser espaço disponível para sediar eventos culturais organizados pelos entes públicos e pessoas privadas, que em muito movimentam o cenário cultural local. Por fim, e de valor inco-

num, por promover educação e cidadania, ao ofertar modalidades diversas de oficinas e cursos artísticos gratuitamente, às crianças e adolescentes teresinenses.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A categoria cultura é ampla e possui diferentes vertentes. Os direitos culturais, de maneira congênere, se diferenciam em suas prestações e varia suas formas de aplicação social. Direito de acesso, participação, gozo e fruição são formas dos indivíduos se valerem dos direitos culturais enquanto humanos. Obrigação do Estado e da sociedade civil é direito humano integrante de toda sociedade e deve ser resguardado, protegido e assegurado a toda comunidade.

A existência do espaço teatral, em qualquer sociedade, reúne elementos associados à movimentação cultural. Em caso de vínculo com o Poder Público, a exemplo do Teatro do Boi, a garantia prestacional dos direitos culturais deve corresponder às expectativas de promoção cultural ao seu povo.

O Teatro do Boi, na cidade de Teresina, é recinto cultural difusor de arte e cultura. Localizado no bairro Matadouro, zona norte da cidade, é vinculado a Fundação Municipal Cultural Monsenhor Chaves, e consiste em espaço público destinado a oferta de lazer, educação e cultura àqueles que dele precise.

Assim, através das informações coletadas pela atual direção do teatro, percebeu-se que o Teatro do Boi, em Teresina, cumpre sua função social de promoção cultural gratuita, ao ofertar modalidades variadas de oficinas e cursos artísticos-culturais (dança, música, pintura, etc). Além disso, trata-se de espaço confortável, disponível e requisitado para apresentações culturais de companhias de teatro, eventos de cinema, mostras culturais nacionais e internacionais, shows, etc. Popularmente conhecido como Teatro do Boi, consiste em complexo cultural, visto que sua estrutura física, composição e funcionamento integrado e quase que ininterrupto, com variedade de prestações culturais gratuitas disponíveis à população, eleva-o a esta categoria.

O Teatro do Boi quebra o padrão de “elitismo” existente no teatro. Utiliza-se de seu espaço físico para oferecer cultura, e seus maiores bene-

ficiários são os moradores locais de suas proximidades. Ainda que desconhecido ou pouco frequentado pela população teresinense, de um modo geral, possui movimentação e significativa importância para aqueles que vivem aos seus arredores, visto que, efetiva ou potencialmente, tais pessoas usufruem daquilo que o teatro oferece, ou ponha a disposição. O recinto cumpre sua função social na prestação de oferta cultural a sua população, sendo espaço de promoção de cidadania, exercício de educação e garantia de direitos humanos.

Os direitos culturais vieram expressamente dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da Organização das Nações Unidas. No entanto, de maneira concreta, não se pode afirmar que tais estejam plenamente garantidos por estarem dispostos em normas internacionais, sobretudo, se analisarmos as dimensões continentais do Brasil e a variedade de cultura e povos que coabitam dentro de um único território.

Os direitos culturais vieram expressamente dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da Organização das Nações Unidas. No entanto, de maneira concreta, não se pode afirmar que tais estejam plenamente garantidos por estarem dispostos em normas internacionais, sobretudo, se analisarmos as dimensões continentais do Brasil e a variedade de cultura e povos que coabitam dentro de um único território.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Valéria Peixoto. Teatro Grego: diferenças entre comédia e tragédia. Revista Pedagogia e Comunicação, jan. 2007. São Paulo, SP. Disponível em: <https://educação.uol.com.br/disciplinas/artes/teatro-grego-diferencas-entre-comedia-e-tragedia.htm>. Acesso em 15 mai. 17.

BISCH, Patrice Meyer. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. Revista Observatório Itaú Cultural, nº 11, jan./abr. 2011. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011.

COELHO, Teixeira. Direito cultural no século XXI: expectativa e complexidade. *Revista Observatório Itaú Cultural*, nº 11, jan./abr. 2011. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011.

FLORES, Joaquin Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2009.

JUNIOR, Nilson Nunes da Silva. Segunda dimensão dos direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433. Acesso em 16 abr. 17.

KAUARK, Giuliana. Os direitos culturais e seu lugar no plano nacional de cultura do Brasil. IV Seminário Internacional – Políticas Culturais. Rio de Janeiro, 2013

LAAKSONEN, Annamari. O direito de ter acesso à cultura e dela participar como características fundamentais dos direitos culturais. *Revista Observatório Itaú Cultural*, nº 11, jan./abr. 2011. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011.

_____. Observación General nº 21: Derecho de toda persona a participar em la vida cultural (Artículo 15, párrafo 1a, Del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales). Ginebra, 2009b. Disponível em: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html. Acesso em 14 jun. 17.

PEDRO, Jesús Pietro de. Direitos culturais, o filho pródigo dos direitos humanos. *Revista Observatório Itaú Cultural*, nº 11, jan./abr. 2011. São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011.

ROCHA, Ana Tereza Lopes. Entrevista concedida a João Paulo da Silva. Teresina, 03 mai. 2017.

DIREITO COMPARADO

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO COMPARADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL

Adriane dos Santos Condro

INTRODUÇÃO

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, que se passou a ratificar relevantes Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Este processo de incorporação teve o seu marco inicial no Direito Brasileiro a partir da ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro. Além das inovações constitucionais, como importante fator para a ratificação desses Tratados Internacionais, tem-se também a necessidade do Estado Brasileiro se adequar as transformações internas decorrentes do processo de democratização.

A partir da Carta de 1988, o Brasil passou a incorporar e ratificar importantes Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sob à luz da Constituição Federal.

Na mesma senda o direito internacional está incorporado no Direito Português. Tal ocorre na medida em que, as normas presentes nas convenções internacionais ratificadas por Portugal, bem como as normas provenientes das organizações internacionais de que Portugal faça parte (nomeadamente a União Europeia), vigoram diretamente na ordem interna. Em consonância com o que expressam os artigos 7º, 8º, da Constituição da República portuguesa, e fazer remissão a fiscalização da constitucionalidade em Portugal, conforme expressa o artigo 277º n.º2, e o artigo 278º n.º1, e o papel fundamental do Tribunal Constitucional e do Tribunal Constitucional Internacional.

Desta forma, a partir de um estudo comparado com o direito internacional Europeu, também delineamos as principais diferenças na incorporação do direito internacional do direitos humanos no âmbito Europeu e Latino-Americano.

CONCEITOS E PRINCÍPIOS

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁵⁹ teve como uma de suas primeiras e principais preocupações, a de definir de maneira precisa o que se deve entender por tratado internacional, tendo isto decorrido da falta de precisão com que os autores representativos do denominado Direito internacional Clássico vinham caracterizando este instrumento. (MAZZUOLI, 2011)

De acordo com a Convenção de Viena de 1969, em seu texto final, Tratado internacional é o “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Complementando o conceito de tratado internacional elaborado em 1969, a Convenção de Viena de 1986 trouxe novos elementos, incluindo

59 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi adotada em 22 de maio de 1969, codificou o direito internacional consuetudinário referente aos tratados, ao positivar normas costumeiras aceitas e eficazes e buscar harmonizar os procedimentos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados. A Convenção entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980. O Brasil é parte da Convenção de Viena desde 2009, mas a ratificou com ressalvas. DECRETO Nº 7.030 DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009.

entre os sujeitos de direito internacional não só Estados, mas também as organizações internacionais.

Segundo Valério MAZZUOLI, sobre a terminologia dos Tratados:

A expressão Convenção é sinônima de qualquer outra locução que queira significar tratado internacional. O termo tratado é um termo genérico, á luz do art. 2º, § 1º, a, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que pode ser utilizado em quaisquer circunstâncias. Mas prática internacional tem proferido o emprego de outras expressões, a fim de melhor caracterizar o instrumento internacional de que se trata. Assim, a expressão Convenção tem sido atualmente empregada para designar todo tipo de tratado solene e multilateral em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratado-lei ou tratado-normativo, do qual é exemplo a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (MAZZUOLI, p.21)

A partir do conceito em apreço podem-se identificar os elementos do tratado internacional: primeiro, trata-se de um ato jurídico e, portanto, gera obrigações entre as partes; segundo, tem por objeto a manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos naquela tratativa; e, terceiro, deve ser celebrado na forma escrita. Esta definição de tratado na Convenção de 1969 está colocada acima de tudo, em termos formais, sem levar em conta o a natureza ou o conteúdo das disposições convencionais. (KLABBERS, 1996)

Sob a égide do Direito Internacional Público o tratado nada mais é do que um instrumento que vincula as regras jurídicas. Por este motivo, estas últimas tem o seu conteúdo variável, sendo aplicável em assuntos de qualquer área. Sendo assim, pode-se dizer que, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre sujeitos do Direito Internacional Público, regido pelo Direito das Gentes e que busca produzir efeitos de direito para as partes contratantes. (VILLIGER, 1997. p. 74)

Na definição de REUTER, sobre tratados, “É uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional, e destinada a produzir efeitos jurídicos de conformidade com as

normas do direito internacional”. REZEK define tratado como: (REUTER, 1999)

Todo acordo formal concluído entre sujeitos do direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Um tratado internacional é um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional. Em outras palavras, o tratado é um meio pelo qual sujeitos de direito internacional principalmente os Estados Nacionais e as organizações internacionais estipulam direitos e obrigações entre si. (REZEK, 1996, p.14)

Outro autor, cuja opinião é relevante, é ACCIOLY, para o qual, “Acordos ou ajustes internacionais são atos jurídicos por meio dos quais se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais”. (ACCIOLLY, 1996, p.120)

A Convenção de Viena expressa que, tratado significa um “acordo internacional”, pois o Direito Internacional público tem por princípio o livre consentimento, este princípio, advindo da revolução francesa e posteriormente do positivismo jurídico, passou a ser um dos mais importantes elementos das relações sócio internacional. Por esta razão, os tratados são a principal fonte do Direito Internacional Público, podendo expressar apenas aquilo que seus negociadores acordaram de maneira livre, se não houver acordo de vontade das partes, o acordo internacional não será válido, pois o elemento volitivo é fundamental para a configuração do primeiro elemento do conceito de tratado. (ARAÚJO, 1988)

A mera convergência de vontades não é o suficiente para que um compromisso entre as partes no âmbito internacional configure um tratado, para se tornar um tratado este acordo internacional, deve ser entendido em seu sentido jurídico. Não basta que um documento internacional contenha um acordo de vontade das partes, é preciso que este documento tenha como finalidade a criação de um vínculo juridicamente exigível no caso de descumprimento. Ou seja, o acordo deverá visar uma funcionalidade de efeitos jurídicos. (VILLIGER, p.77-78)

O segundo elemento constitutivo do conceito de tratado, é em relação a escritura, este também foi expresso pela Convenção, pelos tratados decorrerem de forma distinta dos costumes, acordos formais na sua essência, essa formalidade obrigatoriamente necessita de sua escritura, pois somente pela escritura o propósito dos contratantes se efetiva após a negociação.

O requisito da formalidade não admite a celebração oral, pois não há a mesma estabilidade e clareza que se tem em um acordo escrito, de maneira que o tratado não estará sujeito ao controle democrático pelo Poder legislativo, o tratado nas relações entre os Estados, deve ser escrito para se tornar imemorial e democrático, pois envolve Estados e seus habitantes, e estes devem ter conhecimento do acordo. (MELLO, 2000, p. 271- 272)

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.

Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, surge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. (ACCIOLLY, p.120)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas, se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humano existisse. (BUERGENTHAL, 1991)

Neste sentido o movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (BILDER, 1992)

Embora à idéia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes, tenha surgido há muito tempo no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente.

Muitos dos direitos que hoje constam do Direito Internacional dos Direitos Humanos foram consagrados apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas.

Os princípios axiológicos supremos são liberdade, igualdade e fraternidade, a liberdade não significa puramente o livre arbítrio de se fazer qualquer coisa que se queira. A liberdade também significa a autonomia da sociedade de se submeter a regras e governos que ela própria escolheu, a liberdade tem duas dimensões: liberdade política, que é a liberdade de autogoverno, e a liberdade individual, que é a garantia de não-interferência estatal na autonomia privada.

Tais dimensões não podem ser tratadas individualmente para que não se inviabilize o sentido de liberdade. Desta forma, a liberdade política não seria eficaz sem as liberdades individuais. E as liberdades individuais, sem liberdade política, servem somente para omitir a opressão e a supremacia dos grupos sociais mais abastados.

O princípio da igualdade, embora assegure direitos iguais a todos os seres humanos, esconde uma situação fática de desigualdade própria do sistema capitalista. Trata-se da divisão da sociedade nas classes dos proprietários e dos trabalhadores. (CARVALHO, 2009)

O princípio da solidariedade trouxe consigo os direitos sociais, destinados a equilibrar a situação da sociedade por meio de uma redistribuição de bens, direitos e vantagens. O princípio da solidariedade significa que todas as pessoas são responsáveis pela vida digna de todos.

Os princípios estruturais dos direitos humanos são a irrevogabilidade e a complementaridade solidária. O princípio da irrevogabilidade impede a supressão dos direitos humanos, inclusive com base no caráter evolutivo de que contam essa categoria de direitos. (COMPARATO, 1999)

Ele trata da proibição da supressão de direitos humanos e à revogação de tratados internacionais desses direitos, tendo em vista que são inerentes

à própria condição de ser humano independente de positivação. Já o princípio da complementariedade solidária encontra respaldo no fato de que todo indivíduo, pelo simples fato de ser humano, merece igual respeito e tratamento, independentemente de peculiaridades políticas, regionais, sociais, econômicas e culturais.

Tal princípio foi exposto na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena no ano de 1993, da seguinte forma:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais⁶⁰.

Isso porque a história mostra uma grande ampliação dos direitos humanos, os quais não podem se perder pela superveniência de novas leis, novas Constituições ou novos tratados internacionais.

Por fim, o princípio da complementariedade solidária que é de ordem estrutural, este princípio preza pela validade dos direitos humanos em qualquer situação, em qualquer Estado e para qualquer pessoa. (COMPARATO, 51-52)

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Para analisar o controle de constitucionalidade português é necessário ter como ponto de partida os princípios basilares que direcionam Portugal nas relações internacionais, que é o da independência nacional, o respeito pelos direitos do homem e pelos direitos dos povos, a igualdade entre os estados, a solução pacífica dos conflitos internacionais, a não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, a cooperação com todos os ou-

60 Art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.

tros povos para a emancipação e o progresso da humanidade, a abolição do imperialismo, do colonialismo e de quaisquer outras formas de agressão, domínio e exploração, e o direito dos povos à autodeterminação e independência.

Em relação ao controle de Constitucionalidade em Portugal, tem-se como órgão fundamental para tal instituto o Tribunal Constitucional, que é o mais alto Tribunal da jurisdição constitucional portuguesa e o único Tribunal português cujas decisões são definitivas e inapeláveis.

Integrando a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa. Como órgão constitucional de Portugal foi criado na sequência da extinção do Conselho da Revolução pela Revisão Constitucional de 1982. (CANOTILHO,2002)

A sua competência nuclear é a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos decretos-leis, bem como da sua interpretação conforme à Constituição, e tem características próprias de todos os Tribunais, pois trata-se de um órgão que detém soberania conforme expressa o artigo 202º da CRP, é autônomo, independente e suas decisões são impostas a qualquer outra autoridade. Em relação aos outros Tribunais, este se diferencia no que tange a sua composição e competência, pois são definidas diretamente na Constituição.

Não obstante as outras competências que lhe são atribuídas, controla a conformidade dos atos normativos com a Constituição, podendo ser antes da sua entrada em vigor, que se dá através do controlo preventivo, ou na sua vigência através do controlo sucessivo, seja em face de um caso concreto por inspiração do modelo norte-americano da judicial review operando como tribunal de recurso ou em abstrato, a solicitação de determinadas entidades. (VEIGA, 2018)

O controle preventivo, é a primeira ação a ser efetuada em âmbito constitucional interno em relação aos tratados internacionais conforme expressa o Artigo 278.º da Constituição da República Portuguesa⁶¹.

61 PORTUGAL - Artigo 278.n.º1.Constituição da república portuguesa 1976. Constituição de 1976 consagrou o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos, que será sempre, por sua própria essência, sucessivo, abrangendo não só a inconstitucionalidade (art. 280, n.1), mas também a ilegalidade de qualquer norma (art. 280, n. 2). Observa-se que o controle de constitucionalidade, conforme consagra o artigo 277, n. 2, da CRP/1976, também objetiva garantir a conformidade dos tratados internacionais,

Segundo Jorge MIRANDA, em relação á fiscalização sucessiva abstrata é sempre da inconstitucionalidade e da ilegalidade de quaisquer normas vigente, exceto da desconformidade de normas legislativas com normas de Direito Internacional Convencional, a fiscalização sucessiva abstrata resulta uma decisão positiva de declaração de inconstitucionalidade com força geral e obrigatória, nos termos do artigo 281 da CRP/1976. (MIRANDA, 2013)

A Constituição da República Portuguesa de 1976 trouxe como uma de suas ideias centrais o princípio da abertura internacional, que se encontra expresso no artigo 7º referente à relações internacionais, trazendo consigo as acepções referentes a inclusão do Estado português na comunidade internacional e a abertura horizontal da Constituição configurando-se antes como um texto fragmentário e não codificador, e é nessa abertura com o direito internacional que se fundamenta a base antropológica de todos os povos, a dignidade humana e os direitos humanos, tal qual o reconhecimento de princípios e regras do direito internacional como meios de justiça que vinculam á ordem jurídica interna⁶².

Saindo da esfera Constitucional interna e partindo para a Internacionalização Constitucional, tem-se o Tribunal Constitucional Internacional como mecanismo de garantia dos Direitos Internacionais e das Liberdades Democráticas na comunidade internacional, pois a Constituição não é tida apenas em termos nacionais, vez que os valores constitucionais internacionais se pautam em princípios e regras de normas internas⁶³.

quando eles violem disposição fundamental do ordenamento jurídico-constitucional. Entretanto, se não se tratar de violação de uma disposição fundamental, a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa.

62 Notas do autor: Falamos aqui de “abertura horizontal” para a distinguir da “abertura vertical” que surge em virtude do carácter geral e indeterminado de algumas normas constitucionais, gerando a necessidade de uma mediação legislativa concretizadora.

63 O papel desse Tribunal é receber e julgar as reclamações da sociedade civil e da comunidade política em relação à violação da normatividade constitucional internacional. Além da função de avaliação, também lhe caberia “aconselhar” os membros que pretendam alterar a sua constituição, suas leis eleitorais ou a sua legislação sobre partidos políticos, associações, meios de comunicação e também liberdades civis.

Tribunal Constitucional Internacional configura a abertura de um sistema de garantia um sistema capaz de minimizar os atritos entre o direito interno e o direito internacional, estabelecendo não apenas um norte, mas uma coalizão de diferentes análises dos países.

O Tribunal Constitucional Internacional não está direcionado apenas à aplicação do Direito Internacional, como também ao nacional relativamente em casos em que os respectivos países não procedam de acordo com no que diz respeito às suas próprias Constituições, restringindo o acesso á justiça e o seu bom funcionamento, dando então legitimidade a uma intervenção externa.

Seguindo a temática em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem-se como fundamento e direcionamento da matéria em comento as Diretivas da Comissão Europeia, que serão expressas de forma direta sem adentrar no que tange cada uma delas, mas apenas fazendo referência as principais que tratam do tema, e de forma singela cita-las. Relativamente às normas aplicáveis aos organismos para igualdade de tratamento, pois é um tema de grande importância na comunidade Europeia em relação aos avanços da tutela dos Direitos Humanos, sendo a igualdade e o respeito a base de toda e qualquer relação entre pessoas que convivem em sociedade.

A Diretiva 2004/113/CE do Conselho proíbe a discriminação direta e indireta em função do sexo, incluindo o assédio e o assédio sexual, no acesso a bens e serviços e seu fornecimento⁶⁴.

A Diretiva 2006/54/CE relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres prevê a proibição da discriminação, direta ou indireta, em razão do sexo, incluindo o assédio e o assédio sexual, em domínios ligados ao acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional, às condições de trabalho, incluindo a remuneração, e aos regimes profissionais de segurança social⁶⁵.

64 Diretiva 2004/113/CE que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

65 Diretiva 2006/54/CE relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional.

A Diretiva 2010/41/UE⁵ proíbe a discriminação direta e indireta, incluindo o assédio e o assédio sexual, entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente⁶⁶.

O âmbito de aplicação da diretiva abrange todos os tipos de discriminação, mas incide especificamente sobre a proteção social.

Todas as diretivas supramencionadas foram transpostas pelos Estados-Membros as diretivas relativas à igualdade preveem que os Estados Membros devem designar um organismo ou organismos para a promoção, incluindo a análise, acompanhamento e apoio, da igualdade de tratamento entre todas as pessoas, sem discriminações em razão dos motivos enunciados nas respetivas diretivas. Consequentemente, todos os Estados-Membros instituíram organismos para a igualdade de tratamento⁶⁷.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

É sabido que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem ser objeto de declaração de inconstitucionalidade, pois o art. 5º § 3º da Constituição Federal, dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais, passando a gozar de status constitucional, situando-se no mesmo plano hierárquico das demais normas constitucionais, sendo assim, todo o orde-

66 Diretiva 2010/41/UE relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente e que revoga a Diretiva 86/613/CEE do Conselho.

67 O artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estabelece que a diretiva vincula os países aos quais se destina (um, vários ou todos) quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

Para que uma diretiva produza efeitos a nível nacional, os países da UE têm de adotar uma lei com vista à sua transposição. Esta medida nacional deve prosseguir os objetivos definidos pela diretiva. As autoridades nacionais devem comunicar estas medidas à Comissão Europeia.

Os países da UE dispõem de margem de manobra neste processo de transposição. Esta margem permite-lhes ter em conta as especificidades nacionais. A transposição tem de ser efetuada no prazo fixado aquando da adoção da diretiva (regra geral, no prazo de dois anos).

namento infraconstitucional deverá respeitar o disposto nesse tratado, sob pena de inconstitucionalidade.

Como visto acima, os Tratados Internacionais poderão ser declarados inconstitucionais, enquanto atos normativos primários, segundo o que expressa o art. 59 da Constituição⁶⁸, equivalentes às Emendas submetem-se ao controle de constitucionalidade, já que elaborados pelo Poder Constituinte Derivado, que é inteiramente limitado ao disposto no art. 60, § 4º da Constituição Federal⁶⁹.

Para um Tratado Internacional ingressar no ordenamento jurídico com status de lei ordinária federal, é necessário que se torne primeiramente em Decreto, este assim como as normas infraconstitucionais, estão sujeitos ao controle concentrado e difuso de sua constitucionalidade como qualquer outra forma normativa. Sendo assim os tratados, pactos ou acordos internacionais que o Brasil seja parte, tendo sido ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, passam a fazer parte do ordenamento jurídico, devendo ser interpretados de acordo com os limites da Constituição. (MORAES, 2004)

Os tratados internacionais de direitos humanos são instrumentos de grande importância no controle constitucional das normas infraconstitucionais, pois possuem hierarquia normativa superior a estas normas, assumindo o status de supralegalidade ou mesmo de normas constitucionais dependendo do caso. Sendo assim tais tratados são equivalentes às emendas constitucionais, quando passados pelo crivo do art. 5º, § 3º, CF/88, conforme a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

68 O art. 59 do Título IV da Organização dos Poderes do Capítulo I da Subseção I da Constituição Federal estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de: I. emendas à Constituição; II. leis complementares; III. leis ordinárias; IV. leis delegadas; V. medidas provisórias; VI. decretos legislativos; VII. resoluções. Além disso, em seu parágrafo único, determina que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 13 de mar. 2019.

69 Artigo 60, §4º § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

CONCLUSÃO

Conforme buscou demonstrar no estudo em questão, sobre os principais desafios para a proteção dos direitos humanos na sociedade, é nítido que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos contribuíram para a promoção e proteção dos direitos humanos ao longo dos anos concluindo então, que a partir da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, foi capaz de colocar em debate a questão que passou a ter influência para que houvessem mudanças políticas, culturais, sociais e econômicas em todo o mundo.

O primado do Direito Internacional em relação ao Direito interno é tido como uma condição necessária de existência do Direito Internacional, pois negando esta superioridade do Direito Internacional os Estados seriam soberanos absolutos e não estariam subordinados a nenhuma outra ordem jurídica superior, sendo assim, o Direito Internacional surgiu como uma ordem jurídica hierarquicamente superior que limita o poder soberano dos Estados.

Na esfera internacional o Estado deve guiar-se pela prevalência dos direitos humanos, pois ao assinar o Tratado o país está de acordo com aquilo que expressa a convenção, em relação aos seu princípio, que é o de proteger a dignidade humana dos indivíduos através da celebração de tratados e acordos de direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANCHES, Dunshee. Direitos Humanos & Acesso à Justiça no Direito Internacional. Curitiba: Juruá. 2004.
- ACCIOLLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento. Manual de direito internacional público. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALMEIDA, Roberto de. A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro. Rio de Janeiro, n.º 12, jul./dez., 1990.
- ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da emenda constitucional n.º. 45/2004. In: ROSSI, Alexandre Luiz Bernardi;

- MESQUISTA, Gil Ferreira. *Maioridade Constitucional - Estudo em comemoração aos 18 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2008.
- ALBUQUERQUE, Catarina; MARTINS, Isabel Marto. *Direito internacional humanitário*.
- AMARAL, Alberto Júnior. *Noções de Direito e Direito Internacional*. 4. ed. Brasília: Funag, 2012.
- APPIO, Eduardo. *Controle de constitucionalidade no Brasil: de acordo com a Emenda à Constituição 45 de 08.12.2004 (reforma do judiciário)*. Curitiba: Juruá, 2005
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 3a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BILDER, Richard B. *An overview of international human rights law*. In: HANNUM, Hurst (Editor). 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 1992. apud PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUERGENTHAL, Thomas. *Prólogo*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2a ed. Brasília: UnB, 2000.
- CACHAPUZ, Antônio Paulo de Medeiros. *O Poder de Celebrar Tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5a. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado de. Colisão de Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Sergio António Fabris. 2009.

DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais (no espaço da internormatividade). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2006.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Rae; WILDE Ralp. Direitos Humanos: Referências Essenciais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, Adotada e proclamada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217A (III) de 10 de Dezembro de 1948.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários á Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HENKIN, Louis et al. International Law: cases and materials. 3 ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Gênese e Principiologia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: O legado da declaração universal de 1948. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud10/genese_principiologia.htm>. Acesso em 16 mar. de 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional: uma introdução. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- MENEZES, Quênia de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. Revista Direito GV. V. 13 N. 2. 2017.
- MONTEIRO, Adriana Carneiro. A Primeira Guerra Mundial e a Criação da Liga das Nações. <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/> . Acesso em 16 de mar. de 2019.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004. apud ARIOSI, Mariângela de F. A Problemática da Internalização dos Tratados Internacionais no Brasil: uma Ênfase sobre os Tratados Trabalhistas de Origem da OIT e do MERCOSUL. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo VI - Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra Editora .2013
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. . 12ª Ed. São Paulo Saraiva, 2011.
- REUTER, Paul. Direito Internacional Público. Lisboa: Editorial Presença; Introduccion al derecho de los tratados. México: Fondo de Cultura, 1999.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 42 ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- KLABBERS, Jan. The Concept of Treaty In International Law. The Hague: Kluwer Law Internacional, 1996.

VEIGA, Ana Paula. Tendências comparativas do direito constitucional português. OBSERVARE. Universidade Autónoma de Lisboa. 2004. Disponível em: repositorio.ual.pt. Acesso em 15 de mar. de 2019.

VILLIGER, Mark Eugen. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2 ed. Zurique: Kluwer, 1997.

A Constituição Francesa de 1848, Inciso IV, VII e VIII, do Preâmbulo. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/fran1848.htm>. Acesso em 11 mar. 2019.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Art. 1º, itens 1, 2, 3, 4. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 13 mar. 2019.

CASAMENTO HOMOAFETIVO NO DIREITO ARGENTINO E BRASILEIRO

Angelina Colaci Tavares Moreira

Carolina Braglia Aloise Bertazzoli

Flávia Cópia Sperandio

1. Introdução

Ao tratar-se da comunidade LGBT, é possível afirmar que em um contexto ocidental, há uma tendência em aumentar o número de garantias dentro dos Estados (ILGA, 2019). Esta tendência engloba, inclusive, as Cortes Regionais de Direitos Humanos, em decorrência do reconhecimento da igualdade, liberdade e constituição da família como direitos humanos.

A Revista Quartz, que possui uma linha de publicações a respeito dos direitos LGBT, publicou uma reportagem debatendo como a América Latina se tornou um local mais vantajoso para casais homoafetivos, mesmo sendo um continente de raízes católicas. O movimento como um todo começou com a legalização do casamento homoafetivo na Argentina e está crescendo pelo continente (QUARTZ, 2018).

Países como o Brasil mudaram seu entendimento quanto às garantias dadas às pessoas LGBT em alguns pontos ao longo da última década. Portanto, a partir da constituição de família e igualdade como direitos humanos, o objetivo principal do presente artigo é analisar a realidade legal do casamento homoafetivo na Argentina e no Brasil para determinar qual dos dois possui uma situação mais estável e garantista.

Tanto a Argentina quanto o Brasil possuem entendimento de que o casamento homoafetivo é permitido, o que os difere é a quanto tempo e

a forma pela qual estes países passaram a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A Argentina descriminalizou as atividades sexuais a partir do século XIX com a sua Constituição, permitindo o casamento homoafetivo no ano de 2010. Já o Brasil incluiu valores democráticos e igualitários com a promulgação da Constituição de 88, a reconhecer o casamento homoafetivo com uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011.

No que se refere a metodologia do presente trabalho, o método de abordagem utilizado será o dedutivo, visto que o trabalho partirá de um núcleo maior para analisar dois casos concretos. Enquanto o método de procedimento será o método descritivo, haja vista a as diferenças existentes entre a realidade argentina e brasileira (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

2. Reconhecimento da união homoafetiva na Argentina

A atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo não é vista como crime na Argentina desde a Constituição de 1853⁷⁰, entretanto, as agressões e repressões contra a comunidade LGBT permaneceram constantes (BEN; INSAUSTI, 2017).

Visando acabar com a brutalidade policial contra os homossexuais e com as leis anti-LGBT, em 1969, enquanto a Argentina se encontrava sob domínio militar, foi fundada a primeira organização política homossexual em Buenos Aires, o Grupo Nuestro Mundo. Embora o surgimento deste grupo seja considerado um marco significativo nos movimentos pelos direitos LGBT tanto na Argentina quanto na América Latina como um todo, as atividades desempenhadas pelo grupo não introduziram reformas no cenário vivenciado pela comunidade LGBT nem eram atividades que visavam ampliar os direitos dessas pessoas (BROWN, 2002). Isto porque

70 "The original penal code from 1886 (still for the most part in effect today) contained no direct references to consensual sodomy between adults so the decriminalization of homosexual behavior was never something around which the LGBT movement in Argentina had to organize." SCHULENBERG, Shawn Richard. From International Idea to Domestic Policy: Explaining the Emergence of Same-Sex Partnership Recognition in Argentina and Brazil. UC Riverside Electronic Theses and Dissertations, 2010. Disponível em: <<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt72f582zn/qt72f582zn.pdf?t=mg2x1g>>. Acessado em: 02.04. 2019.

o grupo evitava tomar posições políticas ativas e possuía como enfoque buscar a conscientização da sociedade acerca da opressão que a comunidade LGBT vivia (SCHULENBERG, 2010).

Em 1971, o Grupo Núestro Mundo conjuntamente com estudantes universitários de esquerda, anarquistas e organizações religiosas, formou o grupo radical Frente de Liberación Homossexual (FLH) (SCHULENBERG, 2010).

Após as eleições democráticas em 1973 e o retorno ao poder de Juan Perón, o FLH deu continuidade às suas atividades de forma clandestina (MANZO, 2011). Sob a brutal ditadura militar, o ativismo formal da comunidade LGBT desapareceu, aparecendo novamente apenas em 1983, após o colapso da ditadura militar e a realização de eleições democráticas.

É possível compreender que o renascimento da militância de grupos LGBT deveu-se tanto à repressão contínua que este segmento de pessoas sofria quanto às novas liberdades advindas do colapso do regime militar ultraconservador, proporcionando um novo espaço para discussão e debates acerca dos direitos da comunidade LGBT, proporcionando uma maior abertura ao ativismo político.

Dentro deste contexto foi fundada a Comunidade Homossexual Argentina (CHA) em abril de 1984. Contudo a repressão a comunidade LGBT não desapareceu sob o governo democrático, sendo observado um rápido aumento de ataques paramilitares de direita contra homossexuais (BROWN, 2002).

Começou a ser vivenciado o pluralismo de grupos ativistas que se tornavam cada vez mais políticos e queriam mudanças institucionais e legais, conquanto, a condição para a organização de uma identidade sexual e a concessão de direitos a este grupo de pessoas necessitava de mudanças estruturais (histórico-sociais) dentro da sociedade, o que levou, em 2006, à união de diversos grupos ativistas com o intuito de formar uma organização uniforme que lhes permitisse efetivamente criar mudanças. Assim, surgiu a Federação Argentina de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (FALGBT), que possuía como um dos seus principais focos a busca pela legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo (BROWN, Stephen, 2002).

O primeiro avanço na luta do reconhecimento do casamento ocorreu em 2002, com a lei da União Civil da Cidade de Buenos Aires, que per-

mitia o registro da união civil entre casais do mesmo sexo⁷¹. Não obstante, o fato do projeto não ter uma abrangência nacional mostrou seu caráter limitado, expondo sua incapacidade de estabelecer uma discussão real sobre a igualdade civil de casais homossexuais e heterossexuais.

Depois desse primeiro precedente, organizações LGBT e ativistas propuseram estender a União Civil entre pessoas do mesmo sexo ao resto do país. Estas iniciativas resultaram na circulação da demanda no âmbito dos espaços públicos não governamentais, fazendo com que o assunto ganhasse visibilidade e se tornasse público (HILLER, Renata, 2013).

Com as novas proporções que os debates vinham ganhando, vários partidos políticos começaram a incorporar as demandas LGBT em seus programas, levando à cocriação de uma pauta sobre o casamento homossexual para uma possível modificação do Código Civil argentino.

Assim, em 2010 foi aprovada pelo Senado argentino a lei do “casamento igual”, tornando a Argentina o primeiro país na América Latina a legalizar a união homossexual (G1, 2010). A nova lei substituiu um trecho do Artigo 2º do Código Civil argentino, que declarava a validade do casamento apenas quando realizado entre homem e mulher⁷².

A alteração feita no artigo 2º, através da promulgação da Lei 26.618, contribuiu para um processo de reafirmação da igualdade entre os cidadãos, promovendo o reconhecimento de uma sociedade diversa e plural, juntamente com direitos iguais e igualdade de acesso à cidadania, justiça social e a não discriminação (PECHENY, Mario et al, 2016). Casais do

71 “Daquele ponto em diante, aqueles que registraram uma União Civil poderiam adicionar seus parceiros em seu plano de seguridade social na cidade de Buenos Aires. Isso incluía o direito à assistência médica, planejamento previdenciário, pedidos de crédito conjunto, tirar férias no mesmo período de tempo e ser tratado como cônjuge em caso de doença do parceiro. Este primeiro passo em direção ao reconhecimento da igualdade de direitos tinha suas próprias limitações: faltavam-lhe direitos fundamentais como direitos de herança ou adoção conjunta, e sua jurisdição era circunscrita à cidade de Buenos Aires.” HILLER, Renata. Dossier Primer Encuentro Patagónico de Teoría Política, 2013 pp. 60-68.

72 “El artículo 2 de la Ley 26.618 de Matrimonio Civil (2010) (conocida como la Ley de Matrimonio Igualitario) establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. IDENTIDAD & DIVERSIDAD. Ley 26.618. Matrimonio igualitario, 2010. Disponível em: <<https://identidadydiversidad.adc.org.ar/normativa/ley-26-618-matrimonio-igualitario-2010/>>. Acesso em 3 abr. 2019.

mesmo sexo passam, portanto, a serem beneficiados e protegidos da mesma forma que os casais de sexos opostos (HILLER, 2013).

O princípio da igualdade foi a base principal sobre o qual a lei foi articulada. “Os mesmos direitos com os mesmos nomes” era o lema que enfatizava a necessidade de negar as práticas discriminatórias (HILLER, 2013). Uma das questões decisivas para o advento da lei foi a falta de previsão na Constituição Argentina (Constitución de la Nación Argentina, 1853) de dispositivos sobre casamento ou constituição de família, não se fazendo necessário a aprovação de uma emenda constitucional para reconhecer a legalidade do casamento homossexual.

Além disso, a Constituição argentina faz fortes referências ao princípio da igualdade, fazendo com que a lei civil argentina que previa que a constituição do casamento necessitava ser entre um casal heterossexual fosse considerada discriminatória, promovendo a desigualdade.

Atualmente, os direitos da comunidade LGBT na Argentina estão entre os mais avançados do mundo. Ao legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 15 de julho de 2010, a Argentina se tornou o primeiro país da América Latina, o segundo nas Américas e o décimo no mundo a fazê-lo (PECHENY, Mario et al, 2016).

Cerca de 1.100 casais do mesmo sexo casaram durante os primeiros 6 meses de vigência da norma (DEMA, 2015) e após sete anos da vigência da lei, segundo dados disponibilizados pela FALGBT, cerca de 16.200 casais homossexuais já se casaram (CLARÍN, 2017).

Embora tenha tido algumas vitórias muito relevantes, é perceptível que a comunidade LGBT ainda enfrenta na atualidade da sociedade argentina a discriminação em relação à homossexualidade. Esta discriminação é muito mais forte em sua forma indireta do que em sua forma direta.

A discriminação indireta é fundamentalmente explicada ou derivada da construção da ordem social de uma sociedade em torno da figura matrimonial composta entre um homem e uma mulher e da família construída em torno dessa figura. Em outras palavras, por mais que tenham ocorrido avanços legislativos, seja em termos de proteção social, direitos civis, direitos sociais e econômicos, o exercício de todos esses direitos pelos homossexuais ainda encontra embaraços, de forma que estas pessoas se encontram excluídas de todo esse aparato social, civil, econômico e político de forma indireta (PECHENY, Mario et al, 2016). Isto é, não

são diretamente excluídas, porque detêm seu direito de constituir o casamento, mas não estão salvas de sofrer as represálias sociais decorridas de sua escolha sexual.

Sendo assim, vislumbra-se que sendo a Argentina um país de civil law, foi de extrema importância o Poder Legislativo reconhecer o direito de pessoas do mesmo sexo poderem se casar através da aprovação da Lei 26.618. A razão disto se dá pela implementação da presente lei que torna obrigatório o reconhecimento da união de casais homossexuais por toda as entidades do Estado, garantindo a estas pessoas os direitos decorrentes do matrimônio de forma estável e garantista.

Da análise do cenário argentino, percebe-se que a questão quanto ao reconhecimento da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo já restou superada, tendo o Estado reconhecido o direito dessas pessoas de se casarem de forma necessária em um país de civil law, ou seja, através da promulgação de uma lei que permita esta prática. Os problemas enfrentados para esta comunidade na Argentina na nova conjuntura são outros.

Por mais que o Estado promova este reconhecimento, fazendo cumprir o princípio da dignidade da vida humana abarcado pela constituição, denota-se que a lei cumpre seu papel, contudo, as discriminações que estas pessoas continuam sofrendo dentro do convívio social demanda transformações nas estruturas sociais do país, culminando na inevitável necessidade de um processo de superação do preconceito e da discriminação, para que viabilize o pleno gozo e exercício dos direitos da comunidade homossexual dentro da sociedade.

3. Reconhecimento da união homoafetiva no Brasil

Por sua vez, no cenário Brasileiro, após um período marcado pela insegurança jurídica e restrição de direitos, especialmente daqueles que não pactuassem com os costumes morais e com o regime militar que vigorava, fora em 1988 adotada nova carta política, conhecida como a Constituição cidadã, devido ao seu caráter protecionista. Diante do fato que esta é a norma superior que vigora em nosso território desde então, restringe-se esse texto à sua análise. Em um momento em que a homossexualidade era tratada como uma doença, pela qual buscava-se a cura (VECCHIATTI, 2012), a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §3º dispôs expres-

samente que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Naquela época ainda vigorava codificação civil datada de 1916, conjunto de normas que através da concessão ao homem da chefia da família e da primazia na educação dos infantes, tornava os homens juridicamente superiores às mulheres dentro do instituto do casamento (BARROSO, 2011). Sem detença, em 2002, com a promulgação de novo Código Civil, este adequou seu texto à carta constitucional, ao prever em seu art. 1.723 que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Destaque-se, contudo, que no momento histórico em que essas normas foram adotadas, a reivindicação pelos direitos LGBT já adentravam ao cenário político-social nacional e internacional. Pois, fora também no fim do século XX que diante da realização de sérios estudos reconhecidos por órgãos como a Organização Mundial da Saúde e o Conselho Federal de Psicologia, no Brasil, deixou-se de ver a homossexualidade como um distúrbio psiquiátrico, não mais submetendo os diagnosticados a terapias como choques convulsivos (VECCHIATTI, 2012).

Isto é, diante da tendência mundial ao reconhecimento da homossexualidade e desta ter ganho espaço dentro das uniões afetivas, o caráter defasado dessas normas rapidamente fez-se evidente. Diante desse cenário, o poder estatal lentamente fora tomando conhecimento e adotando medidas regulamentares das uniões homoafetivas – relações em que a homossexualidade se expande a laços duradouros de amor e carinho (DIAS, 2011). Especialmente pois, entende-se que o texto destas normas tem a natureza de norma de inclusão (eliminando a superioridade histórica concedida ao homem), sem que a referência específica ao homem e a mulher caracterizem vedação às relações homoafetivas (BARROSO, 2011).

As primeiras medidas foram no âmbito previdenciário, estas passaram a considerar os companheiros ou companheiras homossexuais como dependentes quando da análise dos benefícios previdenciários. Nesse sentido a Portaria MPS nº 513/2010 discorre que “os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pes-

soas do mesmo sexo”. Tal entendimento já vinha sendo adotada pelo STJ.

Para fins de partilha, passou-se a entender o convívio duradouro entre pessoas do mesmo sexo como vínculos empresariais, de maneira que estes possuísem direito igual ao patrimônio que fora construído ao longo da convivência. Para tanto, exigia-se, contudo, a comprovação do esforço conjunto para a aquisição do patrimônio. Comprovação esta que se mostrava difícil de realizar na prática, entretanto, o problema maior que a solução demonstrava era a confusão entre *affectio societaris* e *affectio maritalis*. Sendo o primeiro utilizado para as relações de vínculo empresarial e o segundo para laços típicos de entidade familiar, pautado pelo amor e respeito. Ao adotar tais entendimentos trata-se amantes como sócios, sem o reconhecimento do casal homoafetivo como família (VARGAS, 2011).

Sem demora, a questão sofreu apreciação pelo STF, que em duas decisões, na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ, ambas datadas de 05 de maio de 2011, atuou de maneira histórica ao reconhecer o direito de casais homossexuais constituir uniões estáveis. Essas decisões foram pautadas e muito bem ilustradas nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, autonomia da vontade e na proibição do preconceito.

A Corte apreciou o direito ao estabelecimento de uniões estáveis homoafetivas por meio de uma tese argumentativa que defende que a sexualidade de um indivíduo está exclusivamente vinculada a sua intimidade e privacidade, ambas tuteladas constitucionalmente. Além disso, fora ponderado que a instituição familiar não está prevista na Constituição Federal em um caráter “ortodoxo” ou meramente jurídico, mas que esta abrange a esfera sócio-cultural e espiritual. Conclui-se que a família é o núcleo doméstico, voluntariamente formado por adultos, pouco importando se integrado por casais hetero ou homoafetivos, não devendo o conceito de família sofrer uma interpretação reducionista.

Como citado anteriormente, as decisões do STF também analisam a norma constitucional que prevê a união estável referindo-se ao “homem e a mulher” apenas como para conceder igualdade dentro da instituição entre os dois, eliminando o caráter histórico de superioridade que o homem possuía na entidade familiar. E, ainda, que não há dispositivo constitucional que proíba a formação de família por pessoas do mesmo sexo, fundamentando-se na menção ao §2º do art. 5º da Carta Magna que prevê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Destaca-se o disposto pelo Ministro Relator das decisões, Ayres Brito, que em seu voto, ao congratular o avanço significativo que o Brasil dava com essas decisões, menciona que estas não foram proferidas para exclusivamente alguns, pelo contrário representam um passo significativo ao país e todos seus cidadãos em direção a eliminação do tratamento discriminatório de minorias. Dispôs ainda quanto a necessidade de “uma nova concepção de Direito fundada em nova visão do mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva” (STF, 2011).

Pouco após, na apreciação ao Recurso Especial nº 1.183.378-RS, o STJ em 25 de outubro de 2011, pautado nas decisões proferidas pelo STF e dando continuidade à interpretação legal e constitucional que a conversão da união estável em casamento deve ser facilitada, reconheceu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, pois não há vedação legal expressa e que a vedação deste seria constitucionalmente inaceitável.

No ano de 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução 175 que em seu artigo 1º veda que autoridades competentes (Cartórios) se recusam a habilitar, celebrar casamento civil ou converter união estável em casamento quando se tratar de pessoas do mesmo sexo (CNJ, 2013). Ainda que essa resolução tenha seu conteúdo de acordo com as decisões emanadas do STF, ela gera um grande debate.

As resoluções “são os instrumentos regulatórios próprios de que se utiliza o CNJ, no cumprimento das leis, para exercer seus atos e fatos de gestão” (CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello Santos, 2011). O STF, no ano de 2008, proferiu decisão no sentido de que resoluções emanadas pelo CNJ tem força vinculante de legislação por estar, obrigatoriamente, em consonância com os parâmetros constitucionais (STF, 2008).

Todavia, esta decisão, por mais benéfica que seja à vinculação da Resolução 175/2013 e vede a discriminação em Cartórios, ainda não vincula o Poder Legislativo a criar uma lei que, dentro dos parâmetros constitucionalmente estipulados, permita o casamento homoafetivo e dê igualdade formal e material para as pessoas LGBT.

O Brasil, assim como a Argentina, se caracteriza por um país civil law, porque as suas bases são as leis criadas pelo Poder Legislativo (GGN, 2013). Entretanto, os próprios ministros do STF já admitiram que o sistema brasileiro está se encaminhando a um sistema de common law, se baseando em decisões judiciais (RESCHKE, 2018).

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a mudança do sistema atual vigente, o Brasil ainda é um país que se baseia especialmente nas leis promulgadas, tendo o STF vital papel na interpretação das normas constitucionais, recaindo no reconhecimento de novos direitos – como o reconhecimento do casamento homoafetivo.

Assim sendo, mostra-se de suma importância o reconhecimento legal do casamento homoafetivo dentro da legislação brasileira para gerar uma estabilidade dentro do país e impedir possíveis arbitrariedades que acarretem no retrocesso de um direito fundamental que é a igualdade, liberdade e dignidade ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Apesar da falta de legislação prevista, é importante trazer alguns dados para demonstrar como as decisões do STF e a Resolução do CNJ foram de fato efetivas, especialmente com dados recentes comparativamente com o ano da Resolução 175/2013, para comprovar se houve melhoria nas questões sociais.

Segundo o IBGE, em 2017 foram realizados 5.887 casamentos homoafetivos (2.500 entre cônjuges masculinos e 3.387 entre cônjuges femininos). Número que não representa nem 1% do total dos casamentos heteroafetivos realizados no mesmo ano, 1.064.489 (IBGE, 2017). Números que, contudo, representam avanços desde 2013, ano em que foram registrados somente 3.700 casamentos homoafetivos (IBGE, 2013).

4. Conclusão

Primeiramente, é possível perceber uma diferença histórica entre a Argentina e o Brasil. A Constituição Argentina foi promulgada em 1853 e a partir dela iniciou-se uma luta pela liberdade e os direitos LGBT, enquanto no Brasil essa luta se torna mais clara e menos repressiva após a promulgação da Constituição de 1988.

Esta diferença histórica entre os países justifica a antecedência com que a Argentina decidiu permitir legalmente a união homoafetiva dentro

do território, enquanto o Brasil ainda carece de legislação, se apoiando em decisões do STF e na Resolução 175/2013 do CNJ. Portanto, é possível vislumbrar que há uma influência histórica dentro da razão pela qual a lei argentina quanto ao casamento homoafetivo é prévia à brasileira.

Entretanto, esta influência não justifica a demora do Poder Legislativo em aprovar uma legislação dispondo aquilo que o STF já reconheceu como válido, legal e constitucional. Reside aqui outro fator histórico de suma importância para o debate da necessidade de uma lei dentro do contexto brasileiro.

O Brasil é um país enraizado no sistema civil law, como a Argentina, e assim, se funda na criação de normas para garantir os direitos emanados na Constituição da República. Por mais que o país esteja se encaminhando para a utilização de precedentes, o Poder Legislativo ainda detém como função típica a criação de normas.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são fatos já reconhecidos como lícitos por ambos os estados e relativos a esfera privada dos cidadãos. Sendo assim, o papel do Estado democrático de direito é o de garantir o pleno gozo do exercício da igualdade, da diversidade e da tolerância, sendo necessário por vezes que o estado legisle para garantir a cumprimento destes direitos.

À vista disso, resta claro que, em ambos os países, o texto constitucional e seus princípios norteadores, somados com a ausência de normatização expressa, impõem a figura do Estado adotar medidas que viabilizem a equiparação do reconhecimento das relações homoafetivas com as heteroafetivas.

Portanto, em decorrência das funções dadas pelo próprio texto constitucional aos três poderes e à segurança jurídica em conjunto à estabilidade gerada por uma lei, nota-se que a criação de uma legislação para o casamento homoafetivo tornar o direito mais sólido e evita que uma mudança de opinião ou de governo acabe com o progresso já ocorrido.

Referências

Argentina. Constitución de la Nación Argentina, 1853.

BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista brasileira de direito constitucional RBDC, n. 17 – jan./jun. 2011, p. 113.

- BEN, Pablo; INSAUSTI, Santiago Joaquin. Dictatorial Rule and Sexual Politics in Argentina: The Case of the Frente de Liberación Homosexual, 1967–1976. *Hispanic American Historical Review*, 2017. pp. 297–325.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.183.378-RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 25 out 2011. *Diário da Justiça Eletrônico (Brasília)*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-DF. Relator Ministro Carlos Britto, 20 de agosto 2008. *Diário da Justiça Eletrônico (Brasília)*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ. Relator Ministro Ayres Brito, 05 maio 2011. *Diário da Justiça Eletrônico (Brasília)*.
- BRIGIDA, Anna-Catherine. Latin America has become an unlikely leader in LGBT rights. *Revista Quartz*, 2018. Disponível em: <<https://qz.com/1288320/despite-its-catholic-roots-latin-america-has-become-an-unlikely-lgbt-rights/>>. Acessado em: 01.04.2019.
- CASTRO, Marcos Vinícius Martins; SANTOS, Mariana Mello Santos. O Poder Normativo do Conselho Nacional de Justiça – Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 12/DF. *Revista UNIFACS*, nº 131, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- En siete años de matrimonio igualitario, se casaron más de 16.200 parejas. *Clarín*, 2017. Disponível em: <https://www.clarin.com/sociedad/anos-matrimonio-igualitario-casaron-16-200-parejas_0_rj7udT-vHW.html>. Acessado em: 03.04.2019.
- G1. Após 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>>. Acessado em: 01.04.2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. Metodologia científica na pesquisa jurídica. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

HILLER, Renata. Notas sobre el matrimonio gay lésbico en Argentina: estudiar los procesos políticos en su contemporaneidade. Dossier Primer Encuentro Patagónico de Teoría Política, 2013. pp. 60-68. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/27190899.pdf>>. Acessado em: 01.04.2019.

HILLER, Renata. Same-sex marriage and the public sphere in Argentina. Sexuality, Culture and Politics - A South American Reader, 2013. pp. 152-173. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/uploads/publicacoes/book2/09.pdf>>. Acessado em: 01.04.2019.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil. Censo 2017. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=22856&t=destaques>>. Acesso em: 01.04.2019.

IBGE. Estatísticas do Registro Civil. Censo 2013. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf>. Acesso em: 01.04.2019.

IDENTIDAD & DIVERSIDAD. Ley 26.618 - Matrimonio igualitario, 2010. Disponível em: <<https://identidadydiversidad.adc.org.ar/normativa/ley-26-618-matrimonio-igualitario-2010/>>. Acessado em: 03.04.2019.

NASSIF, Luis. A influência do Civil Law no direito brasileiro. GGN - O Jornal de todos os brasis. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/politica/a-influencia-do-civil-law-no-direito-brasileiro/>>. Acessado em: 05.04.2019.

PECHENY, Mario. De la “no-discriminación” al “reconocimiento social”. Un análisis de la evolución de las demandas políticas de las minorías sexuales en América Latina. Instituto Gino Germani Universidad de Buenos Aires y CONICET. Disponível em: <<http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/PechenyMario.pdf>>. Acessado em: 01.04.2019.

PECHENY, Mario; JONES, Daniel; ARIZA, Lucía. Sexual Politics and Religious Actors in Argentina. *Religion & gender*, vol. 6, no. 2, 2016. pp. 205-225. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjbt6rHprDhAhWBKkGHU1-ZARgQFjAIegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.religionandgender.org%2Farticles%2F10.18352%2Frg.10155%2Fgalley%2F10654%2Fdownload%2F&usg=AOvVaw0_7yv9JPvc6t-UBH5Hpu8H>. Acessado em: 01.04.2019.

RESCHKE, Pedro Henrique. Por que o Brasil não está caminhando para o common law, e por que isso importa. Disponível em: <<http://melloesouza.adv.br/2018/05/03/por-que-o-brasil-nao-esta-caminhando-para-o-common-law-e-por-que-isso-importa/>>. Acesso em: 03.04.2018.

RODRIGUES, Irene; BÉO, Cíntia Regina. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo. São Paulo*, vol. 99, 2004. pp. 661-680. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67640/70250>>. Acessado em: 01.04.2019.

SCHULENBERG, Shawn Richard. From International Idea to Domestic Policy: Explaining the Emergence of Same-Sex Partnership Recognition in Argentina and Brazil. *UC Riverside Electronic Theses and Dissertations*, 2010. Disponível em: <<https://cloudfront.escholarship.org/dist/prd/content/qt72f582zn/qt72f582zn.pdf?t=m-g2x1g>>. Acessado em: 02.04.2019.

STEPHEN, Brown. “Con discriminación y represión no hay democracia” *The Lesbian and Gay Movement in Argentina. Latin American Perspectives*, 2002. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b005/c770da6cc70ae01bb391b8bc2902a4c611d6.pdf>>. Acessado em: 01.04.2019.

VARGAS, Fábio de Oliveira. União homoafetiva: direito sucessório e novos direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

O CASO “FARMÁCIAS” DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (APOTHEKENURTEIL BVERFGE 7,377) COMO PARADIGMA DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO

Camila Possan de Oliveira

Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um grande marco na história da humanidade, pois representa a igualdade entre os povos e todas as pessoas que fazem parte deles, demonstrando uma forte preocupação com o ser humano e a sua dignidade, liberdade, saúde, educação, trabalho, dentre entre tantos outros importantes direitos. O documento não distingue nenhuma pessoa por etnia, nacionalidade, religião, pensamento político, nem qualquer outro fator que possa ser causa de exclusão ou perseguição.

Portanto, o presente escrito, ao mesmo tempo em que comemora os 70 anos da Declaração dos Direitos Humanos, pretende analisar como o direito humano ao trabalho vem refletido no Brasil, por isso, analisa os seus reflexos na Constituição Federal de 1988 nas formas de direito social ao trabalho, princípio fundamental da livre iniciativa, direito fundamental ao livre exercício profissional e, de maneira colateral, liberdade de concorrência.

Para tanto, pretende traçar um paralelo entre o caso “Farmácias” do Tribunal Constitucional Federal (Apothekenurteil BVerfGE 7,377), que é um verdadeiro paradigma no assunto de liberdades econômicas e profis-

sionais, com os casos julgados no Brasil sobre temas similares para verificar se os direitos, liberdades e princípios mencionados podem ser flexibilizados e, se positiva a resposta, em quais casos.

1. Direito humano ao trabalho e seus reflexos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: direito social ao trabalho, princípio fundamental da livre iniciativa, direito fundamental ao livre exercício profissional e liberdade de concorrência

Os direitos humanos, também conhecidos como direitos do homem ou liberdades públicas (OLIVEIRA, 2016, p. 3), representam direitos naturais não positivados, ou conforme Canotilho, “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos” (2003. p. 393). Em que pese os direitos humanos sejam tratados como direitos fundamentais, eles só devem assim ser ditos quando positivados no ordenamento jurídico interno de uma determinada nação (OLIVEIRA, 2016, p. 3).

O direito humano ao trabalho encontra-se previsto no artigo 23, I da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assim dispõe: “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (1948). Esse direito se manifesta na Constituição da República Federativa do Brasil por meio do direito social ao trabalho – previsto no artigo 6^o⁷³ –, no princípio fundamental da livre iniciativa, que é um verdadeiro princípio autorizador para que os empresários e suas respectivas empresas ingressem no mercado e nele permaneçam – previsto no artigo 1^o, IV⁷⁴ – e, por fim, no livre exercício profissional que é um direito fundamental – previsto no artigo 5^o, XIII⁷⁵ –.

73 “Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 90, de 2015).” (BRASIL, 1988)

74 “Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL, 1988)

75 “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

Além disso, o direito humano ao trabalho também vem refletido na liberdade de concorrência que só resta configurada dentro de um mercado em que exista competição, no qual os empresários, licitamente, atuem e desenvolvam suas atividades econômicas para angariar clientela. Liberdade essa que encontra previsão na Carta Magna no artigo 170, IV⁷⁶ ocupando o status de princípio geral da atividade econômica.

O Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377), que no Brasil foi chamado de “caso Farmácias” é uma importante decisão que pode ser analisada para a compreensão dos mencionados desmembramentos do direito humano ao trabalho na Constituição Federal.

Trata-se de um verdadeiro *leading case* sobre a matéria que envolve as liberdades de concorrência, de iniciativa, de exercício profissional e, ainda, o direito social ao trabalho. O Brasil possui uma série de precedentes envolvendo o mesmo tema, o que acabou por ensejar a edição de súmula vinculante sobre o tema.

2. O Caso “Farmácias” do Tribunal Constitucional Federal (Apothekenurteil BVerfGE 7, 377)

O caso tem como pano de fundo a localidade de Traunreut, na Alta Baviera, no ano de 1956. Cuida-se de uma reclamação constitucional feita por um farmacêutico que exercia a profissão desde o ano de 1940 e que, no fim dos anos 1950, fez requerimento de alvará para que pudesse abrir sua própria farmácia na localidade. O artigo 3, I, da Lei do Setor Farmacêutico da Baviera, diploma legal denominado de BayApothekenG, previa a formação e aprovação no curso *Approbation*, bem como, cidadania alemã, experiência profissional, aptidão e confiabilidade. Ainda, o mesmo dispositivo legal condicionava a outorga da permissão aos requisitos objetivos de que: 1) o mercado farmacêutico estivesse devidamente protegido – de forma que a base econômica da farmácia que pretendesse se instalar já estivesse consolidada – e; 2) que existisse

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”. (BRASIL, 1988)

76 “Título VII da Ordem Econômica e Financeira. Capítulo I dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Artigo 170 [...] IV - livre concorrência”. (BRASIL, 1988)

uma certa necessidade de interesse público quanto à instação daquela farmácia (DIMOULIS, 2014, p. 276).

Ocorre que, a proteção do mercado farmacêutico, enquanto um grande todo, fazia com que fosse fixada uma relação ideal entre a quantidade de pessoas que habitavam as regiões e o número de farmácias existentes. Assim, conforme explica Dimitri Dimoulis:

Na base do pensamento do legislador estava a ideia de que a oferta de medicamentos não poderia seguir as regras de mercado. A proteção da livre concorrência deveria sofrer alguns reparos, para garantir a qualidade dos medicamentos e a parcimônia da oferta com a consequente vedação da publicidade, evitando abusos e, por conseguinte, comprometimento da saúde pública. (2014, p. 276-277)

Assim sendo, o pedido foi indeferido porque a autoridade competente entendeu que, na localidade, já existiam farmácias suficientes a atender o interesse público respectivo. Além disso, a autoridade decidiu que a base da farmácia que desejava instalar-se não estava consolidada e, para agravar a situação, a sua instalação poderia afetar as bases econômicas dos negócios do mesmo seguimento que lá já estavam instalados e consolidados (DIMOULIS, 2014, p. 277).

Diante deste quadro fático, o farmacêutico interpôs reclamação constitucional para impugnar o ato administrativo que se consolidou com o comunicado do indeferimento e, indiretamente, também impugnou o disposto no artigo 3, I, do BayApothekenG. Como resultado, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha julgou procedente a reclamação e declarou nulo o dispositivo legal em comento (DIMOULIS, 2014, p. 277).

Dentre os principais fundamentos que levaram a autoridade local a negar o alvará de autorização para a abertura da farmácia, devem ser grifados os seguintes: o requerente deveria ter atuado como farmacêutico por um determinado tempo; o estabelecimento da farmácia deve ser de interesse público; a base econômica do negócio deve estar garantida e não pode interferir nas farmácias já estabelecidas e com bases econômicas já consolidadas; como existiam apenas 6000 moradores na localidades em questão, apenas uma farmácia seria mais do que suficiente para atendê-los; “farmácias constituídas sobre maus pressupostos econômicos tenderiam

[...] a vender medicamentos sem receita médica” (DIMOULIS, 2014, p. 278), além de que poderiam vender medicamentos psicotrópicos à vontade dos consumidores.

Nessa situação restou configurada uma verdadeira cláusula de raio. Além do mais, ocorreram quatro formas de restrição: à livre concorrência, à livre iniciativa, ao direito social ao trabalho e ao livre exercício profissional. A restrição à liberdade de concorrência restou configurada no sentido de que a autoridade local sequer possibilitava qualquer forma de competição com a farmácia já instalada em Traunreut. A ofensa à livre iniciativa sucedeu porque não pôde o farmacêutico, com sua empresa, ingressar no mercado para exercer a sua atividade econômica. E, ainda, o desrespeito ao livre exercício profissional e ao direito social ao trabalho, no caso, ocorreu porque o farmacêutico, não podendo instalar sua farmácia, de certa maneira, teve cerceado seu direito de atuar profissionalmente.

Ao julgar a reclamação constitucional, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu pela procedência da mesma e declarou a nulidade do artigo 3, I, do BayApothekenG – conforme já referido –, pelos seguintes principais fundamentos: é através da profissão elegida pela pessoa que ela vai poder realizar sua contribuição para a produção e para a sociedade, desta forma “o trabalho enquanto profissão tem para todos o mesmo valor e a mesma dignidade” (DIMOULIS, 2014, p. 282); quando um farmacêutico deseja passar de empregado para a condição de autônomo, isso é considerado um ato de escolha profissional e, portanto, é protegido pelo artigo 13, I do Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG⁷⁷ (DIMOULIS, 2014, p. 283); o direito fundamental, nesse caso, deve proteger a liberdade de cada indivíduo, ao passo que a reserva legal vai garantir proteção para os interesses coletivos, portanto, a liberdade individual só vai poder sofrer com restrição quando tal for indispensável para o bem maior da coletividade (DIMOULIS, 2014, p. 288); em que pese a limitação imposta ao ingresso profissional possa servir como uma forma de proteção aos concorrentes já instalados no mercado, ela não seria motivo suficiente a justificar tamanha intervenção no direito da livre escolha profissional, como ocorreu com o farmacêutico do caso da farmácia na Alta Baviera (DIMOULIS, 2014, p. 290); o livre exercício profissional

77 Trata-se da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

pode ser limitado por regulação em prol do bem comum, já a liberdade de escolha de profissão poderá ser restringida em casos muito específicos em que a proteção de bens e valores coletivos assim o impuserem inexoravelmente (DIMOULIS, 2014, p. 288).

Além dessas motivações, outro argumento muito importante foi utilizado na solução da controvérsia:

A competência regulamentar estende-se tanto ao exercício profissional quanto à escolha profissional. Esta existe, no entanto, em função do exercício profissional. Assim sendo, somente sob esse aspecto do exercício profissional pode a regulamentação também intervir na liberdade da escolha profissional. No que tange ao conteúdo da regulamentação, ele será tão mais livre quanto mais representar regulamentação pura do exercício, e tão mais restrito quanto mais, também, a escolha profissional for tangenciada. (DIMOULIS, 2014, p. 286)

Como resultado, o Tribunal Constitucional entendeu ser inconstitucional o artigo 3, I do ApothekenG e, portanto, o dispositivo foi revogado. Além disso a Corte afirmou que a negativa do governo da Alta Baviera, em conceder o alvará de funcionamento ao farmacêutico, teria violado direito fundamental do mesmo, direito este derivado do artigo 13, I, GG, portanto, revogado foi o ato administrativo (DIMOULIS, 2014, p. 295).

O caso apresentado tem relevância jurídica e social, sendo considerado verdadeiro *leading case* a respeito da matéria que envolve liberdade profissional, concorrência, direito social ao trabalho e liberdade de iniciativa. A sua relevância social está contida em toda a problemática a respeito da instalação da farmácia – se ela fosse prejudicial à base econômica dos estabelecimentos símiles instalados no local, prejudicaria a população como um todo –, além disso, demonstra clara interferência do estado no mercado e, por conseguinte, no trabalho de cada indivíduo.

A relevância jurídica, por sua vez, está na regulamentação que interfere na liberdade do exercício de uma profissão, além de trazer regras que também causam impacto no direito da concorrência e no ingresso de um novo participante no mercado.

Por estas e outras razões, entende-se que o Tribunal Constitucional Federal agiu com acerto em decidir da forma como fez, comprovando,

mais uma vez, ser a Alemanha um país de vanguarda não só no direito, mas também na forma como olha com maestria para as questões sociais que se apresentam.

3. Precedentes brasileiros sobre o tema do direito social ao trabalho, da livre iniciativa, do livre exercício profissional e da liberdade de concorrência

O Brasil possui diversos precedentes que se assemelham ao caso farmácias, *Apothekenurteil BVerfGE 7, 377*, analisado anteriormente. Sendo um dos mais conhecidos o caso abordado no Recurso Extraordinário nº 199.517, por seu julgamento ter originado a súmula 646, que posteriormente foi convertida na súmula vinculante 49 *in verbis*: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área” (BRASIL, 2015).

No caso do Recurso Extraordinário nº 199.517⁷⁸ tem-se, similarmente ao *Apothekenurteil BVerfGE 7, 377*, uma limitação geográfica para a instalação de drogarias, o que cerceia a livre concorrência, além de ferir a liberdade de iniciativa econômica privada. Por estas, entre outras razões, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo de lei que previa espaçamento mínimo de 500 metros de uma drogaria para a outra.⁷⁹

78 O Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Maurício Correia foi julgado em 1998 contendo a seguinte ementa: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º). 2. O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas. 3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido." (BRASIL, 1998).

79 Trata-se do artigo 1º da Lei nº 6545 de 1991 que previa o seguinte: “A concessão de licença para instalação e funcionamento de drogarias e farmácias no Município de Campi-

Em situação similar à anteriormente vista, o município de Joinville criou lei que proibia a instalação de uma nova farmácia a menos de 500 metros de outra. Dessa mesma maneira, configurou-se interferência na liberdade de concorrência e na livre iniciativa, assim sendo, o Supremo Tribunal Federal – no julgamento do Recurso Extraordinário nº 203.909⁸⁰ de relatoria do Ministro Ilmar Galvão – entendeu pela inconstitucionalidade da lei, e ainda, asseverou que a mesma se tratava de verdadeira reserva de mercado, e que, além de afrontar as liberdades já mencionadas, também era prejudicial à defesa do consumidor.

Outro caso relacionado ao *leading case* das farmácias em Traunreut foi o Recurso Extraordinário nº 204.187⁸¹, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, que tratava sobre a Lei nº 2.390 de 1974 de Belo Horizonte que dispunha acerca de certas condições, além de distância mínima, para a instalação de postos de gasolina no município.⁸²

nas somente dar-se-á, desde que não haja estabelecimento similar, numa distância mínima de 500 (quinhentos) metros.” (PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS,1999)

80 Ementa: “AUTONOMIA MUNICIPAL. DISCIPLINA LEGAL DE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. LEI MUNICIPAL DE JOINVILLE, QUE PROÍBE A INSTALAÇÃO DE NOVA FARMÁCIA A MENOS DE 500 METROS DE ESTABELECIMENTO DA MESMA NATUREZA. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF). Recurso não conhecido.” (BRASIL, 1997, b)

81 Observe-se a ementa do julgado: “Postos de gasolina. Atividade de alto risco que justifica o prudente distanciamento, na mesma área geográfica, de estabelecimentos congêneres. Inexistência de inconstitucionalidade do art. 3º, letra b, da Lei 2.390, de 16.12.74, do Município de Belo Horizonte (MG). RE conhecido, mas improvido.” (BRASIL, 2004)

82 Esse diploma legal, atualmente, encontra-se revogado, porém previa: “Art. 3º - Somente serão aprovadas plantas para a construção de Postos de Serviço que satisfaçam, além das exigências da legislação sobre construções, as seguintes condições: a) terreno com área mínima de 720 metros quadrados; b) distância mínima de 800 metros de raio de outro estabelecimento congêneres; c) distância mínima de 100 metros dos limites de escolas, quartéis, asilos, hospitais e casas de saúde; d) distância mínima de 200 metros das bocas de túneis, se localizados na respectiva via principal de acesso ou saída; e) depósito subterrâneo de combustíveis com capacidade mínima, por tanque, de 10.000 litros; f) instalação sanitária para uso público.” (PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE, 1974)

O dispositivo legal cuja constitucionalidade era controversa, tratava-se da alínea b do artigo 3º, já que este dispunha que os postos de gasolina deveriam guardar distância mínima de 800 metros uns dos outros. Nesse caso, ao contrário dos outros julgados analisados, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a restrição imposta pela legislação municipal era válida, já que os postos de gasolina exercem uma atividade de alto risco e o seu distanciamento é uma questão de prudência. Dessa maneira, não foi ferida a livre iniciativa nem a livre concorrência, mas sim, foram protegidos os consumidores e toda a coletividade habitante no município.

No Recurso Extraordinário nº 174.645⁸³, em situação muito similar, o Supremo Tribunal Federal analisou Lei nº 8.794 de 1978 do Município de São Paulo que determinava uma espécie de escala de horário para o funcionamento das farmácias na localidade.

A Suprema Corte entendeu pela não ocorrência, no caso concreto, de afronta à livre iniciativa nem à liberdade de concorrência, já que a Constituição Federal confere aos municípios autonomia para legislar sobre interesse local. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer explica que este caso destoou de outras decisões do Supremo Tribunal Federal “que conjugam os princípios da livre concorrência, repressão ao abuso do poder econô-

83 O caso tem a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FARMÁCIA. LEI MUNICIPAL Nº 8.794/78 E NORMAS ADMINISTRATIVAS QUE DISCIPLINAM O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO E O SISTEMA DE PLANTÃO NOS FINS DE SEMANA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA OS ASSUNTOS DE SEU INTERESSE: ART. 30, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA E AO DIREITO DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA. 1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local. 2. Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório. 3. Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria. Recurso extraordinário conhecido e provido” (BRASIL, 1997, a).

mico e da defesa do consumidor na interpretação de normas jurídicas” (2015, p. 37).

Também são recorrentes casos em que bacharéis em direito ingressam no poder judiciário para ver garantida sua liberdade de exercício profissional enquanto advogados, mesmo sem aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. A exemplo dessa situação tem-se o Recurso Extraordinário n° 603.583⁸⁴ de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Em que pese as alegações do proponente da ação originária tenham sido que a necessidade de aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia, ofende ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, a controvérsia envolve, também e, principalmente, a liberdade de exercício profissional e do direito social ao trabalho.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio realizou um juízo de proporcionalidade e compatibilidade entre o exame da Ordem dos Advogados do Brasil e a garantia do livre exercício profissional prevista na Constituição Federal afirmando que “por ser pressuposto à realização plena de um projeto de vida, liberdade de profissão e dignidade da pessoa humana estão inegavelmente relacionados” (BRASIL, 2011). Por fim, o julgador entendeu que a exigência de aprovação no exame teria compatibilidade com o princípio da proporcionalidade, pois seria de interesse público e resguardaria a sociedade contra o exercício da profissão de advogado de forma que pudesse ocasionar danos à coletividade. Assim sendo, por unanimidade foi negado provimento ao recurso extraordinário do bacharel em direito.

Os casos que envolvem os temas abordados no *Apothekenurteil BVerfGE 7, 377*, ou seja, a liberdade de iniciativa, liberdade de exercício profissional, direito social ao trabalho e livre concorrência, formam um

84 Ementa: “TRABALHO – OFÍCIO OU PROFISSÃO – EXERCÍCIO. Consoante disposto no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. BACHARÉIS EM DIREITO – QUALIFICAÇÃO. Alcança-se a qualificação de bacharel em Direito mediante conclusão do curso respectivo e colação de grau. ADOVADO – EXERCÍCIO PROFISSIONAL – EXAME DE ORDEM. O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.” (BRASIL, 2011)

repositório jurisprudencial extremamente vasto, de forma que além dos casos apresentados anteriormente, também há o caso do Recurso Extraordinário n° 795.467 onde o Supremo Tribunal Federal entendeu que seria incompatível com a Constituição Federal a obrigatoriedade da inscrição nos quadros da Ordem dos Músicos do Brasil e o pagamento da anuidade para a instituição a fim de que pudesse ser exercida a profissão. E ainda, o Recurso Extraordinário n° 511.961 que decidiu pela não obrigatoriedade da exigência de diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista em razão das liberdades de profissão, expressão e informação.

Conclusão

Como visto, no Brasil ocorreram – e até hoje ocorrem – casos similares ao *Apothekenurteil BVerfGE 7, 377*, onde restaram desrespeitadas as liberdades de iniciativa, concorrência, o direito social ao trabalho e o exercício profissional. Um dos casos julgados em nosso país, inclusive, ensejou a criação de súmula, sobre o tema de espaçamento mínimo para a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo de atividade que, posteriormente foi convertida em súmula vinculante.

Ao analisar todos esses casos, fica nítida a possibilidade de que a lei venha a intervir na livre iniciativa, na liberdade de exercício da profissão e, até mesmo, na livre concorrência, mas esta intervenção deve ter motivos maiores e contundentes, como no caso da lei municipal de Belo Horizonte que vedava a instalação de postos de abastecimento de combustível a menos de 800 metros uns dos outros por questões de segurança.

Caso as proibições legais não tenham razoabilidade para impor limites ao direito humano ao trabalho e seus mencionados desmembramentos estarão em contramão ao que dispõe a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de forma que o julgamento da sua inconstitucionalidade será a medida imposta.

Evidentemente que as competências da União, dos estados membros e dos municípios para legislar sobre temas que sejam de seus interesses devem ser respeitadas, todavia, elas não podem colidir com direitos fundamentais ou direitos humanos e demais preceitos constitucionais.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 174645**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 17/11/1997, DJ 27-02-1998 PP-00018 ENT VOL-01900-03 PP-00539. a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 204187**. Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 02-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02146-04 PP-00818 RTJ VOL-00191-02 PP-00707.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 203.909-8 SC**. Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 14/10/97. b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 199517**, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU 13.11.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 511961**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-04 PP-00692 RTJ VOL-00213-01 PP-00605.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603583**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 753777 ED**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 12/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 27-05-2015 PUBLIC 28-05-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 49**. DJE de 23-6-2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Lei n° 2.390 de 1974**. Dispõe sobre construção e o funcionamento de Postos de Gasolina. D.O. 17/12/1974.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS. **Lei n° 6545 de 1991**. Dispõe sobre a licença de funcionamento de drogarias e farmácias no município de campinas e dá outras providências. 02/07/1999.

A INFLUÊNCIA DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DOS EUA NAS COTAS DOS PAÍSES DE LÍNGUAS PORTUGUESA

Charles de Sousa Trigueiro

Marcelo Gomes Franco Grilo

Nina Gabriela Borges Costa

Maryela Mireia de Sousa Bandeira

Introdução

A similaridade ou não entre seres humanos são condições a eles inerentes. Por milênios de anos, os seres humanos viveram, grande parte do tempo, em comunidades as quais pregavam a igualdade social.

Todavia, as regiões da África e da Ásia, sofreram profundas transformações, haja vista a necessidade do desenvolvimento econômico ter impulsionado tais transformações e disparidades. Enquanto alguns se fortaleceram, tornando-se donos de inúmeras terras e centenas de escravos, outros foram obrigados a se submeterem a árduos trabalhos para sobreviverem. As raízes dessa mutação se justificavam pelo surgimento da propriedade privada e do Estado, pelas guerras e pela escravidão. (SCHMIDT, 199, pág. 197)

Segundo a história, os principais fundamentos de igualdade se iniciaram há mais de 2000 mil anos atrás, quando o mundo passou a viver, onde hoje se localiza Israel, a conhecida era Cristã, baseada nos ensinamentos de Jesus Cristo, o qual pregava que todos os homens deveriam ser iguais e que a única autoridade suprema era a de Deus. (SMITH, 1999)

Nesse sentido, segundo os ensinamentos cristãos, a vontade de Deus se pautava na igualdade social, sendo nesse momento em que mais se destaca a ideia de igualdade e desigualdade entre os homens.

Foi somente em meados de século XX, nos Estados Unidos da América, que surgiu o princípio da diferença. Tal princípio passou a se fundir pelo mundo, tornando-se presente, nos dias atuais, em alguns países de língua portuguesa.

O Brasil aderiu ao princípio da diferença a partir da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2009), ratificada pelo Brasil como Emenda Constitucional, o qual comprometeu perante os Estados Internacionais a garantir o pleno emprego para as pessoas com deficiência.

Assim, esse princípio se materializou no inciso VIII do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao reservar vagas nos concursos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Todavia, o que se questiona é até que ponto essa reserva não atinge o princípio da isonomia elencado no art. 5º, de que todos são iguais perante a lei?

Políticas Afirmativas e princípio da igualdade

No que tange a análise em tela, o preceito constitucional se pauta na não-discriminação ilícita e na imprescindível inclusão de portadores de deficiência de qualquer natureza.

Parece se estar frente à um paradoxo, diante do fato de ser necessário adotar um tratamento desigual no intuito de proteger a igualdade. Entretanto, para solucionar essa questão, torna-se importante compreender que as pessoas constituem em seres, ao mesmo tempo, iguais e diferentes entre si.

Diante de tal preceito, pergunta-se: Como o Estado poderia adotar qualquer política pública, visando a garantia de tratamento diferenciado àqueles que necessitarem, sem cometerem quaisquer iniquidade? Por certo, não é fácil responder a esta indagação sem partir para a observação empírica.

Nessa perspectiva, foi o direito tributário o responsável por trazer avanços e conceitos sobre “igualdade”, como, por exemplo, as isenções concedidas à pessoas portadoras de deficiências físicas ao adquirirem veículos automotores.

Assim, Humberto Ávila, ao questionar se a legislação tributária teria como escopo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais ou todos os contribuintes de forma distinta, apesar de sua igualdade, conclui que o Direito Tributário adota um sistema de justiça individual e de justiça geral.

A questão está longe de ser resolvida, haja vista a existência de certo subjetivismo. Com isso, torna-se importante o estudo prático afim de identificar, bem como estabelecer parâmetros de diferenciação aceitáveis.

Dentro do Direito Tributário é fácil perceber a aplicação do princípio da isonomia, o qual se pauta por tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdade, ao verificar que arrecadação do Imposto de Renda deve ter incidência maior àqueles que auferem maiores lucros.

Contudo, a dificuldade está em utilizar o mesmo raciocínio para diferenciar as pessoas consideradas “normais” e as pessoas consideradas “anormais” por alguma deficiência física, sem cometer arbitrariedades.

Vários críticos trazem a ideia de que tal aplicação ao buscar a igualdade pode utilizar-se de discriminações necessárias e justas (lícita, portanto) e discriminações que devem ser rechaçadas (ilícita).

Com acerto Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que é comum entender que “o agravo à isonomia radica-se na escolha, pela lei, de certos fatores essenciais, existentes nas pessoas, mas que não poderiam ter sido eleitos como matriz do *discrîmen*”. (MELO, 2007, pag. 15)

Se acordo com Álvaro Ricardo Souza Cruz, a discriminação deve ser entendida como toda e qualquer forma de promoção, exclusão, restrição ou preferência baseada em parâmetros como a raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o intuito de prejudicar o reconhecimento ou exercício da igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada. (CRUZ, 2005. pag.15)

É nesse sentido que o autor supra define as “ações afirmativas” como: “discriminações lícitas que podem amparar: regatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no seu direito fundamental de participação na vida pública e privada”. (CRUZ, 2005, pag. 141)

Para Norberto Bobbio (1997, pag. 12 -13) a igualdade apresenta duas concepções, quais sejam: a primeira faz referência à ideia de igualdade como uma aspiração dos homens que convivem em sociedade e a idealizam de forma civilizada e feliz, e a segunda se refere à igualdade amplamente defendida e debatida nas ideologias e nas teorias políticas. Com isso, pode-se concluir que a igualdade possui como característica a indeterminação, visto a necessidade de se responder à duas indagações: Igualdade entre quem? Igualdade em quê?

Com isso, para ser possível a aplicabilidade acerca da igualdade, é imprescindível a existência de vários sujeitos, sendo necessário, ainda, estabelecer qual o relacionamento existente entre eles.

De acordo com JACQUES (1947, pag. 40), a sociabilidade, tal como a convivência e a coexistência, apenas seria possível pelas forças que se equilibram, como, por exemplo, interesses, direitos e deveres, os quais uns contrários aos outros. Nesses termos, a desigualdade torna-se essencial para a existência da própria sociedade e, conseqüentemente, para que exista um equilíbrio na vida social. Uma vez que, se todas as forças seguissem a mesma direção, não haveria que se falar em equilíbrio. Foi exatamente por isso que de acordo com Santo Tomás de Aquino, “não há ordem sem desigualdade e a vida seria a ordenação harmônica da desigualdade”.

Segundo o professor José Afonso da Silva (1992, pag. 85) “Em direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

É exatamente por isso que deve-se utilizar o princípio da igualdade ou isonomia afim de nortear a utilização dos demais princípios gerais do direito, sento esse o pensamento dos demais autores que se estudará a seguir.

Nesse sentido, tem-se as políticas afirmativas de reserva de mercado para as pessoas portadoras de deficiência como um princípio internacionalmente protegido, haja vista estabelecer às pessoas com deficiência e, conseqüentemente, como maiores dificuldades de se encontrarem aptas para o trabalho, maiores proteções por parte do Estado.

Fazer distinções no Estado de Direito é utilizar da diferença entre igualdade formal e material. Sendo assim, é plenamente plausível que o Estado procure compensar desigualdades com políticas de proteção à alguns grupos discriminados por ambientes histórico-econômico-sociais.

Contudo, distinção não significa discriminação, pois a diferenciação visa equilibrar a desigualdade, tendo, então, a finalidade de igualização, pois de acordo com os ensinamentos de San Tiago Dantas, a diferenciação visa ao “reajustamento proporcional de situações desiguais” (DANTAS, 1953, pag. 56).

Para STEIN (1973, pag. 322), a igualdade reclama uma “relação entre o critério de diferenciação e a finalidade perseguida com a diferenciação”. Nesses termos, é também o entendimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência da corte Suprema dos Estados Unidos, segundo relata Corwin (2005, pag. 222). Esta, com efeito, condena como violadoras da *Equal protection of the laws* da 14ª Emenda as diferenciações ‘desarrazoadas’.

Todavia, considerando a diferenciação discricionária, inconciliável com a natureza da desigualdade, não se alcançará a igualdade, mas apenas ao privilégio ou regalia, o que seria completamente arbitrário.

Desta forma, de acordo com Corwin (2005, pag. 114), é possível que as Constituições proíbam determinados critérios de diferenciação as quais conduzam à qualquer tipo de discriminação.

Políticas afirmativas no Brasil

Cronologicamente, em virtude do processo de escravidão vivenciado no Brasil, a discriminação aos afrodescendentes é latente, e espalha-se inclusive em questões salariais e empregos. Ademais, há de se ressaltar os preconceitos desferidos contra indígenas e mulheres, em razão de aspectos fundados no latifúndio e no patriarcalismo, além de subjugar as pessoas portadoras de deficiência.

Como forma de mitigar os efeitos nefastos da discriminação, é importante implementar políticas públicas capazes de elevar os níveis isonômicos entre as pessoas, para fazer valer o mais nobres sentimentos importados pela Constituição Federal.

Nesse cenário, exsurge a lei das cotas raciais em concursos públicos, e legislação própria para certames de acesso ao ensino superior, como é o caso das Leis nº. 12.711 e 12.990, respectivamente.

Diante da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrado em Nova York, por força do Decreto nº. 6.949/2009, reconhece que ações

discriminatórias contra pessoas com deficiência constitui afronta à dignidade humana e da carga valorativa inerente às pessoas, suscitando a assim a multiplicidade de valores presentes nas pessoas portadoras de alguma deficiência.

Consoante os fins da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência (2009), tem-se que:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Utilizando-se de ferramentas jurídicas para uma melhor compreensão, depreende-se da História do Direito Comparado que a tutela em face das pessoas portadoras de deficiência é um ímpeto protetivo estabelecido em todo mundo, como forma de valorizar a dignidade da pessoa humana.

Ora, é certo que pessoas com deficiência, além de suportar as suas próprias limitações, precisam enfrentar dificuldades e violações aos direitos humanos, de modo que o art. 5º. da Constituição da República enuncia a igualdade de todos perante a lei, como desdobramento do princípio da isonomia, em seu aspecto formal e material, como forma de positivizar a nível constitucional a tutela jurídica em proveito das pessoas com deficiência.

Diante de permissivo constitucional, a implementação de políticas afirmativas para pessoas portadoras de deficiência como forma de viabilizar o seu acesso ao mercado de trabalho, suscita a vedação de “qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI). Nesse sentido, a Carta Republicana rege que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37, VIII).

Ao conjugar tais dispositivos, observa-se o tratamento protetivos estabelecido pela Constituição Federal como forma de tutelar o deficiente

junto ao mercado de trabalho, já que o mercado capitalista muitas vezes busca um perfil distante de qualquer limitação, o que acarreta vastas ações discriminatórias, principalmente no momento da contratação dessas pessoas portadoras de necessidades especiais, violando por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além do mais, a Constituição buscou proteger a pessoa com deficiência nos certames públicos, que dão acesso aos cargos e empregos públicos, dada as limitações que essas pessoas assumem para se preparar nas vias de estudo para esses processos seletivos, principalmente nas pessoas acometidas por deficiência mental e sensorial, em virtude dessas enfermidades proporcionarem maiores obstáculos no processo de aprendizado.

Políticas afirmativas em Portugal

Cumpre, desde o início, destacar o caráter diretivo da Ordem Econômica da República Portuguesa, que, aliás, converge para o sentido constitucional em sua integralidade.

Em razão da “Constituição Econômica” carrear princípios e valores capazes de regular a e vincular a Administração Pública e Empresas Privadas, insta esclarecer que não é possível ausentar o perfil político de tais decisões gerenciais, que proporcionam a materialização de múltiplas políticas públicas. Contudo, uma Constituição Dirigente tende a construir uma racionalização política, infundindo um contexto material e legítimo quando finca-se um ímpeto constitucional voltado para a política⁸⁵.

A dirigente Constituição Portuguesa de 2 de abril de 1976 assegura no artigo 1 a dignidade da pessoa humana como primado fundamental

O princípio da igualdade encontra-se previsto no art. 13 da Constituição Portuguesa e o princípio da proibição de discriminação nos artigos 9 e 81, e as discriminações positivas em favor de grupos vulneráveis encontra-se nos artigos 53 a 59, e Código do Trabalho Português dos artigos 23 a 32.

85 Sobre dirigismo constitucional conferir CANOTILHO, J. J. G. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra, 1994. COUTINHO, J. N.D.M. et al. Canotilho e a Constituição Dirigente. In: Coutinho J.N.D.M.(Org). Canotilho e a Constituição Dirigente 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O artigo 71º da Constituição Portuguesa, destaca, *in verbis*:

1 – os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacidades.

2- O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio as suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.

3 – O Estado apóia as organizações de cidadãos portadores de deficiência⁸⁶

Vislumbra-se do art. 71 que o Estado Português deve pautar sua postura na construção de elementos tendentes a assegurar igualdade real entre as pessoas, de forma indistinta. Assim, a preocupação constitucional não é de apenas enunciar a igualdade, mas sobretudo, viabilizar permanentemente práticas voltadas para a sua concretização.⁸⁷

Políticas Afirmativas em Angola e Timor Leste

Na Constituição Angolana, o princípio da igualdade encontra-se nos artigos 21 e 23, e justiça social no art. 90.

A lei geral do trabalho angolana, no art. 242 “preocupa-se especificamente com a situação de discriminação em função do sexo”, e no art. 262 promove medidas positivas em favor de “trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida”.

86 ARAUJO, Antonio de, Cidadãos Portadores de Deficiência – O seu lugar na Constituição da República, Coimbra, 2001. p. 113-114

87 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Ed, 2005. P. 120.

A Constituição da República Democrática de Timor Leste data de 2002, consagra a igualdade no art. 16, proibição de discriminação contra a mulher no art. 17.

A lei do trabalho da República Democrática de Timor leste no artigo 71 consagra uma medida afirmativa de “proteção de trabalhador portador de deficiência ou doença crônica”.

Considerações finais

É necessário distinguir das discriminações, que violam o princípio da igualdade, as “ações afirmativas”, que podem ser com elas compatíveis⁸⁸.

Justificam-se tais distinções pela finalidade que é igualar e não desigualar, mas igualar corrigindo tratamento discriminatório – portanto, prejudiciais ao grupo – globalmente vigorantes na sociedade. Refletem elas a ideia do tratamento desigual dos que se apresentam desiguais na sociedade. Levam em conta não os indivíduos isoladamente considerados, mas os grupos aos quais pertencem.

É indubitável que as ações afirmativas devem corresponder com o princípio da igualdade. Diante da sua elevada sapiência, Rui Barbosa enlaçava na célebre Oração aos Moços⁸⁹ que “a regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”. E pontua mais adiante que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”.

Todavia, o equilíbrio dessas ações afirmativas é demasiadamente complexo, pois sua materialização é capaz de atrair efeitos negativos, como proporcionar privilégios em favor de determinados grupos sociais. Ora, de certa forma isto, de *per se*, acarretaria também em afronta ao princípio constitucional da igualdade, resultando em inconstitucionalidade, por assim dizer.

Contudo, é preciso considerar alguns critérios para analisar a constitucionalidade das ações afirmativas, quais sejam: a) Regra da Objetividade, pela qual é preciso identificar o grupo desfavorecido e seu âmbito

88 Idem, p. 26

89 BARBOSA, R. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, p. 52, 1999.

deve ser objetivamente determinado; b) Regra de medida ou proporcionalidade, segundo a qual deve haver ponderação no estabelecimento das políticas adotáveis; c) Regra de adequação, que enuncia que as regras de vantagem devem apresentar justiça à reparação do nível de desigualdade a ser corrigido. Em virtude da racionalidade empregada, essa regra sobreleva os ímpetos da razoabilidade; d) Regra de finalidade, para quem as normas devem mitigar os efeitos das desigualdades sociais; e) Regra de temporariedade, que defende a adoção dessas medidas para combater os efeitos da desigualdade, como sugere a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

Esses critérios devem ser lidos e conjugados um ao outro, de forma que um critério reverso, deve ser visto como regra de prudência, uma vez que sua aplicabilidade não é compatível com o anseio social e político⁹⁰.

Trata-se de uma condição que, por um lado, deflui do próprio princípio da igualdade. Realmente, uma de suas projeções é a igualdade quanto aos encargos. Disto, deriva a regra da proporcionalidade do ônus decorrente do tratamento diferenciado em relação aos ônus a serem suportados pelos outros grupos sociais.

Por outro, decorre da razoabilidade. Desarrazoado, sem dúvida, seria onerar – excessivamente – o todo social ou outros muitos grupos para beneficiar um deles, ainda que em reparação de desvantagens sofridas por este.

Como se observa, essas condições ensejam a distinção entre as diferenciações legítimas em face da igualdade e as discriminações condenadas por esta.

Referências

ARAÚJO, Antonio de, *Cidadãos Portadores de Deficiência – O seu lugar na Constituição da República*, Coimbra, 2001. p. 113-114

ÁVILA, H. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, p. 21, 2008.

BARBOSA, R. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, p. 52, 1999.

90 Fiat justitia, pereat mundus (faça-se justiça ainda que o mundo pereça).

- BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 12-13,1997.
- CORWIN, E. S. *Constituição Norte-Americana*. 1 ed. Boston: JORGE ZAHAR. 2005. p. 222
- CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- COUTINHO, J. N.D.M. *et al.* **Canotilho e a Constituição Dirigente**. In: Coutinho J.N.D.M.(Org). **Canotilho e a Constituição Dirigente** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CRUZ, Á.R.S. **O direito à diferença – as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiências físicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 15, 2005.
- DANTAS, S.T. **Problemas de direito positivo**, Rio de Janeiro, Revista forense, p. 56, 1953.
- FERREIRA, .M.G.F.**Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, p. 114
- JACQUES, P. I. **Da igualdade perante a lei**. Rio de Janeiro: Revista Forense, p. 40, 1957.
- MELLO, C.A.B. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. 15. São Paulo: Malheiros, p. 15, 2007.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed, 2005. P. 120.
- SILVA, J. A.D. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, p. 85,1992.
- STEIN, E. **Derecho político**. (trad. Fernando Sainz Moreno). Madrid: Aguillar, p. 322,1973.
- SCHMIDT, M. F. **Nova história crítica**. São Paulo: Geração, p. 197,1999.

LEI DE ECONOMIA COMUM: BRASIL E PORTUGAL

Claudio Joel Brito Lóssio

Introdução

As leis são criadas para regular as relações entre as pessoas buscando assim o melhor ponto de equilíbrio para se atingir a justiça. Ao conhecer e estudar a Lei 6/2001 de Portugal, que promove a proteção das pessoas que vivam em economia comum notamos a ausência de uma lei equivalente no Brasil para assim tal qual garantir direitos ao povo brasileiro.

Com a criação de uma legislação no Brasil equiparada a Lei Portuguesa N 6/2001 esta poderá beneficiar a população brasileira conseguindo assim proporcionar direitos e proteções às pessoas que vivam em economia comum sem reconhecimento jurídico com comunhão de mesa e de habitação.

A lei de Portugal abordada neste artigo, garante certos direitos para as pessoas que vivam em economia comum, que estejam comungando de mesa e habitação por mais de dois anos, e entre estes agregados, um deve ser adulto, existindo algumas exceções que serão apresentadas no decorrer do primeiro capítulo, assim como as garantias.

No segundo capítulo será apresentado um breve histórico de reconhecimento familiar no Brasil, assim como a criação de uma legislação no Brasil equivalente a Lei que protege as pessoas que vivam sob economia comum de Portugal poderá garantindo pessoas que vivam como agregados ou como família, e para isso serão apresentados alguns casos reais de aplicação deste normativo.

Os casos que serão apresentados no terceiro capítulo, são com base em decisões de acórdãos portugueses e assim equiparando com a legislação brasileira assim como vendo em quais casos os normativos brasileiros protegem ou se realmente há uma lacuna para esse tipo de proteção, desfavorecendo as pessoas que no Brasil vivam em economia comum, comungando de mesa e habitação, mas sem reconhecimento jurídico.

Demonstrar que a criação de uma Lei no Brasil equivalente a Lei Portuguesa 6/2001 poderá beneficiar a população brasileira, garantindo assim novos direitos e proteções às pessoas que vivam em economia comum sem reconhecimento jurídico com comunhão de mesa e de habitação. Situação a qual é normalmente visualizada dentro do quadro social brasileiro, onde pessoas acabar por unir famílias ou amigos para compartilhar a morada sem previsão de desvinculação, visto que a situação financeira destes pode ser baixa, e vivendo em comunhão de mesa e habitação, economizarão recursos econômicos para assim a buscar viver de forma mais digna.

Mas como viver de forma digna, se não há por muitas vezes garantia nenhuma de proteção, como por exemplo em caso de arrendamento (aluguel), para não parentes. Em outro exemplo pode ser notado que a declaração de importo de renda no Brasil, não pode haver demonstração de relação de compartilhamento econômico, mas sim de relação entre titular e seus dependentes. Mas quando todos que habitam na morada são os dependentes uns dos outros, não havendo assim um titular?

Para tanto, a metodologia de pesquisa para desenvolvimento da dissertação proposta através deste artigo, pretende-se utilizar os seguintes métodos de abordagem: dedutivo e dialético. Já no que se refere ao procedimento, os métodos adotados serão: histórico, comparativo e estudo de caso.

As técnicas de pesquisa utilizadas para elaboração deste artigo serão a bibliográfica, documental e estudo de casos. Ressalta-se, que em razão do tema tratado possuir muitas variantes eletrônicas, as pesquisas serão feitas com o auxílio da internet para conseguir acesso a documentos os quais não possam ser adquiridos de forma física e ou direta.

No próximo capítulo será apresentado uma breve evolução promovida pelo casamento, assim como pela união estável no Brasil, e alguns casos onde estas leis não promoverão tal proteção que a lei 6/2001 oferece.

1. Breve histórico sobre família, casamento, união de estável e pessoas que vivam em economia comum

A família é o elemento fundamental para a formação da sociedade, tanto em Portugal, como expressa a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 67.^o (PORTUGAL; Constituição, 1976, P. 31), como também na Constituição Federal Brasileira de 1988, mais precisamente em seu artigo 226 (BRASIL; Constituição, 1988), que expressa que a família é a base da sociedade. Para tanto, ambas as constituições promovem a proteção da unidade familiar que comumente vive em compartilhamento de habitação, mesa e leito, conseqüentemente, em economia comum. Para uma breve evolução posteriormente serão apresentados alguns elementos de formação de agregados que vivam em economia comum, como o casamento, união de fato e os agregados protegidos legalmente.

Inicialmente será apresentado uma evolução histórica acerca da comunhão no Brasil. Antes da Constituição de 1988, o único meio de se formal uma unidade familiar era exclusivamente através do matrimônio, ou seja, a família só era reconhecida como tal, após a união do casal pelo casamento (OLIVEIRA, 2006, p. 15-17). É mister lembrar que está sendo apresentado algumas relações que promovam medidas protetivas para as famílias formadas tanto pelo matrimônio quanto pela união de facto, no Brasil conhecida como união estável.

Cabe esclarecer que tanto através do casamento quanto da união de facto normalmente existe a comunhão de economia, habitação, mesa e de leito, na verdade, o casamento possui uma comunhão plena de vida, segundo expressa o artigo 1577.^o (PORTUGAL, 1966) do Código Civil Português que traz uma definição de casamento.

Quando falamos em constituição familiar é importante saber que a monoparentalidade não ocorre comunhão de leito, como é o caso das pessoas que vivem em união de facto assim como as pessoas que vivam economia comum denominadas na Lei 6/2001 de Portugal em seu Artigo 2.^o, 1 (Portugal, 2001), que comungam dos itens nesse parágrafo citado, com exceção do leito. É também imperioso lembrar que ao falar união de facto e ou união estável, o texto estará se referindo a mesma coisa, devendo observar a legislação a que está se referindo.

Sendo assim qualquer outro tipo de união não era reconhecido como família e com isso inexistia a proteção até por ser reconhecido como ilícito como uma falta de moralidade. Com isso nenhum tipo contratual favorecia qualquer relação extramatrimonial, como é o caso do concubinato.

Nenhum tipo de negócio jurídico era permitido, mesmo que houvesse boa-fé objetiva das partes, para oficializar uma união de concubinato, até porquê qualquer união extramatrimonial era considerada ato ilícito (OLIVEIRA, 2006, P. 19), e mesmo com toda formalidade possível, fundava-se em nulidade do ato, segundo o código Civil Brasileiro de 1916. (BRASIL, 2002)

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreram algumas mudanças que mudaram a visão legal de como uma família poderia ser formada, reconhecendo assim, outras formas de constituição familiar, onde entra então a união de facto (no Brasil a união de facto é conhecida como união estável), como também a família formada por apenas um dos genitores, conhecida como família monoparental, fazendo assim com que a unidade familiar não fosse apenas reconhecida com a comunhão através da necessidade do matrimônio, mas sim pelo vínculo familiar, ou até mesmo vínculo de afinidade, proporcionado assim, por pessoas que vivam em compartilhamento de mesa e habitação comungando assim de economia comum, onde todos podem se ajudar financeiramente.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, traz em seu Artigo 226, parágrafo 3º e 4º (BRASIL, 1988), a apresentação do novo modelo para formação familiar, onde apresenta a união de facto, formado por um homem e uma mulher, e a necessidade de facilitação legal para convertê-la em casamento, assim como o reconhecimento da família monoparental, que é formada apenas por um dos pais e seus descendentes.

A união de facto ganha força em 2002, com o surgir do novo Código Civil Brasileiro, onde foi inserido no Livro IV, Título III (Da União de Estável), onde estão os artigos 1723 a 1727 (BRASIL, 2002), assim dando uma maior força do direito privado, versando em seu artigo 1723 “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública,

contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”.

A legalização da união estável no Brasil, assim como a família monoparental, traz um grande avanço quando se fala em regularização das unidades familiares, onde antes viviam sob a ilicitude da nulidade do concubinato e hoje gozam das proteções e garantias que essas modalidades de família estão a oferecer.

Muito embora, o casamento e a união estável promovam proteções as unidades familiares, há casos em que uma lacuna fica aberta no viés da projectividade. Desejamos chegar ao ponto em que a unidade familiar não promoverá a proteção promovida pela lei da economia comum portuguesa, onde serão apresentados dois casos distintos onde mesmo sendo uma unidade familiar, hora alei protegeu, hora não.

Em um todo, famílias formadas por primos, tios e sobrinhos, amigos de longas datas, e família extramatrimonial, são exemplos onde a lei brasileira não promove proteção, diferentemente do que ocorre em Portugal, devido a lei portuguesa 6/2001, que cria direitos e garantias para as pessoas que vivam sob economia comum, sendo agregado familiar ou não, bastando para tanto cumprir alguns prerrequisitos que serão apresentados no capítulo seguinte.

2. A Lei 6/2001 de Portugal COMPARADA COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A lei portuguesa 6/2001 de 10 de maio tem a finalidade de promover medidas protetivas para pessoas que vivam em economia comum há mais de dois anos. E para gozar desse direito de proteção alguns requisitos são obrigatórios, e só com o cumprimento destes deveres esta legislação terá força protetiva. A aplicação desta lei não prejudica qualquer outra regulamentação ou disposição legal, assim como não possui a proibição desta ser aplicada a coabitação na união de facto.

O primeiro requisito já foi apresentado no parágrafo anterior, que é a necessidade de pessoas estarem comungando desta economia comum, assim compartilhando recursos de mesa e de habitação, há mais de dois anos, como também há a necessidade de que pelo menos um agregado (PRIBERAM, 2017) possua obrigatoriamente maior idade. Nos termos

desta lei, esta não traz o termo agregado familiar, assim não sendo obrigatório que as pessoas que estejam em economia comum sejam familiares. Assim como a comunhão de mesa está se referindo a pessoas que estejam compartilhando do mesmo alimento, como a de habitação, informa que devem estar em morada conjunta.

Existem alguns impedimentos para que essa economia comum tenha força jurídica e assim seja reconhecida como tal. Essas vêm apresentadas em seu Artigo 3.º. (PORTUGAL, 2001), como o caráter contratual, como a sublocação e hospedagem que de certa implique ser a mesma residência ou habitação comum, assim como também se essa habitação tiver caráter laboral, como quando por exemplo quando pelo menos um dos agregados viva em economia comum, mas com cunho de labor, trabalho, onde um há um vínculo contratual laboral com o outro e estejam habitando e se alimentando no mesmo local. Essa coabitação em economia comum não tenha caráter transitório, temporário, como por exemplo quando duas famílias acabam se reunindo em um só domicílio compartilhando habitação e mesa, facto que ocorre pelo menos no Brasil, quando essas famílias por estarem em má condição financeira se unem em uma residência com a finalidade de conseguirem se reerguerem economicamente e tendo o pensamento de posteriormente cada uma família, ou pelo menos uma das duas deixar essa economia comum, mudando para outro local de habitação, para que não comungue da mesma economia. Outro exemplo, são as relações dos pais, que com o envelhecimento voltam a residir com seus filhos e se tornam totalmente dependente dos mesmos, porém, com a criação da lei essas relações foram protegidas e regulamentadas.

Por último, não pode ter caráter obrigatório, compulsiva, através de coação física e ou psíquica e ou que atente contra a autodeterminação individual. Assim, em qualquer caso que pessoas vivam em comunhão de mesa e de habitação onde se encontre em alguma das exceções citadas acima, não pode essa relação ser reconhecida juridicamente como economia comum, e em consequência disso, não gozarão dos direitos e proteções legais da lei 6/2001.

Pessoas que gozam de economia comum segundo apresentado nos parágrafos anteriores, assim como não possuam qualquer tipo de impedi-

mento, possuem direitos aplicáveis, elencados no Artigo 4.º. desta (PORTUGAL, 2001). Equiparando aos cônjuges tanto os funcionários públicos no regime jurídico de férias, faltas e licenças, quanto funcionários com contrato individual de trabalho nos regimes jurídicos de férias, feriados e faltas. Assim quando duas pessoas que vivam em economia comum por exemplo, for gozar das férias então terão o direito de usufruir destas no mesmo período, não podendo esquecer que no caso de mais de duas pessoas estiver sob a proteção desta lei, apenas duas terão esse direito de férias conjuntas, por exemplo.

Ainda a apresentar os direitos aplicáveis expostos no artigo 4.º. A declaração do imposto de rendimento das pessoas singulares poderá ser aplicada nas mesmas condições dos sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens. Com isso, pessoas que vivem nas condições oferecidas pela lei para adquirir o direito e efetuar a declaração do importo de rendimentos em conjunto poderão expor nesse, suas quotas de participação dentro do compartilhamento da economia, conseguindo assim chegar o mais próximo possível da apresentação da realidade econômica de receitas e despesas de cada agregado.

Segundo o exposto anteriormente, as pessoas que estejam protegidos por essa legislação, podem declarar em conjunto apresentado sua quota parte de participação nos pagamentos realizados em comunhão. No Brasil, o que ocorre de mais próximo da situação de declaração em conjunto, é quando uma pessoa física (singular) é a titular de declaração do imposto de renda e insere todos os seus dependentes. Mas nessa situação brasileira, apenas um é detentor da renda, os demais, denominados dependentes são elencados na declaração apenas a cunho de informar as pessoas que dependem financeiramente do titular.

Contudo no Brasil nem todos poderão efetuar a declaração de importo de renda de pessoa física na relação titular / dependente e mesmo assim, segundo a Receita Federal do Brasil, ao declarar, não existirá uma em meio que declare conjunção econômica que seja possível apresentar a participação financeira de cada um, e apenas uma declaração de renda onde exista relação entre um titular, que é a pessoa declarante do importo e seus dependentes, que são as pessoas que dependem economicamente deste titular. Agora serão elencados na tabela a seguir quem poderá ser dependente segundo cada titular: (RECEITA FEDERAL, 2017)

Tabela 1 – Pessoas que podem ser declaradas como dependentes na Declaração do IRPF 2017.

Relação com o titular da declaração	Condições necessárias para que possam ser declarados como dependentes
Cônjuge ou companheiro	- companheiro com quem o contribuinte tenha filho ou viva há mais de 5 anos, ou cônjuge.
Filhos e enteados	- filho ou enteado, de até 21 anos de idade, ou, em qualquer idade, quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho; - filho ou enteado, de até 24 anos, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.
Irmãos, netos e bisnetos	- irmão, neto ou bisneto, sem arrimo dos pais, de quem o contribuinte detenha a guarda judicial, de até 21 anos, ou em qualquer idade, quando incapacitado física e/ou mentalmente para o trabalho; - irmão, neto ou bisneto, sem arrimo dos pais, de até 24 anos, se ainda estiver cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau, desde que o contribuinte tenha detido sua guarda judicial até os 21 anos.
Pais, avós e bisavós	- na Declaração de Ajuste Anual: pais, avós e bisavós que, em 2016, tenham recebido rendimentos, tributáveis ou não, até R\$ 22.847,76. - na Declaração de Saída Definitiva do País: pais, avós e bisavós que, em 2016, receberam rendimentos, tributáveis ou não, não superiores à soma do limite de isenção mensal de R\$ 1.903,98, correspondente aos meses abrangidos pela declaração.
Menor Pobre	- menor pobre, de até 21 anos, que o contribuinte crie e eduque, desde que detenha sua guarda judicial.
Tutelados e curatelados	- pessoa absolutamente incapaz da qual o contribuinte seja tutor ou curador.

Fonte: Receita Federal: Ministério da Fazenda. [Em linha]. [Consult. 02 Out. 2017]. Disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/apresentacao/obrigatoriedade>.

Conforme a apresentação da tabela acima vamos adentrar apenas no âmbito da companheira no Brasil, a qual compõe a união estável, que é a mesma relação da união de fato de Portugal, lembrando, a relação, e não situação jurídica. No Brasil a companheira da união estável só adquire o direito de ser dependente do companheiro apenas após cinco anos de união estável (segundo a tabela acima), e ainda assim esta deve ser reconhecida juridicamente. Caso existisse uma Lei no Brasil equivalente a 6/2001 de Portugal, esta companheira já teria proteção, visto que seria necessário de apenas dois anos (e não estando incluso em nenhuma das exceções) para adquirir o direito de gozar da proteção promovida por este normativo. Assim por exemplo, poderiam estes em união estável efetuar uma declaração de imposto de renda em conjunto de seu companheiro, não sendo necessário ser dependente ainda assim, caso que também não é permitido no Brasil, visto que para a Receita Federal, existe a relação entre titular e dependentes, e não uma relação de pessoas que vivam em economia comum.

Esta legislação promove a proteção da casa de morada comum dessas pessoas que vivem em economia comum, expressado no Artigo 4º, alínea d, onde expressa, “Proteção da casa de morada comum, nos termos da presente lei”, e apresentado de forma mais detalhada no Artigo 5º (PORTUGAL, 2001), assim os agregados em economia comum onde o proprietário da morada venha a óbito, poderão permanecer neste imóvel por cinco anos e ainda assim ter direito de preferência em caso de sua venda. Mas para usufruírem destes cinco anos, não podem ascendentes e ou descendentes terem convivido na mesma habitação por pelo menos um ano, a não ser que o *de cujus* tenha expressado sua vontade em testamento. E caso o falecido tenha deixado descendentes menores, mesmo que não habitando na casa, mas que dependam de alguma maneira desta para sobreviverem, esta legislação não beneficiará esses agregados, contudo protegerá os descendentes menores.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É claro que a família é a base da sociedade e que esta é provida de proteção estatal, e que por muitas vezes a família é formada por pessoas

sem relação direta, que é o caso de primos, tios e sobrinhos e até mesmo agregados podem se considerar família não consanguíneas.

Vivemos em uma sociedade em constante mudança e evolução, diversos tipos de relações foram surgindo e em consequência desse fato o mundo jurídico necessita passar por novas adaptações, sendo necessário por muitas vezes regular tais relações. Para tanto, Portugal deu um grande salto com a criação da Lei 6/2001 em 11 de maio de 2001, para as pessoas que vivam em economia comum. Nas relações protegidas por essa lei podemos citar os casos de primos que residem sobre o mesmo teto comungando habitação e mesa onde até então não havia regulação específica para tal situação, ocasionando diversos problemas, tendo em vista que a partir do momento que um destes faleciam ou por algum outro motivo ia embora o outro residente ficava no imóvel arrendado sem garantia alguma que poderia permanecer neste, assim praticamente incerto se seria despejado ou não. Outro exemplo disso são as relações dos pais, que com o envelhecimento voltam a residir com seus filhos e se tornam totalmente dependente dos mesmos, porém, com a criação da lei essas relações foram protegidas e regulamentadas.

É mister apresentar que em Portugal a união de facto é a união de duas pessoas independentemente do sexo que vivam em situação semelhante à de cônjuge há mais de dois anos. Já no Brasil, essa relação é conhecida como união estável onde inicialmente só era permitido a união de pessoas do mesmo sexo, muito embora hoje já é permitido essa relação com pessoas independente do sexo.

Diferentemente das pessoas que vivam em economia comum, como os agregados em comunhão de habitação e mesa e as pessoas em união estável (e de facto) que vivem apenas em economia comum, o casamento é tido como um contrato entre duas pessoas que tenham interesse de viver em plena comunhão de vida e não apenas em economia comum.

A Lei 6/2001 em seu artigo 2º, 1, demonstra claramente o seu conceito, não necessitando de explicação através de alguma doutrina e ou jurisprudência, muito embora a apresentação de casos poderá esclarecer mais ainda tal situação. Onde são elencados os requisitos que configuram o regime de economia comum, entre eles, estão o número mínimo de pessoas para estabelecer essa relação, que no caso são duas, podendo ser do mesmo sexo ou não, além disso, existe também um tempo mínimo

de dois anos que não pode ser interrompido e é necessário que as pessoas dessa relação vivam em regime de ajuda mútua, partilha de recursos, com comunhão de mesa e habitação, ainda assim sendo obrigatório pelo menos uma ter maioridade.

Algumas diferenças podem ser notadas entre o regime de economia comum e as relações de casamento e união estável, dentre elas pode ser notado que tanto na união estável quanto no casamento existe uma limitação a quantidade de apenas duas de pessoas vivendo em comunhão de habitação, mesa e leito, e na economia comum existe a exigência de ser no mínimo duas pessoas comungando apenas de habitação e mesa.

Mesmo com a regulamentação dessas relações para a proteção dos indivíduos, algumas situações ficaram em aberto, dificultando ainda alguns processos, como exemplo disso, podemos citar sobre a casa de morada, estando vivendo duas pessoas em uma residência, e essa relação configurando uma economia comum, falecendo uma delas, a sobrevivente teria o direito de habitar na residência pelo prazo de cinco anos. Entretanto, se houver algum herdeiro em linha reta e o mesmo tenha interesse na habitação da residência, desde que residindo a pelo menos um ano, haverá um conflito de direitos e caberá ao aplicador do direito interpretar e decidir a situação conforme o seu entendimento.

A Lei 6/2001, para promover toda a proteção apresentada no decorrer deste artigo deve cumprir os requisitos acima elencados como também não pode estar incluso nas exceções do artigo 3º, pois estes impedem que esta legislação produza efeito jurídico, e em consequência disso, não garantirá proteção alguma.

Diante do exposto é imperioso saber que no Brasil ainda há problemas decorrentes dessa necessidade de regulamentação para pessoas que vivam em economia comum, tendo em vista que, um grande número da população viva sobre essa situação e como não existe tal regulamentação, o povo brasileiro acaba a enfrentar dificuldades por não gozar de tal proteção. Nota-se ainda, que mesmo tendo essa necessidade de uma legislação equivalente no Brasil não foi encontrado sequer um projeto de lei apresentando tal proposta de proteção para pessoas que vivam sob economia comum.

4. Fontes documentais

a) Livro

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976, de 10 de abril. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6867-1.

b) Internet

CÓDIGO Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406/2002, de 10 de Janeiro.** [Em linha]. [Consult. 02 Out. 2017]. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>.

CÓDIGO Civil Português. **Decreto-Lei nº 47.344/1966, 25 de Novembro.** 73^a. [Em linha] [Consult. 20 Set. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.

CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira de 1988, de 05 de Outubro. [Em linha] [Consult. 20 Set. 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>

LEI nº 6/2001, DE 11 de Maio. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=900&tabela=leis

LEI nº 6/2006, de 27 de Fevereiro. [Em linha]. [Consult. 02 Out. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=691&tabela=leis

Lei nº 8.245/1991, de 18 de Outubro. [Em Linha]. [Consult. 02 Out. 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8245-18-outubro-1991-322506-normaatualizada-pl.html>

5. BIBLIOGRAFIA

a) Livros

OLIVEIRA NETO, Renato Avelino de – Contrato de Coabitação na União de Fato. 2006. Coimbra. Ed. Almedina. ISBN 972-40-2731-7.

b) Internet

PRIBERAM Dicionário – **Agregado: “Reunido, anexo, o mesmo que morador”**. [Em linha]. Acessado dia 12 de out. 2017. Disponível em: <https://www.priberam.pt/dlpo/agregado>.

Receita Federal: Ministério da Fazenda – **Pessoas que podem ser declaradas como dependentes na Declaração do IRPF 2017**. [Em linha]. [Consult. 02 Out. 2017]. Disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/interface/cidadao/irpf/2017/apresentacao/obrigatoriedade>.

c) Jurisprudência

ALMEIDA, Ferreira de Realt. – **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça** – Processo n. 04B3666 julgado em 25/11/2004. [Em Linha]. [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/12165B6370190A2080256F8E004B9E6B>

COSTA, Isoleta Almeida Relat. – **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa** – Processo n. 7030/13.0TBCSC.L1-8., julgado em 16/03/2008. [Em linha]. [Consult. 17 Out. 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/146a72998f25706a802580f400324212?OpenDocument>

ESTUDO COMPARADO SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO PRESENTE NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA - AVANÇOS E DESAFIOS PELO FIM DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Kawanny Hydemy Pereira Kawamura

1. INTRODUÇÃO

Os direitos previstos na Declaração dos Direitos Humanos influenciaram, de modo relevante a elaboração da Carta Magna Brasileira, principalmente em seu art. 5º, o qual revela os princípios fundamentais assegurados, bem como no art.7º o qual aduz sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Os referidos textos legais demonstram, principalmente, a igualdade de direitos, sem distinção de qualquer forma, seja pelo sexo, etnia, nacionalidade, nível social ou de instrução, religião, escolha política, orientação sexual.

Tais direitos têm em sua base principiológica a dignidade do homem, respeitando os direitos naturais e comuns a todos.

Contudo, ainda hoje tais direitos não são respeitados de modo integral, pois há a marginalização das interações das mulheres na sociedade, de modo especial no campo do trabalho.

Tal distinção encontra respaldo na origem histórica e evolução dos direitos voltados às mulheres, pois desde os primórdios, essas eram vistas como seres inferiores e dominados pela figura masculina. Ao longo dos períodos históricos a segregação feminina foi fortemente mantida, junto à privação do acesso à política e aspectos culturais e acadêmicos.

O papel das mulheres na sociedade era praticamente nulo durante a maior parte da história humana, sendo que a busca pela igualdade dos gêneros teve destaque somente num momento recente da história.

A desigualdade de gênero entre homens e mulheres, especialmente quanto ao recebimento das verbas salariais, consoante dispõe a própria constituição federal, tal ato é vedado, contudo mormente acontece no cenário brasileiro.

Faz-se necessário revelar ainda que são notáveis os avanços obtidos pelas políticas de valorização e igualdade ao gênero feminino, como a recente aprovação do Senado para aplicação de multa às empresas que não respeitarem a igualdade de gênero. Em contrapartida, sabe-se também que há um longo caminho a ser traçado rumo à igualdade de gênero por completo.

Mediante as constatações apresentadas, tem-se que o presente trabalho visa tecer uma análise sobre os direitos previstos na Declaração dos Direitos Humanos, Constituição Federal, em especial nos artigos 5º e 7º, interpretando a evolução histórica e sua influência para a desigualdade presente.

Além disso, o presente trabalho tem como objetivo apresentar pontos que explicitem a evolução da legislação brasileira em busca de maior igualdade entre gêneros no cenário nacional, em especial a proposta e votação pelo Senado Federal do Projeto de Lei do Senado n° 88 do ano de 2015 para dispor sobre a multa pela infração para proibir a discriminação de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional.

2. ESTUDO COMPARADO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO NOS ARTIGOS DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Inicialmente, cumpre destacar que a Declaração dos Direitos Humanos é produto do desenvolvimento da sociedade. Tem-se que os direitos humanos são direitos de todos, sem distinção de qualquer forma, seja pelo sexo, etnia, nacionalidade, nível social ou de instrução, religião, escolha política, orientação sexual relaciona-se com a consideração da dignidade do homem, sendo direitos naturais e comuns a todos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida a partir dos impactos das atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial, sendo assim, retoma os ideais da Revolução Francesa reconhecendo perante uma comunidade universal a necessidade de reconhecimento dos valores supremos da igualdade entre homens e mulheres, liberdade e da fraternidade, com a cristalização de tais ideais presente em esforço por uma sistemática de educação em busca de direitos.⁹¹

Segundo dados retirados do próprio site da ONU do Brasil a Declaração Universal dos Direitos Humanos revela-se como um documento que assinalou a história dos direitos humanos, pois dela nasceu uma norma (ainda que não vinculante) cujo objetivo era favorecer a proteção dos direitos ditos como universais.⁹²

Da mesma forma, segundo Piovesan (2009) pode-se dizer que a Constituição de 1988 surgiu em um contexto de redemocratização em busca da consolidação de democracia e consolidação legislativa para garantir os direitos e garantias fundamentais.

A constituição Federal de 1988 surge em busca da retomada dos valores sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, desenvolvimento, igualdade e a justiça alicerçada em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos com a harmonia social.

91 Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor. Disponível em < <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>>

92 A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>

Pode-se dizer que segundo Bulos (2011) a Declaração dos Direitos Humanos tem importância basilar para a Constituição Brasileira de 1988, já que seus preceitos inserem-se na carta magna brasileira, principalmente, nos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, que é de extrema importância social, além de estar implícito em outros artigos.

Importante expor que já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, esse menciona as liberdades necessárias e intrínsecas ao homem, para que gozem da plenitude da liberdade de expressão, crença sendo destinada para libertar de quaisquer temores. Ressalta-se que tais dizeres assemelham-se com o texto com os dizeres do artigo 5º caput da CF/1988.

Nesse mesmo sentido, no artigo I da declaração, expressa os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos, sendo eles: a liberdade, igualdade e fraternidade, interligando-se com os dizeres do artigo 5º, inciso I da CF o qual aponta a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações.

Aponta-se a igualdade e liberdade em dignidade e direitos, reconhecendo a igualdade como essencial, sem distinção de nenhuma forma, conforme revela o artigo II da declaração e artigo 5º, incisos XLI e XLII da CF/88.

Quanto ao artigo VII demonstra a igualdade perante a lei, sem quaisquer distinções, de igual forma, o artigo 5º, inciso XLI da CF/88 demonstra que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Além disso, para assegurar tais direitos, a declaração dos direitos humanos prevê em seu artigo VIII a possibilidade de utilização dos tribunais internacionais, já o artigo. 5º, nos incisos XXXV, LIII e LXXIV da CF/88 prevê a assistência do Poder Judiciário sendo o Estado responsável a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Dessa forma, os artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Constituição Federal de 1988 refletem na sociedade como um reafirmamento dos direitos de liberdade, direitos civis e políticos, estendendo os direitos de igualdade, direito econômico e social e da solidariedade, estendendo os direitos culturais e se segurança para todos independente do gênero.

Com parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados, em busca da liberdade de todas as formas, igualdade entre os seres humanos e solidariedade.

Assim, pode-se dizer que o Estado tem o dever de atuação no campo nacional, com o direito nacional, fortalecendo e aperfeiçoando o preceito de proteção de direitos, garantidos pelos Direitos Humanos atentando-se quando tais direitos são violados.

Ademais, cumpre revelar ainda que cada indivíduo e órgãos passam a ser agentes de promoção para que todos desenvolvam o respeito aos direitos e liberdades.

Por todo o exposto, resta evidente que a partir dos dizeres da Declaração dos Direitos Humanos, aliado com o previsto na magna carta todos juntos tem o direito e dever da promoção do respeito aos direitos humanos para que os horrores dantes vistos não se repitam.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DAS MULHERES COM ENFOQUE NO BRASIL

Ainda que previsto na Constituição Federal de 1988 e na Declaração dos Direitos Humanos a igualdade de todas as formas, dentre elas a de gênero (entre homens e mulheres), a presente realidade não se coaduna com a previsão legal.

Isso se deve a história de desigualdades presentes entre os homens e mulheres, depreende-se da história da humanidade que essa se entrelaça com o subjugamento da mulher, com profundas alterações quanto ao parâmetro de discriminação.

É importante refletir que grandes avanços ocorreram na esfera da discriminação, contudo, pode-se dizer que, ainda hoje, o ideal de igualdade e equiparação de direitos civis, políticos, sociais e culturais não foi alcançada.

As mulheres para os gregos eram consideradas de escala inferior metafísica, que dividia os seres humanos de modo que somente aos homens era destinado o direito de exercer a vida pública.⁹³

Neste sentido, não era reservado às mulheres os direitos jurídicos, civis e políticos, sendo, portanto, essas excluídas da educação dita como

93 Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000300009>.

formal, além de não ser permitido estarem desacompanhadas em locais públicos, reservando-se aos aposentos particulares chamados Gineceu.

Já no período da idade média as mulheres eram vistas como as causadoras de todo o mal que circunscreviam a população, sendo tratadas como objetos pelos maridos e, além disso, perseguidas como bruxas no tempo da inquisição.

No período da Revolução Francesa, tempo em que se apregoavam valores como liberdade, igualdade e fraternidade, tais direitos não se estendiam às mulheres, em que a sociedade entendia que o sexo feminino deveria voltar-se exclusivamente à reprodução e aos cuidados do lar, considerando-se necessária a proteção constante do sexo masculino.

Nesse período ainda o trabalho feminino era restrito ao lar, de modo que o homem assumia o papel de provedor e protetor, vez que com o núcleo familiar patriarcal, o papel da mulher era constantemente diminuído perante o homem.

As criações destinadas às mulheres se baseavam, sobretudo, no ensinamento de respeitar a figura masculina, estavam restritas a obedecer: em primeiro momento, ao pai, após, ao marido e, caso ficasse viúva, ao seu filho mais velho, reservando-se, desta maneira, à submissão da presença masculina.

Conforme expõe Martins (2018) a Revolução Industrial iniciou a quebra deste paradigma, pois as mulheres começaram a participar da mão de obra e a contribuir no provento do lar mediante aprovação da figura masculina ainda que, com remuneração inferior aos homens.

Constata-se que houve a progressão de direitos das mulheres por conseguirem finalmente trabalhar, entretanto, permaneciam subjulgadas aos ditames masculinos, devendo, além do trabalho remunerado, se dedicar à rotina dos cuidados do lar e dos filhos.

A concepção das diferenças corporais entre homem e mulher era usada como justificativa das desigualdades sociais, econômicas, políticas e educacionais.

Como tentativa de mudar tal situação, ao longo do século XX, movimentos sociais se tornaram crescentes pela busca de igualdade e de direitos.

No Brasil, a luta por direitos das mulheres teve início no século XVIII com a busca por mais espaço na educação e no trabalho, num cenário em

que as mulheres começaram a compreender que eram vítimas de uma sociedade carente de direitos, e, dessa forma, construída na opressão.

Nesse período, segundo Martins (2018) a sociedade brasileira, também patriarcal e discriminatória fundamentou a imagem da mulher num estereótipo embasado na repreensão.

As legislações incidiam sobre o poder patriarcal e a submissão feminina aos desmandos do homem que, em outro momento de fato, possuía o controle sobre a mulher. Importa frisar que no Brasil as mudanças legislativas sobre a questão evoluíram lentamente.

Perceba-se que ainda em 1890, com o advento do decreto 181, havia o domínio patriarcal sobre a mulher, atrelando-a ao casamento. Também o Código Civil de 1916, assegurava a relação patriarcal presente.⁹⁴

Ato contínuo, os direitos das mulheres foram evoluindo, grande marco aconteceu como o direito ao voto feminino o qual surgiu apenas em 1932, como uma jogada política de Getúlio Vargas cuja finalidade era a de obtenção de votos.

Conforme revela Martins (2018) com o advento do estatuto da mulher casada, lei nº 4.121 do ano de 1962, aduzia sobre a condição da mulher de civilmente capaz, permitindo, assim, a liberdade de exercício da profissão para mulher casada, sem a necessidade de autorização do esposo.

Por conseguinte, é mister ressaltar o papel exercido pela Constituição Federal de 1988, a qual consagrou as igualdades entre homens e mulheres trazendo em seu texto garantias afirmativas, assegurando os direitos e respeitando finalmente os dizeres da Declaração dos Direitos Humanos.

Além do exposto, o texto constitucional revela diversos direitos específicos das mulheres, como bem ressalta Flavia Piovesan (2011, p.61-62):

a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º);

b) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, regulamentado pelas Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278, de 10 de maio de 1996);

94 Evolução Histórica da Mulher na legislação Civil. Disponível em: <<https://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>>

c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho);

d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho);

e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e

f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, bem como adotada a Lei “Maria da Penha” – Lei nº 11.340, de 7 agosto de 2006, para a prevenção e o combate da violência contra a mulher).

Verifica-se, portanto, que a modificação legislativa no Brasil consagra a mudança comportamental lenta e gradual, mas necessária à sociedade.

As mudanças ocorridas surgem a partir da necessidade urgente de transformação da mentalidade machista, a qual perseverou ao longo de séculos.

Cumprе ressaltar que, ainda, não há a plena igualdade de gênero em variados âmbitos, dentre eles a equiparação salarial. Contudo, a cada dia, há uma luta pela transformação de tais paradigmas para assegurar e inserir os ditames previstos na Constituição Federal de 1988 e Declaração dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, resalta-se, mais uma vez, que ainda há muito que prosperar quanto à diminuição de ideais machistas, segregação e de discriminação.

minação contra as mulheres, sendo uma luta constante e que todos deveriam engajar-se.

Pelo exposto, resta evidente que pelo aspecto jurídico-normativo, principalmente após 1988, houve claras e profundas transformações devido à preocupação com a pessoa humana, de maneira que a partir desta década o Brasil aderiu de modo mais contundente os principais tratados de Direitos Humanos.

Pode-se dizer que após a Constituição Federal de 1988 surge a promoção e a reinvenção jurídica embasada no processo democrático, inspirando, também, normas que defendem os direitos civis e políticos.

4. DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os preceitos da Constituição Federal de 1988 se baseiam na luta contra a discriminação de quaisquer espécies, aduzindo que a liberdade, desde o nascimento, não se restringe apenas ao sexo masculino, mas a todos, sem distinções.

Pode-se dizer que a partir do advento da Declaração e da Constituição Federal de 1988, alterou-se o modo de compreender a mulher, almejando pela diminuição das desigualdades supracitadas.

Segundo Martins (2018) conforme revela os dizeres do artigo 7º da Constituição Federal do Brasil é ilegal quaisquer formas de discriminação de cunho admissional ou salarial entre homens e mulheres. Segundo o referido artigo, resta evidente o princípio da isonomia das partes, com a proteção do mercado de trabalho da mulher.

A previsão do aludido princípio impede a propagação da diferença salarial de exercício de cargos e de critério de ingresso por causa de sexo, idade, cor ou estado civil.

Além disso, conforme revela Martins (2018) aliado aos dizeres constitucionais, assim como a Declaração dos Direitos Humanos, faz-se necessário ainda revelar que, segundo previsão da Lei nº 9.029 do ano de 1995, a qual proíbe qualquer adoção de prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idades.

Desta forma, homens e mulheres gozam dos mesmos direitos econômicos, culturais, políticos e civis, segundo os aspectos normativos internacionais e nacionais, pois se entende que está assegurada a igualdade de gêneros no exercício dos direitos civis e políticos, sendo proibida a discriminação contra a mulher sob qualquer forma.

Contudo, tal realidade ainda se encontra na utopia, vez que entre as normas vigentes e a realidade essas são notoriamente divergentes, cuja vivência apresenta um padrão evidentemente discriminatório.

Tem-se como exemplo ainda a presença da desigualdade salarial entre homens e mulheres no ambiente de trabalho. Segundo dados do relatório do fórum Econômico mundial serão necessários mais de 200 anos para atingir a igualdade salarial entre homens e mulheres, cenário que provoca perdas econômicas para toda a sociedade.⁹⁵

Um dos motivos da disparidade salarial encontra-se respaldo na evolução histórica, conforme já retratada anteriormente, a qual traz à luz da análise a ideia de que o trabalho feminino é um complemento do trabalho masculino e que, portanto, teria menor valor.

Pode-se dizer que a desigualdade de remuneração entre os gêneros é realidade mundial, por isso a urgência na promoção da igualdade de gênero, pois tal disparidade vai além de questão social e moral, mas também perpassa a questão econômica.

Segundo estudo do Fundo Monetário Internacional, as mulheres que obtêm maior fonte de renda, demonstram maior possibilidade de investimento na economia, promovendo, assim, a redução dos aspectos de pobreza e maior crescimento econômico, com a consequente redução da desigualdade.

No Brasil, conforme revela Martins (2018), nos termos das leis do trabalho brasileiras garante-se a igualdade salarial entre homens e mulheres desde 1943, conforme determinação dos artigos 5º, 46, 373-A e 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, além de previsão constitucional e leis.

Todavia, a desigualdade salarial entre os gêneros é um problema crônico e presente na realidade brasileira. Ainda segundo dados do Fórum

95 Como a desigualdade no pagamento entre homens e mulheres é prejudicial à economia brasileira. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/06/como-a-desigualdade-no-pagamento-entre-homens-e-mulheres-e-prejudicial-a-economia-brasileira.ghtml>>.

Econômico Mundial, o Brasil ocupa a 132^o posição, no ranking de 149 nações, quanto à equidade salarial.

Ademais, conforme dispõe o próprio Estudo de Estatísticas de Gênero, do IBGE, as mulheres trabalham, em média, por maiores períodos, contudo recebem menos salários do que os homens.⁹⁶

Dessa forma, é fundamental para transformar tal realidade efetivas a prática da legislação ao tema e promover medidas ativas de enfrentamento da discriminação no ambiente de trabalho e, ainda, aplicar medidas educativas para transformar tal realidade é essencial para eliminar o hiato salarial.

Para desenvolver melhores oportunidades e igualdade para as mulheres no mercado de trabalho faz-se necessário combater às desigualdades de gênero, dentre elas a responsabilidade, somente para as mulheres, pelas tarefas domésticas, ou ainda o cuidado de pessoas dependentes.

Deve-se promover a conscientização de que tais responsabilidades não são naturais das mulheres, mas sim responsabilidades conjuntas e iguais entre homens e mulheres.

A partir da mudança comportamental com a igualdade de funções a ocorrerá a diminuição da discriminação baseada em gênero em contratação, políticas de retenção, promoção, salários e benefícios, não há justificativa para manter salário desigual para mulheres quando seu trabalho tem o mesmo valor que o de homens.

Segundo a agenda de 2030 para o desenvolvimento sustentável, em seu objetivo 5 está alcançar a igualdade de gênero e empoderar as mulheres e meninas, além disso, em seu objetivo 10 está a redução da desigualdade dentro dos países.⁹⁷

Tais objetivos coadunam-se com as ideais de igualdade de gênero, dentre elas com a promoção de igualdade salarial e para a proteção social e diminuir as diferenças entre homens e mulheres, pois reconhecer os direitos das mulheres é essencial para o desenvolvimento inclusivo e sustentável, haja vista que a desigualdade reproduz e permeia o sistema produtivo atual.

96 Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>

97 Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>.

Cumpra destacar que sem igualdade entre as partes, as economias são ineficientes e perpassam valores cada vez menores de produtividade.

4.1. Aprovação do Senado para aplicação de multa às empresas que não respeitarem a igualdade de gênero.

Consonante ao tema em destaque, o Senado Federal aprovou projeto que prevê a aplicação de multa às empresas que promovam discriminação salarial entre homens e mulheres.

O texto reafirma os dizeres de igualdade salarial entre homens e mulheres previstos na Constituição Federal de 1988 e na legislação trabalhista, além de que, implicitamente, assegura o previsto na Declaração dos Direitos Humanos.

Referente a tal tema, conforme revela Martins (2018) segundo própria previsão da CLT a diferença salarial entre homens e mulheres que exercem o mesmo tipo de atividade é ilegal.

Todavia, variadas empresas ainda praticam tal conduta. O Projeto de Lei do Senado n° 88 do ano de 2015, prevê o acréscimo do § 3º ao artigo 401 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para dispor sobre a multa pela infração ao disposto no inciso III do art. 373-A, a qual proíbe considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional.⁹⁸

Pode-se dizer que o referido projeto e aprovação deste no Senado federal Brasileiro representam uma luta histórica das mulheres brasileiras, para que ocorra o verdadeiro respeito à lei, tratados internacionais e que exterminem a discriminação por sexo, cor ou hierarquia familiar, mas sim que elas tenham direito ao mesmo salário por desempenharem as mesmas funções e atividades que os homens.

O esforço pela igualdade de gênero, em especial a remuneração no mercado de trabalho, é dever de toda a sociedade, contudo, de modo especial, do poder legislativo, com a promoção de leis e regulamentação para promover a correta punição dos infratores pela prática discriminatória.

98 Projeto de Lei do Senado n° 88, de 2015. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119903> >. Acesso em 29 mar. 2018

Urge a necessidade de aplicação de elementos coercitivos para empresas infratoras, sendo que, a aplicação de multa pela prática de distorção salarial de gênero poderia provocara drásticas diminuições nas desigualdades ocorridas e, finalmente, realizar o respeito ao princípio da isonomia consagrada na constituição, legislações vigentes e na declaração dos direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados e dos estudos expostos em tela, são evidentes os resultados positivos, ainda que de maneira parcial, obtidos pelos esforços da busca incessante da igualdade de gênero, seja por meio da Declaração dos Direitos Humanos, Constituição Federal ou, ainda, pela propositura de lei.

Conforme se pode observar ao longo do presente trabalho, no cenário brasileiro, a declaração dos direitos humanos foi utilizada como base para a efetiva garantia da igualdade de gênero. Garantia essa resguardada pela constituição brasileira de 1988. Há de se ressaltar que o princípio da igualdade entre homens e mulheres, sem quaisquer presenças de distinções, estão presentes nos princípios constitucionais, na evolução legislativa quanto cultural.

Contudo, infelizmente, tais garantias constitucionais em relação a igualdade entre homens e mulheres em sede de mercado de trabalho, encontram-se em um mundo onírico. Em contrapartida, em busca de alterar a realidade e assegurar os direitos previstos pela Constituição Federal de 1988 e Declaração dos Direitos humanos, surge recentes propostas legislativas no cenário brasileiro as quais tem o condão de dirimir a presente desigualdade existente.

Levando-se em conta o que foi observado, ainda que os avanços rumo à igualdade sejam positivos, não se descarta a desigualdade entre homens e mulheres presente atualmente na sociedade, fazendo-se necessário o mantimento do progresso, adotando novas práticas que visem mitigar os efeitos da desigualdade de gênero no Brasil e no mundo.

REFERÊNCIAS

- A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em 17 mar. 2018
- ANDRADE, Renata. Um Breve Histórico dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://revistasenso.com.br/2017/12/22/um-breve-historico-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em 17 mar. 2018
- Aprovada multa para empresas por discriminação salarial de mulheres. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/13/aprovada-multa-para-empresas-por-discriminacao-salarial-de-mulheres>> Acesso em 17 mar. 2018
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
- BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- Como a desigualdade no pagamento entre homens e mulheres é prejudicial à economia brasileira. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/06/como-a-desigualdade-no-pagamento-entre-homens-e-mulheres-e-prejudicial-a-economia-brasileira.ghtml>>. Acesso em 28 mar.2018
- Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 18 mar. 2018
- Desigualdade de renda afeta expansão do PIB, aponta FMI. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/internacional/4094348/desigualdade-de-renda-afeta-expansao-do-pib-aponta-fmi>> Acesso em 18 mar. 2018
- Direitos Humanos das Mulheres. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>> Acesso em 28 mar.2018

Evolução Histórica da Mulher na legislação Civil. Disponível em: <<https://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>> Acesso em 18 mar. 2018

Fórum Econômico Mundial vê 2 séculos para fim de desigualdades de gênero no mercado de trabalho. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/18/forum-economico-mundial-ve-2-seculos-para-fim-de-desigualdades-de-genero-no-mercado-de-trabalho.ghtml>> Acesso em 18 mar. 2018

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 34^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. Acesso em 20 mar. 2018

Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declaracao-1948>>. Acesso em 18 mar. 2018

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Projeto de Lei do Senado nº 88, de 2015. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119903>> >. Acesso em 29 mar. 2018

Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. Disponível em< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932010000300009>. Acesso em 29 mar. 2018

DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO

A CONDIÇÃO FEMININA NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alessandra Tauk Santos

Introdução

O enredo da escola de samba Mangueira para o carnaval de 2019, no estado do Rio de Janeiro, ressaltou a condição desigual em que vivem determinados segmentos de população no Brasil, como índios, negros e pobres. Numa clara referência ao fato de que as mulheres são as principais vítimas da desigualdade a Escola propôs uma nova bandeira inclusiva proclamando o Brasil a ouvir a voz das “Marias, Mahins, Marielles e Malês.”

Em terras brasileiras, frequentemente, se observa a violação aos direitos fundamentais das mulheres, tais como, o direito à vida, à liberdade e à igualdade, sobre os mais diversos aspectos. A começar pelos índices alarmantes de violência, inclusive, doméstica, contra elas. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quinto país onde mais se matam mulheres.

No aspecto econômico, as mulheres ganham cerca de 20% menos do que os homens em todas as ocupações do país, de acordo com estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), publicado em 2019. Do ponto de vista político, apesar da destinação de cota para mulher compor o Poder Legislativo e participar mais ativamente da vida pública do país, o Brasil ainda divide a 133ª posição com Bahrein e Paraguai no ranking da presença feminina no parlamento, de acordo com a organiza-

ção Inter-Parliamentary Union, considerando 193 países pesquisados. A desigualdade de gênero também pode ser observada no poder executivo, que segundo a ONU, a participação de mulheres no atual governo federal é uma das menores do mundo. No poder judiciário, a título de exemplo, dos 52 desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça de Pernambuco, conta com apenas 01 mulher e no TRF5, com sede em Recife, dos 15 Desembargadores, nenhuma mulher atualmente.

Se partirmos para o campo da arte, considerando que imita a vida, o Museu de Artes do Estado de São Paulo (MASP), em comemoração ao dia internacional das mulheres, em março de 2019, fez uma breve exposição, intitulada “mulheres à frente.” Ao destacar apenas os quadros pintados por artistas femininas, colocando todos os quadros pintados por homens no verso dos cavaletes, ficou evidenciado que apenas 16% das obras do acervo foram produzidas por mulheres.

É possível afirmar, a partir dos dados apresentados, que as esferas públicas do Estado e do Direito são culturalmente pertencentes ao mundo masculino. Vale ressaltar que, o que mais influencia a desigualdade de gênero no Brasil e o desrespeito aos direitos fundamentais das mulheres, além da mera conduta dos homens, é a cultura do patriarcado que, como assinala Ana Lucia Sabadell (2003), é também reproduzida pelas mulheres.

Para Heleieth Saffioti (2004) o conceito de patriarcado está relacionado com a dominação material, sexual e simbólica dos homens sobre as mulheres, atingindo todos os segmentos da sociedade, da esfera privada à pública, da sociedade civil ao Estado, representando uma estrutura de poder baseada tanto na ideologia quanto na violência. A cultura do patriarcado opera seus efeitos, inclusive, no direito sucessório a exemplo das heranças e sucessões de trono nas monarquias.

No desenvolvimento da sociedade moderna, os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais gerados pelos avanços tecnológicos e econômicos, assumiram grandes proporções, escapando, inclusive, do controle da antiga sociedade industrial. A instauração da denominada sociedade de risco afeta tanto os indivíduos quanto às instituições. Nesse cenário o indivíduo ocupa lugar de relevo em todas as esferas da organização social. Sendo necessário adaptar as antigas normas a nova realidade, no intuito de alcançar um maior equilíbrio, diminuindo as incertezas. Algumas questões centrais foram substituídas por novos pontos de vista, a exemplo

da família e do casamento. Isso afeta homens e mulheres impelindo-os a fazerem escolhas entre família e trabalho, com o risco inerente de fazer escolhas inadequadas (BECK, 2006). Tal escolha frequentemente penaliza a mulher que se vê obrigada a fazer renúncias.

Na verdade, a sociedade vem se modificando, não só em razão de fatores tecnológicos, como também da luta pelo reconhecimento de grupos excluídos e das novas formas de reprodução humana, entre outros avanços. De modo que, podemos afirmar que estamos em um momento de transição e construção de novos valores, já que os tradicionais princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, passam a contar com novos contornos. Assim, a novel identidade social repercute em vários aspectos das relações humanas particularmente no que se refere à condição da mulher nesse contexto.

Especificamente no campo do direito, os estudos feministas indicam dois tipos de problemas: a existência de normas que discriminam a mulher e a aplicação das normas de forma que discrimina as mulheres, (SABADELL, 2003). A exemplo de expressões como, desonra própria, mulher honesta, crime contra os costumes.

Nesse sentido, Guacira Lopes Louro (2001) defende que pensemos numa concepção mais ampla de gênero, já que os sujeitos se fazem homem e mulher num processo construído a partir de práticas sociais masculinizantes e feminizantes, em consonância com as diversas concepções de cada sociedade, isto é, o gênero é uma categoria inserida nas instituições sociais, a exemplo da escola, da igreja e da justiça.

Por sua vez, Judith Butler (2003) observa que a liberdade de buscar uma expressão de gênero só pode ser garantida em uma sociedade que se recusa a aceitar a violência contra as mulheres que não são suficientemente subservientes e muitas vezes pagam com a própria vida.

Nesse sentido é necessário assinalar que o Estado brasileiro tem criado leis com o objetivo de proteger os direitos fundamentais das mulheres. Em 2005 foi criada a central de atendimento à mulher em situação de violência, oferecido pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, através do ligue 180. Por seu turno, a lei nº 11.343/2006 (Maria da Penha) inaugurou uma nova vertente acerca dos direitos humanos das mulheres, contribuindo para o enfrentamento da chamada violência de gênero. Sobretudo considerando que a maioria dos atos de violência praticados em razão da simples circunstância de que a vítima é mulher ocorre

normalmente em ambiente familiar e doméstico. Sendo o autor, em regra, pessoa das relações da vítima e não um mero desconhecido.

A mencionada lei, além dos aspectos penais como aumento de pena, vedação à substituição da pena e o fato de só admitir a renúncia à representação da vítima perante o juiz cuidou detalhadamente de conceituar a violência doméstica e familiar. Além de definir medidas integradas de proteção à mulher, sem fazer qualquer distinção quanto a sua orientação sexual, raça ou etnia.

Ainda na tentativa de desestimular a prática de violência contra a mulher, no aspecto da liberdade sexual, foram editadas a Lei nº 12.015/09, que disciplina os crimes contra a dignidade sexual, endurecedendo as penas para crimes como estupro, por exemplo e a Lei 13.718/18, que pretende coibir a prática de atos libidinosos, sem anuência, por exemplo, em transportes públicos, prática denominada de importunação sexual.

Em 2015, foi aprovada a lei nº 13.104, a Lei do feminicídio, crime de morte cometido contra uma mulher pelo fato de ser mulher, com a pena equivalente a prevista para o homicídio qualificado de 12 a 30 anos, passando a ser, portanto, considerado crime hediondo.

É indiscutível a importância do mencionado aparato legal, em um país que ocupa os primeiros lugares no ranking global de homicídios de mulheres. Entretanto, é fundamental observar a eficácia das normas pelo nível de cumprimento dentro da prática social, já que, como aponta Sabadell (2003), a lei é considerada socialmente eficaz quando é respeitada por seus destinatários ou quando uma violação da mesma é efetivamente punida pelo Estado.

A partir desses pressupostos, o objetivo principal do presente estudo é analisar a posição da mulher no ordenamento jurídico pátrio. Especificamente, o que se quer compreender é se o aparato legal existente no Estado brasileiro está sendo capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais das mulheres.

1. A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A lei nº 11.343/2006, denominada de Lei Maria da Penha, como visto anteriormente, inaugurou uma nova vertente acerca dos direitos humanos

das mulheres. Contribuindo para o enfrentamento da chamada violência de gênero, sobretudo considerando que a maioria dos atos violentos, praticados em razão da simples circunstância de que a vítima é mulher, ocorre normalmente em ambiente familiar e doméstico, sendo o autor, em regra, pessoa das relações da vítima e não um mero desconhecido.

Sobre o impacto da referida lei na diminuição da violência contra a mulher, é possível observar que, o número de denúncias ainda é muito tímido se comparado ao grande número dos crimes praticados. Talvez pelos constrangimentos a que as vítimas são comumente expostas, o que acaba gerando mais desgaste físico e emocional. O que se verifica é que o aparelho estatal ainda não está pronto para cumprir as medidas legais impostas para garantir a efetiva proteção das mulheres, a exemplo do acolhimento emergencial à vítima, preferencialmente, nos centros de referência da mulher.

Vale ressaltar que a falta de expectativa de punição dos agressores, nas lesões corporais, por exemplo, ao longo do tempo, reduz a eficácia do canal comportamental. A princípio a lei enfatizava a prevenção da violência doméstica pela possibilidade de punição do infrator com a prisão para dar efetividade as medidas protetivas.

Para além da responsabilidade estatal, é imprescindível a construção de uma nova mentalidade na própria sociedade, inclusive nas escolas, no intuito de reconhecer a igualdade entre homem e mulher. Rechaçando o poder do homem sobre o corpo da mulher e conscientizando as vítimas de violência da desnecessidade de continuar se submetendo a tais atos, (DIAS, 2015).

Ainda sobre a efetividade da Lei Maria da Penha, os estudos realizados pelo IPEA (2017), demonstram que após a promulgação da referida lei houve uma certa contenção na violência doméstica, sobretudo, se levarmos em conta os padrões de violência locais. No entanto ainda há um longo caminho a ser percorrido para se conseguir diminuição mais substancial e duradoura de tais crimes. Sobretudo em relação à violência extrema que é a letalidade de mulheres, em uma sociedade ainda dominada pela ideologia patriarcal, que define as relações de poder entre homens e mulheres e permeia o próprio sistema de justiça criminal.

Aliás, Sabadell (2003), verifica que a cultura patriarcal ao tornar invisível a violência praticada em sua plenitude contra a mulher, já que o machismo não é percebido negativamente pela comunidade, tampouco pelas

autoridades. Contribuindo para o aumento, inclusive no âmbito penal, da violência contra a mulher, mesmo com o desenvolvimento de políticas públicas e da jurisdição da violência doméstica.

Em recente pesquisa sobre a aplicação da Lei Maria da Penha, a Professora de Direito Penal da UFPE, Marília Montenegro (2015), observou que a justiça criminal não se apresenta como solução eficaz na superação dos conflitos familiares ou até mesmo na prevenção da violência doméstica contra a mulher. Considerando que as vítimas muitas vezes se veem desencorajadas a denunciar o agressor, que poderá ser punido gravemente, já que este geralmente é um parente com quem elas mantêm uma relação afetiva.

Ainda sobre a efetividade da mencionada legislação no combate à violência contra a mulher, é importante destacar que, tratar tal problema exclusivamente pelo viés punitivista por meio da criminalização de condutas, sem promover políticas educacionais de combate à cultura patriarcal praticada inclusive pelo Estado e pelo direito, não trará avanços significativos no combate à violência de gênero. Apesar de o direito, ao contrário da educação, não ter o condão de transformar a sociedade, Estado e direito tem um grande papel na mudança do comportamento das pessoas, por serem instituições que regulam a vida social.

A própria Maria da Penha, em entrevista no Programa Roda Viva da Rede Cultura, exibido em 26/11/2018, declarou que o atendimento precário nas delegacias, a demora nos processos e a falta de credibilidade nos depoimentos das vítimas, são fatores que dificultam a plena aplicação da lei que leva o seu nome, além da falta de conhecimento do funcionamento do referido diploma legal, sobretudo nos aspectos de proteção a outras formas de violência, que não seja a física, a exemplo da psicológica. Ela ressaltou, ainda, a existência das chamadas vítimas invisíveis da violência doméstica, que geralmente são os filhos das partes envolvidas e que sofrem abalos psicológicos, físicos, chegando inclusive ao óbito.

2. OS AVANÇOS LEGAIS NA PROTEÇÃO A LIBERDADE SEXUAL DAS MULHERES

O vetusto Código Penal de 1940 tratava os crimes contra a liberdade sexual como crimes contra o costume. Coube a lei nº 12.015/09, ao tratar de tais crimes, além de mudar a nomenclatura para crimes contra a dig-

nidade sexual, o que já representou um avanço, conferiu nova redação ao art. 213 do Código Penal e endureceu as penas para os crimes de estupro. Ampliando o seu conceito para os casos que na lei anterior eram tratados apenas como atos libidinosos. Dessa forma, gestos que causem constrangimento, como carícias forçadas, poderão ser enquadrados como estupro e o acusado, em caso de condenação pela Justiça, pode ser punido com uma severa pena de reclusão.

Outro passo relevante no intuito de proteger as vítimas de violência sexual foi a aprovação da Lei nº 12.845/2013 que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, no âmbito do SUS. Inclusive independente da realização de boletim de ocorrência.

A respeito da aplicação da lei nos casos de crimes contra a dignidade sexual, Sabadell (2003), ao analisar a jurisprudência brasileira, verifica o desprestígio do relato das vítimas de tais crimes, talvez pelo próprio machismo presente no judiciário, inclusive por parte dos membros femininos do referido poder. Vale salientar que a mudança de paradigma no intuito de prestigiar o depoimento das vítimas de crimes sexuais tem a ver com descobertas da ciência sobre como as mulheres reagem a situações de ameaça, já que tem vítimas que simplesmente ficam sem reação imediata, o que não significa, na prática, o consentimento com o ato praticado.

Além disso, é importante reconhecer que é particularmente duro para a vítima levar adiante uma acusação de abuso quando o agressor é figura de projeção social ou comunitária, como nos casos de médicos ou líderes religiosos, já ocorridos em âmbito nacional. Nesses casos, as mulheres não denunciam por medo e pelas relações de poder, e só tomam coragem quando o primeiro caso se torna público.

Ainda sobre o enfrentamento dos crimes contra a dignidade sexual, em 2018, foi aprovada a Lei 13.718/18, a denominada lei da importunação sexual. Tal diploma legal pretende coibir a prática de atos libidinosos contra alguém, sem sua anuência, por exemplo, em transportes coletivos, que ainda hoje é o lugar que as mulheres mais temem sofrer assédio sexual. Além de criminalizar a divulgação de cena de estupro e aumentar a pena nos casos de estupro coletivo, quando há dois ou mais agressores e estupro corretivo, se o crime ocorre para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

É possível observar uma falha grave na mencionada legislação, no tocante a titularidade da respectiva ação penal que agora passa a ser pública incondicionada, retirando da vítima a liberdade de autorizar ou não a perseguição penal, o que muitas vezes leva a revitimização através de novo constrangimento promovendo, dessa forma, mais violência. Além disso, a conduta de importunação sexual não inclui o assédio sexual verbal, tornando atípica a conduta de falar obscenidades para as mulheres na rua.

Sobre a redução da violência sexual contra as mulheres, é possível observar que o legislador insiste na mesma estratégia de agravar penas, contudo, sem uma mudança cultural e do próprio sistema de justiça para acolher as mulheres vítimas desse e de outros tipos de violência, não se vislumbra o resultado esperado da redução das práticas violentas, a conferir.

3. A EFETIVA PROTEÇÃO À VIDA DA MULHER NO BRASIL

Em 2015, foi aprovada a lei nº 13.104, a Lei do feminicídio, crime de morte cometido contra uma mulher pelo fato de ser mulher, com a pena equivalente a prevista para o homicídio qualificado de 12 a 30 anos, sendo, portanto, considerado crime hediondo.

Segundo o Atlas da Violência 2017, entre 2005 e 2015, houve um aumento de 7,5% na taxa de homicídios de mulheres no Brasil, no intervalo analisado pelo relatório, o número de morte de mulheres saltou de 3.887, registrados em 2005, para 4.621, em 2015.

As estatísticas mostram um quadro ainda mais dramático quando se refere à população de mulheres negras, o estudo demonstra que o número de morte de mulheres negras aumentou 22% no mesmo período – chegando a 5,2 ocorrências para cada 100 mil mulheres. Contra uma redução de 7,4% em relação às mulheres não negras no intervalo analisado – atingindo 3,1 casos para cada 100 mil mulheres.

Foi observado o acréscimo na proporção de mulheres negras que morreram no Brasil entre o total de mulheres vítimas de mortes por agressão. O percentual passou de 54,8% em 2005, para 65,3% em 2015. Dessa forma, 65,3% das mulheres assassinadas no Brasil no último ano eram negras, demonstrando que a combinação entre desigualdade de gênero e racismo é extremamente perversa e configura variável fundamental para

compreendermos a violência letal contra a mulher, no país, conforme aponta o referido Atlas (2017).

Vale salientar que o estudo ainda não foi capaz de identificar, nos casos de agressão letal contra mulher, as vítimas que correspondem a casos motivados pelo gênero, considerando que a lei do feminicídio é recente (março/2015).

Entretanto, não são raros de se encontrar, na grande mídia, o relato de crimes dessa natureza, como por exemplo, as quatro mulheres que foram mortas pelos companheiros ou ex-namorados, no final de semana do feriado de 12 de outubro, no estado de São Paulo; a mãe e a filha que foram vítimas de feminicídio, pelo ex-companheiro e ex-genro; além da mulher que teve a vida ceifada em decorrência de acidente automobilístico provocado por seu ex-marido, de acordo com a conclusão do respectivo inquérito policial, ambos os casos em Pernambuco, no final de semana do feriado de 02 de novembro; e, o homem que matou a tiros a ex-mulher e ex-cunhada, também no Estado de São Paulo, no domingo 25 de novembro, todos os casos no ano de 2018.

Mesmo com a incessante luta das mulheres por seus direitos fundamentais e com o relativo avanço na garantia de tais direitos pelo poder público, como por exemplo, a criação, pela Secretaria da Mulher do Estado de Pernambuco, do Serviço de Proteção às Mulheres Ameaçadas de Morte pela Violência de Gênero, os mais elementares, como o direito à vida, à liberdade em sentido amplo e a igualdade ainda são constantemente violados, sobretudo dentro dos seus próprios lares. O Estado brasileiro não tem sido capaz de diminuir o alto índice da criminalidade contra as mulheres. Em parte, pelo medo que a vítima tem do julgamento da sociedade que tende a culpar a própria vítima pelos crimes ocorridos, principalmente, no âmbito doméstico e familiar, sendo o feminicídio o mais extremo deles e normalmente não é o primeiro a ser praticado.

Essas considerações a respeito da posição da mulher no Brasil contemporâneo demonstram, através dos dados apresentados que, o arcabouço legislativo elaborado de cima para baixo, estabelecendo que violência contra a mulher e feminicídio são crimes, sem sensibilizar os indivíduos, não vem surtindo o efeito desejado no intuito de garantir os direitos fundamentais das mulheres em nosso país.

É possível reconhecer que o Brasil vem se esforçando na busca pela garantia dos direitos fundamentais das mulheres, como por exemplo, a recente aprovação no senado federal do projeto de lei que estabelece multa para a empresa que pagar salário menor para mulheres do que para homens, na mesma função e na mesma atividade.

Entretanto, a compreensão é a de que para o Estado proteger efetivamente os direitos fundamentais das mulheres é necessário abandonar a ideologia punitivista e patriarcalista e investir em educação, inclusive no ambiente familiar, considerando que ninguém nasce machista ou agressor.

CONCLUSÃO

Este artigo propôs-se a analisar a posição da mulher no ordenamento jurídico pátrio, notadamente a eficácia do aparato legal existente no Estado brasileiro na proteção dos direitos fundamentais das mulheres, a exemplo do direito à vida e a liberdade em sentido amplo.

Para atingir tal desiderato, examinaram-se a lei Maria da Penha (2006), a lei dos crimes contra liberdade sexual (2009) e a lei do feminicídio (2015), no intuito de compreender se a legislação brasileira e sua aplicação tem sido capaz, ao menos de reduzir a violência contra a mulher.

Verificou-se através do pensamento de autoras, como por exemplo, SABADELL (2003), que a cultura patriarcal ao tornar invisível a violência praticada em sua plenitude contra a mulher, já que o machismo não é percebido negativamente pela comunidade, tampouco pelas autoridades, contribui para o aumento, inclusive no âmbito penal, da violência contra a mulher, mesmo com o desenvolvimento de políticas públicas e da jurisdição da violência doméstica.

Como se pretendeu destacar, para uma efetiva redução dos índices de violência contra mulher, inclusive os crimes letais, é necessário um adequado aparelhamento estatal para acolher as vítimas iniciais, inclusive com medidas protetivas mais eficazes com a prisão dos agressores e política de reeducação dessas pessoas. Apesar de o direito, ao contrário da educação, não ter o condão de transformar a sociedade, Estado e direito tem um grande papel na mudança do comportamento das pessoas, por serem instituições que regulam a vida social.

Constatou-se que para o Estado proteger efetivamente os direitos fundamentais das mulheres precisa abandonar a ideologia punitivista e patriarcalista. Por outro lado, é sempre bom lembrar que o direito não se presta a educar a sociedade, aí é que devem entrar as políticas públicas, no intuito de educar as pessoas para respeitarem os direitos fundamentais das mulheres, inclusive, dando voz a elas e suas diferentes lutas, a exemplo da OAB que acaba de proibir a inscrição, em seu quadro, de acusados de violência contra a mulher.

REFERÊNCIAS

- Atlas da Violência.** Rio de Janeiro: Estudo elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), 2017.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global.** 2.ed, Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2006.
- BRASIL. Lei 11340, de 7 de agosto de 2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. Lei 12015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRASIL. Lei 12845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.
- BRASIL. Lei 13104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Lei 13718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha**. São Paulo: RT, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista**. Petropolis: Vozes, 2014.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: RT, 2003.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero patriarcado violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E A COMUNIDADE LGBT

Ana Carolina Bicca Bragança

Introdução

O conceito de Direitos Humanos (DH) tem sido bastante discutido, mas muitas vezes é compreendido de forma distorcida, por isso cabe iniciar o texto conceitualizando-o. Os princípios dos DH referem-se à dignidade das pessoas, que corresponde ao valor singular que têm todas elas pela sua condição de ser humano, independente das diferenças de nacionalidade, raça, sexo, orientação sexual, status, etc; o que quer dizer que todo o desígnio de promoção, respeito, proteção dos direitos humanos e política de igualdade social demanda o reconhecimento de igual dignidade (AREIZA, 2018).

Esta ideia de igualdade social transpassa pela aceitação das diferenças no que diz respeito à singularidade de cada pessoa, como o gênero, sexualidade, raça e etnia. Quando se trata das diferenças citadas, estes fatores compõem o conjunto das chamadas minorias sociais, conceitualizadas como um grupo que representa valores antagônicos a valores expressos como de ordem superior e desejáveis. Desta forma, temos a construção da hegemonia masculina contrária à constituição inferior do feminino, a do branco em oposição ao negro, e a do heterossexual em oposição ao homossexual (MOTTA, 2016).

Levando-se em conta essas temáticas e a recente produção científica no Brasil sobre tais, tem-se percebido um aumento na preocupação com discussões ligadas aos direitos das minorias sexuais. Grande parte dos es-

tudos são voltados as teorias de gênero com os direitos humanos e análises de políticas públicas no Brasil. São trabalhos que trazem à discussão contextos educacionais, de saúde e cidadania que perpassam a singularidade de cada pessoa (MOSCHETA; SOUZA; COMIN, 2016).

Desta forma, a categoria de pessoa é também relacionada ao problema dos direitos individuais, como em relação à diversidade sexual: proteção contra a homofobia, garantia de direitos referentes a casamento, constituição de família e herança (LUNA 2017). O autor MAUSS (2003) faz uma análise interessante relacionada à construção histórica da categoria de pessoa até chegar à categoria do “eu” no final do século XVIII. Ele traz que esse desenvolvimento histórico ocorreu ainda na Roma Antiga, onde o cidadão passa a ser alguém com direitos, independente, livre, autônomo e responsável.

Como contribuição, a proposta deste trabalho é de fazer uma breve revisão narrativa sobre estes temas, destacando e vinculando a questão dos DH em relação à diversidade sexual, trazendo o enfoque na comunidade representada pela sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis, Transexuais ou Transgêneros), e assim realizar uma reflexão sobre os direitos a esta minoria social.

1. Direitos Humanos e Políticas Públicas voltadas ao Público LGBT

Para que seja possível construir um panorama do cenário que se apresenta atualmente no país, é necessário que façamos um pouso nos períodos históricos que se mostraram importantes para a existência dos DH como os conhecemos hoje, a partir das pesquisas feitas.

Segundo Pinheiro e Mesquita (1998) foram nos anos sessenta e setenta que, indivíduos e grupos, indignados com o cenário autoritário do regime militar, se voltaram contra a atual situação e fizeram movimentos em direção a defesa dos direitos humanos. Em seus primórdios, as comissões de direitos humanos foram sendo construídas e fundadas nos anos setenta, onde dava-se ênfase para os assassinatos, torturas e prisões de cunho político. Porém, já nos anos oitenta e noventa, aumentou-se consideravelmente a insegurança da sociedade diante da criminalidade, agora, esta já estará sob sistema democrático. Acontecera que, sujeitos e coletividades

voltaram-se contra a proteção dos direitos humanos, alegando este servir mais aos praticantes de crimes do que às vítimas. Sobre isto, podemos notar que, até mesmo nos dias atuais, não tão distantes do supracitado, isto ainda ocorre. Há uma massa que se opõe fortemente aos DH, argumentando o mesmo e colocando-se fora desta diretriz.

Os DH passaram a ser legitimados e assumidos como política do governo, quase num período de meio século posterior a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, num âmbito social e político que, neste fim de século, era demasiadamente adverso para a maioria de quem não era considerado elite na conjuntura brasileira. Em sua historicidade, a luta pelos direitos humanos é um procedimento contraditório, no qual o Estado, qualquer que seja o governo no regime democrático, juntamente com a sociedade civil têm uma corresponsabilidade sobre eles. “É uma parceria que se funda sobre princípios rígidos e irrenunciáveis, qualquer que seja a conjuntura. Não há política sem contradição, não há luta pelos direitos humanos sem conflitos, obstáculos e resistências: negar essa realidade é recusar a própria luta”. (PINHEIRO; MESQUITA, 1998, p. 1)

Nos últimos 20 anos, enquanto sociedade, viemos presenciando mudanças na forma.

Como as pessoas relacionam-se com “sexualidades desviantes”, sobretudo pelo avanço dos movimentos do público LGBT em disputas públicas e no cenário político do país. No ano de 1995, foi fundada a primeira entidade nacional de organizações LGBT, e pouco depois, efetivamente a primeira política pública LGBT, nominada Disque Defesa Homossexual, na cidade de Rio de Janeiro (ARAGUSUKU, LOPES, 2018). No que condiz a mudanças socioculturais, também desde os anos 90 vem se transformando cenários, consolidando-se um mercado GLS, o início das paradas Gays nos grandes centros urbanos e maior visibilidade deste público nos meios de comunicação (ARAGUSUKU, LOPES, 2018).

A ONU editou, em 2011, uma Resolução no Conselho de Direitos Humanos, a qual foi apresentada conjuntamente pelo Brasil e pela África do Sul, denominada “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. Essa foi a primeira Resolução de defesa dos direitos das pessoas LGBTs a ser aprovada pela ONU. Entre as reivindicações mais importantes está a solicitação de um

estudo sobre leis discriminatórias e atos praticados com motivação homofóbica. (MACHADO; SIQUEIRA, 2018 p.169)

Diante disto, podemos perceber o quão recente, em termos de períodos históricos, é esta resolução, tendo em vista, como supracitado, ser a primeira delas em defesa de direitos LGBTs e o quão necessário se fez – e faz. Mesmo lentas diante da lei, as iniciativas ocorrem, inclusive contando com a Constituição da República Federativa do Brasil, onde se compromete a “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, isto sendo referenciado no artigo 3º, inciso IV dos princípios fundamentais (BRASIL, 1988).

Ainda, para os autores MACHADO E SIQUEIRA (2018) as ações afirmativas e políticas públicas são uma estratégia adotada, de muita eficiência, para o combate do preconceito e da desigualdade, pois aumenta a participação deste público no acesso à educação, mercado de trabalho e no cenário político, tornando-o mais democrático. Diminuindo, assim, as várias facetas da desigualdade. Da mesma forma, um fato notório conquistado foi que “em 14 de junho de 2011, a ONU editou uma Resolução no Conselho de Direitos Humanos, apresentada pelo Brasil e África do Sul, denominada de ‘Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero’. Essa foi a primeira Resolução de defesa dos direitos das pessoas LGBTs a ser aprovada pela ONU. (MACHADO; SIQUEIRA, 2018, p.174)

Fazem-se urgentes e necessárias estas solicitações e revisões perante a lei, para a garantia dos DH da pessoa LGBT, mesmo que o país enfrente uma lentidão referente a estes direitos, por diversas questões culturais. Segundo os autores MELLO, BRITTO E MAROJA (2012) sobre os avanços em iniciativas vindas do Estado observam que nunca se teve tanto e, ao mesmo tempo, que não há praticamente nada. Elucidam isto como um campo paradoxo para pensar a situação dos Direitos Humanos da população LGBT em nosso país atualmente, pois no que diz respeito a esta demanda, um ponto que merece destaque por ser primordial em relação à tentativa de concretização de políticas públicas se deu através do Programa Nacional de Direitos Humanos 2. Esta foi publicada no ano de 2002 por Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, e trazia

a “orientação sexual” como uma especificidade da “garantia do direito à liberdade, opinião e expressão” juntamente com mais dez referentes à “garantia do direito à igualdade” de “Gays, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais – GLTTB”.

Diante disto, os processos evolutivos foram se dando posteriormente no Governo Lula, que no ano de 2004 iniciou um processo de resguardar diversos direitos, de forma que formaram-se seis iniciativas principais. Sendo elas:

- criação do Brasil Sem Homofobia (BSH) – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual, em 2004;
- realização da I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com o tema Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, em 2008;
- lançamento do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – PNDCDH-LGBT, 2009;
- publicação do decreto que cria o Programa Nacional de Direitos Humanos 3 – PNDH 3, 2009;
- criação da Coordenadoria Nacional de Promoção dos Direitos de LGBT, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos, 2010; e
- implantação do Conselho Nacional LGBT, em 2010, com representação paritária do governo federal e da sociedade civil. (MELLO; BRITTO; MAROJA, 2012, p. 408)

Desta forma, o direito à diversidade sexual tem, cada vez mais, sido vinculado às pautas dos direitos internacionais e na agenda política nas últimas décadas, e em meio a este processo, passa a se falar sobre as “democracias sexuais”. Há neste conceito, uma importante defesa dos direitos relacionados à sexualidade, passíveis de serem incluídos nas agendas políticas e sociais à medida que sua garantia é interligada aos valores democráticos (FRANÇA, 2017).

1.1. Conflitos em relação aos direitos dos LGBTs

A Constituição Federal Brasileira de 1988 tem em sua tessitura a garantia à proteção dos direitos humanos. Apesar do público LGBT (minoridade sexual) não estar contemplado explicitamente e de não existir referências à orientação sexual ou identidade de gênero, muitas decisões no intuito de garantir os seus direitos são viáveis em função da Constituição (ANGONESE; LAGO, 2017).

Porém, apesar da comunidade LGBT estar organizada como um movimento social para reivindicar e fazer valer os seus direitos, de trazer e manter em seu discurso pautas de reconhecimento como sujeitos de direitos e deveres, as evidências constataam que ainda muitas pessoas têm representações negativas em relação a este grupo por ser minoria (HUERTAZS; GÓMEZ; MANOSALVA, 2018). Uma minoria social se refere a um grupo humano que esteja em uma situação de inferioridade em relação a outro, considerado dominante; essa posição inferior vem ao encontro de diversos fatores, como o socioeconômico, legislativo, psíquico, etário, físico, linguístico, de gênero, étnico ou de religião. Em suma, é um grupo que partilha de características diferentes das características da maioria da população, e que sofrem discriminação por conta disso (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017).

A não tolerância de discriminação e a igualdade, ambos, são princípios inalteráveis em diversos instrumentos internacionais que colocam a igualdade como gozo principal da pauta dos DH. Obrigando, assim, o Estado, a efetivar esta garantia da pessoa exercer os direitos sem qualquer modo de segregação, seja por cor, sexo, idioma, raça ou opinião política, bem como sua origem, situação financeira e deficiências, tanto físicas quanto mental. Salientando também o estado de saúde, com inclusão do HIV/AIDS. Conforme Vázquez e Delaplace (2011) estes são um conjunto de normas que aportam conceitos claros e parâmetros úteis para definir, executar e avaliar as Políticas Públicas. Pois o Estado não só deve garantir estes direitos, como da mesma forma, em tese, tem a obrigação e o compromisso de proteger a sociedade e os indivíduos com relação a práticas discriminatórias.

Esta apreciação negativa em torno da sexualidade/gênero deste grupo vem ao encontro em partes do retorno de grupos conservadores na Amé-

rica Latina, que têm emergido novamente problemas em relação à Igreja/Estado do nosso tempo, de forma a prejudicar os direitos cívicos do público/minoria LGBT, pois os modelos vistos como tradicionais, acabam prejudicando direitos da comunidade LGBT - grupos políticos e religiosos de ordem conservadora, além de ativistas que condenam e discriminam experiências de orientação sexual não-heteronormativas (HUERTAZS; GÓMEZ; MANOSALVA, 2018).

A discriminação e preconceito devido a orientação sexual dos LGBTs acabam inferindo em diferentes violências, inclusive por parte do Estado que deveria estar a serviço da garantia de direitos e proteção, como cita um estudo colombiano de 2009 (Profamilia y la Universidad Nacional de Colombia y Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos). Foi constatado nesta pesquisa, que o abuso e o autoritarismo dos policiais tornam-se uma violação aos DH, ferindo o direito à liberdade pessoal, à integridade pessoal e direito ao devido processo como garantia do direito à verdade, justiça e reparação. Contata-se um verdadeiro vácuo em face ao reconhecimento cultural das sexualidades diversas (MOTTA, 2016).

Apesar de existir instituições para a proteção dos DH desta população, tais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Comissão Gays e Lésbicas Internacionais dos Direitos Humanos (IGLHRC); o Centro Latino-Americano de Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM); Colômbia Diversas e associações da comunidade LGBT; sentenças e leis pelo Estado (Esguerra 2017) – o que é realmente experienciado como direito e proteção por este grupo é desconhecido, visto que aspectos socioculturais de cunho conservadorista, têm reforçado preconceitos e estigmas contra o grupo (HUERTAZS; GÓMEZ; MANOSALVA, 2018).

Sobre a perspectiva discriminatória que parece proliferar-se, o maior impasse e retrocesso rumo a uma conquista de espaço desta população, é elucidado de forma clara de acordo com as autoras PETRY E MEYER (2011), que explicitam e contribuem que orientações sexuais antônimas da heterossexual podem vir a ser “marginalizadas, ignoradas ou perseguidas por práticas religiosas, sociais, ou crenças políticas, corroborando para a justificativa da dificuldade encontrada na tratativa LGBT” (PETRY; MEYER, 2011, pág. 193).

Ainda, por ser um grupo minoritário, as vulnerabilidades acentuam-se. Aqui, podemos citar a categoria LGBT à margem da lei brasileira,

ou seja, apesar de outros grupos minoritários no Brasil já possuírem leis específicas de proteção, ainda não encontramos legislação direta assegurando os direitos dos LGBTs. A criação de lei, principalmente protetiva é competência do âmbito federal, pois a sua inexistência faz com que os crimes cometidos contra essas pessoas sejam julgadas como qualquer outro, sem prerrogativas processuais penais ou agravamentos de pena (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017).

Por fim, esta não seria uma temática tão explorada e problematizada se não tivéssemos um choque cultural muito grande em um país onde a visão religiosa e seus fundamentos, parecem ainda ocupar um espaço de protagonismo, mesmo que diferentes líderes religiosos tenham tomado posição frente à discriminação e o preconceito de qualquer forma. Ainda que, em tese, estejamos em um país Laico, isso parece pouco importar e não tomar sua validação, visto o alto número de políticos que fundamentam suas propostas e trabalhos na religião, sem realizar uma separação de sua vida privada e seu total direito de responder por uma instituição religiosa, do trabalho público ao qual foi designado, causando prejuízo à vida de pessoas que neste momento precisam de uma legislação para minimamente se sentirem mais protegidas e terem o direito de viver suas vidas conforme suas singularidades.

Em uma democracia, não há como falar de Direitos Humanos e sua aplicação sem falarmos de políticas públicas que possibilitem e viabilizem sua efetivação para com os humanos de fato, para com a sociedade e para que a mesma beneficie-se de direitos fundamentais e diretrizes de direitos humanos. Com isto, políticas públicas apresentam-se como uma solução, neste trabalho, para o fomento de iniciativas estatais direcionadas aos DH.

Apesar da temática DH ser atravessada por diversas outras problematizações, como visto anteriormente, é importante que consigamos entender e dimensionar sua importância e protagonismo diante de um cenário que atualmente apresenta-se de forma a rejeitá-lo e até mesmo “rechaçá-lo” diante de um desconhecimento sobre o mesmo que nos ampara.

Considerações finais

Ao fim deste trabalho, que se justifica por sua importância social, considerando-se todo o exposto na tessitura do texto, compreende-se que

são bastante necessárias a construção de políticas públicas que assegurem os direitos das pessoas LGBTs, que acabam sendo um grupo largamente afetado por um processo de exclusão social e violação dos seus direitos enquanto sujeitos. Deve se atentar aos determinantes sociais que colocam os modos de vida e as práticas sexuais dessa população como desviantes, para buscar modificar culturalmente este contexto, permitindo-se desta forma que as pessoas possam viver sua liberdade, sem julgamentos, preconceitos e discriminações (ANGONESE; LAGO, 2016).

São um grupo que por sua condição de minoria, tornam-se mais vulneráveis em uma sociedade ainda preconceituosa e discriminatória, que além da exclusão pratica muitos atos de violência em todas as duas formas em relação a este público, como vemos cotidianamente nos meios de comunicação. A falta de legislação específica a este grupo torna-os mais vulneráveis ainda nesta questão, por não terem um amparo específico juridicamente.

Bem como, nota-se a necessidade de um amparo científico para tal temática, de forma a contribuir para as construções em nível cultural, político e jurídico desta população e do olhar sobre ela. Estudos sob diversos aspectos, tanto relacionados aos Direitos Humanos, quanto a comunidade LGBT estão, ao mesmo passo, evoluindo em termos de conquistas, mas retrocedendo no que diz respeito ao ideário social envolto sobre a representação social e os estigmas que carregam. Com isto, trabalhos como este podem viabilizar a própria visibilidade e atenção necessária, fomentando discussões e construindo possibilidades mais humanitárias, sem deixar de ter seus aparatos legais perante a constituição brasileira, o que garante sua legitimidade e efetivação civilizatória.

Referências

ANGONESE, M; LAGO, M. C. S. Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica. In: **Saude soc.**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 256-270, 2017.

ARAGUSUKU, H. A; LOPES, M. A S. Políticas públicas e cidadania LGBT em Mato Grosso: Uma década de avanços e retrocessos (2007-2017). In: **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 147-171, 2018.

AREIZA, L. E. Educación de calidad desde la perspectiva de los derechos humanos. In: **Sophia**, Armenia, v.14, n.2, p.15-23, 2018 .

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. (Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 96 de 06/06/2017) Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_3_.asp. Acesso: 23 mar. 2019

FRANCA, I. L. “Refugiados LGBTI”: direitos e narrativas entrecruzando gênero, sexualidade e violência. In: **Cad. Pagu**, Campinas, n.50, e17506, 2017.

HUERTAZS, G. M. S; GÓMEZ, P.A; MANOSALVA, M. A. Momentos de reconocimiento como sujetos de derecho de un grupo de personas jóvenes universitarias LGBT en Tunja, Boyacá. In: **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 172-194, 2018.

LUNA, N. A criminalização da “ideologia de gênero”: uma análise do debate sobre diversidade sexual na Câmara dos Deputados em 2015. In: **Cad. Pagu**, Campinas, n. 50, e175018, 2017.

MACHADO, R. A; SIQUEIRA, D. P. A Proteção dos Direitos Humanos LGBT e os Princípios Consagrados Contra a Discriminação Atentatória. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí ,ano 6 ,n.11, 2018.

MAUSS, M. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de ‘Eu’. In: **Sociologia e Antropologia**. São Paulo, pp.367-422, 2003.

MELLO, L; BRITO, W; MAROJA, D. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. In: **Cad. Pagu**, Campinas, n. 39, p.403-429, 2012

MOSCHETA, M; et al. Da (im)possibilidade do diálogo: conversações públicas e os direitos lgbs. In: **Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 28, n. 3, p. 516-525, 2016 .

MOTTA, J. I. J. Sexualities and public policies: a queer approach for times of democratic crisis. In: **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 40, p. 73-86, 2016

PETRY, A. R; MEYER, D. E. E. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. In: **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, 29 pág. 193-198, 2011.

PAULA, C. E. A; SILVA, A. P.; BITTAR, C. M. L. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. In: **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, p. 3841-3848, 2017 .

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MESQUITA, Paulo de. **Direitos humanos no Brasil: Perspectivas no final do século**. Textos do Brasil, v. 2, n. 6, 1998.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. **Políticas públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção**. SUR—Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Conectas, v. 8, n. 14, 2011.

A INDEXICALIDADE PRESENTE NOS DISCURSOS LEGAIS - AS REGRAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O TRATAMENTO DE MULHERES PRESAS E MEDIDAS NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE PARA MULHERES INFRATORAS (REGRAS DE BANGKOK) REVISITADAS.

Deise Ferreira Viana de Castro

Introdução

Historicamente, no sistema prisional brasileiro, há uma omissão dos poderes públicos, manifestada na ausência de políticas públicas que considerem a mulher encarcerada como sujeito de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e, muito particularmente, às suas especificidades advindas das questões de gênero. A história do encarceramento nos mostra que apesar de existirem mecanismos que determinavam direitos iguais para todos os cidadãos independente do gênero, isso não era obedecido. Antes de esses mecanismos serem criados, era comum que, até a década de quarenta, homens e mulheres fossem encarcerados nas mesmas celas. Mas as mulheres eram vistas como o sexo frágil e precisavam de um ambiente em que pudessem ser "purificadas". De acordo com Pelinski et al

Nesse sentido, era instalada a ideia de que para os homens o tempo encarcerado era para reinstaurar a legalidade e o trabalho, enquanto para as mulheres era instaurada a ideia de domesticação e enquadramento aos padrões de “dona de casa”. Reforçando assim a ideia de que numa sociedade as mulheres deveriam seguir um padrão para serem consideradas “mulheres de verdade”. (Pelinski et al, 2017, p. 2)

Este cenário sofreu mudanças e avanços com o decorrer do tempo, a lógica das mulheres serem encarceradas separadamente dos homens entrou na perspectiva de direito sendo garantida pela Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, inciso XLVIII) da mesma forma que ela garante às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (CF 1988 art. 5º, inciso L). Os presídios se tornaram mistos ou apenas femininos, estes últimos em número menor, mas, ainda assim, tais direitos conquistados pelas mulheres não foram suficientes para que o Estado garantisse condições mínimas de segurança, saúde e questões específicas femininas, tais como gravidez e lactação, principalmente em razão do aumento do número de mulheres encarceradas, número este que poderia não ser tão aviltante, como veremos mais adiante.

O Brasil é o quinto país com maior número de mulheres presas no mundo e muitos encarceramentos poderiam ser evitados ou substituídos por medidas coercitivas alternativas e isso se tornou uma preocupação mundial. Assim, em 2010, surgem as Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – publicadas em português apenas em 2016, tendo em vista o aumento da população carcerária feminina não só no Brasil, mas também em outros países, as quais serão analisadas no presente trabalho. Com relação ao Brasil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, comenta no texto de apresentação das regras que

O aprisionamento de mulheres é um fenômeno que tem aumentado significativamente no Brasil nas últimas décadas, trazendo impacto para as políticas de segurança, administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade

de gênero. Essa problemática vem chamando a atenção de diversos atores estatais e da sociedade civil, o que tem levado a uma intensa produção normativa, de pesquisas e debates, assim como de dados oficiais para jogar luz sobre essa realidade tradicionalmente negligenciada. (Apresentação, p. 9)

Desta forma, este artigo busca contribuir para o debate tendo como foco questões identitárias e de gênero presentes no discurso empregado no texto das Regras de Bangkok abordando aspectos que tratam da vulnerabilidade feminina, do cuidado com os filhos (já que estão presas), da violência na prisão entre outros aspectos. A mulher é vista como uma pessoa frágil, dependente e a lei precisa protegê-la. De acordo com a avaliação de **Bruna Angotti**, advogada e coordenadora do Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (**IBCCRIM**), não há política pública específica pra tratar das mulheres em presídios mistos, que muitas vezes acabam funcionando como simples extensão dos masculinos. Relatos de violência sexual nesses ambientes são comuns. (Alves, 2016). A violência contra a mulher parece fazer parte da identidade daquelas que são infratoras e das que estão encarceradas.

Esta pesquisa tem como base teórico-metodológica trabalhos de: Bucholtz e Hall (2005 e 2004) que apresentam o enfoque sobre a identidade como um fenômeno sociocultural que emerge e circula em contextos de discursos locais de interação e, mais especificamente, sobre o princípio de indexicalidade, o qual é fundamental para entender a maneira com que as formas linguísticas são usadas para construir posições identitárias; Silverstein (2003) que aborda a importância da indexicalidade como ponto central na análise dos agentes semióticos no acesso às categorias e aos conceitos macro-sociológicos aplicados na esfera da indexicalidade micro-contextual; Cameron e Panović (2014) e Holochitz e Cameron (2014) que trazem à luz questões linguísticas próprias do discurso escrito e de relatos escritos enfatizando os mais diversos recursos que a escrita fornece para os usuários de uma língua.

Cabe ressaltar que o interesse em estudar os recursos discursivos observados nas Regras de Bangkok (doravante Regras) surgiu devido à pesquisa para a tese de doutorado da autora (em andamento) sobre a concessão ou não de prisão domiciliar em lugar da coercitiva para mulheres

infratoras no Brasil. O Artigo 318 do Decreto-Lei 3689/41 do Código de Processo Penal brasileiro⁹⁹ prevê a concessão de tal benefício para mulheres que estejam grávidas ou que tenham filhos menores de 12 anos, mas isso não parece ser uma prática comum no país, mesmo sendo signatário das Regras, as quais também preveem cuidados especiais para mulheres nestas situações. Analisando sentenças dos juízes de alguns processos judiciais, podemos observar que o Artigo 318 não parece ser levado em conta. Advogados de defesa parecem desconhecer as Regras de Bangkok, bem como os juízes responsáveis pelas decisões.

Assim, buscamos analisar o documento sob a ótica da indexicalidade como construtora de posições identitárias sobre as mulheres encarceradas no Brasil, bem como trazemos alguns trechos de sentenças e defesas que corroborem tais considerações e que possam servir de apoio para observarmos se há uma intertextualidade com as Regras com relação às identidades delineadas pelas formas linguísticas usadas nos textos legais em questão. Buscamos também fazer uma reflexão sobre a necessidade de se colocarem em prática tais Regras e as leis existentes em relação ao encarceramento feminino e suas vicissitudes.

A indexicalidade na construção das identidades

O discurso legal e jurídico envolve diversos profissionais responsáveis por criarem as leis, colocá-las em prática e fiscalizá-las. Existem, portanto, profissionais que narram, argumentam, convencem, defendem, julgam fatos e pessoas, afinal o Direito foi criado em prol da sociedade em razão da necessidade de um mínimo de ordem e direção, de regras de conduta, com o objetivo de regular o convívio entre os homens e proporcionar harmonia nas relações humanas.

99 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) [...]

Quando falamos de relações humanas, precisamos considerar as mais diversas instâncias para se estudarem essas relações: antropológica, sociológica, etnográfica, linguística entre outras. No âmbito da linguagem e do discurso, o foco desta pesquisa se concentra em aspectos identitários relacionados a mulheres infratoras e de que forma os discursos são construídos em relação às condições prisionais a que elas são submetidas.

Para isso, faz-se necessário debruçar-nos sobre questões referentes às identidades construídas sobre as mulheres tanto em macro como em micro-contextos. Os discursos maiores permeiam situações específicas dos fenômenos sociolinguísticos. Conforme aponta Silverstein (2003), existe uma função metapragmática que traz dinamismo ao desenvolvimento do contexto já que apresenta estruturas relacionadas ao gênero textual. Como observamos nas Regras de Bangkok, o discurso aponta para discursos maiores envolvendo outras instâncias que apresentam sua parcela de responsabilidade na sociedade no que tange ao assunto encarceramento de mulheres. Mas isso não parece ser levado em consideração, como veremos mais adiante.

4. Essas regras são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e declarações das Nações Unidas e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. Elas são dirigidas às autoridades penitenciárias e agências de justiça criminal (incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário e os funcionários/ as encarregados de fiscalizar a liberdade condicional) envolvidas na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio aberto. (Observações preliminares, p.17)

Por outro lado, a função metapragmática recebe críticas do próprio autor que fala sobre os perigos de se entender os processos socio-institucionais apenas com significado indicial que pode ser “lido” em relação a normas convencionais, pois estas formas metapragmáticas chegam a influenciar os comportamentos interacionais e institucionais. Assim, Silverstein, no mesmo trabalho, apresenta a importância da indexicalidade para se entender os micro-contextos existentes nas interações macro-sociológicas. Embora as instituições e as convenções permeiem o discurso, principalmente o institucional, os micro-contextos estão pre-

sententes e são desenvolvidos durante a interação. Silverstein (2003) postula que o macro-sociológico é realmente uma ordem projetiva de dentro de uma configuração complexa e sempre mutável das interdiscursividades em ordens micro-contextuais. A percepção ideológica e a essência permanecem e, se forem naturalizadas, podem ser observadas na indexicalidade micro-contextual das formas linguísticas a serem usadas nos contextos.

Na formação da identidade, conforme versam Bucholtz e Hall (2005), a indexicalidade se baseia primordialmente em estruturas ideológicas, pois associações entre língua e identidade estão enraizadas em valores e crenças culturais – isto é, ideologias – sobre os tipos de falantes que podem e devem produzir determinados tipos de linguagem. Os processos de indexicalidade ocorrem em todos os níveis de uso e de estruturas linguísticas. Ainda de acordo com as autoras:

As relações identitárias emergem na interação por meio de diversos processos indexicais, que incluem: (a) menções óbvias a categorias e rótulos de identidade; (b) implicaturas e pressuposições referentes a posições identitárias próprias ou de outrem; (c) orientações epistêmicas e avaliativas exibidas na fala em curso, assim como *footings* interacionais e papéis dos participantes; e (d) o uso de estruturas e sistemas linguísticos que são ideologicamente associados a pessoas e grupos específicos. (Bucholtz e Hall, 2005, p. 594)

Portanto, é imprescindível observar como rótulos e categorias são empregados no discurso, sejam eles implícitos ou explícitos, assim como elaborações, qualificações, modificadores e outros, visto que trazem informações relevantes sobre a construção das identidades presentes nos textos e nos contextos.

○ discurso masculino presente no discurso legal

Conforme observamos nos documentos jurídicos nas mais diversas instâncias, o discurso empregado tem como característica predominante a estrutura de exclusão de determinados grupos sociais como pobres, negros, mulheres e homossexuais. O discurso jurídico é, de certa forma, inacessível tanto para a maioria da população quanto para essas minorias.

Mais especificamente no caso das mulheres, sua participação na seara jurídica é relativamente recente e o que se observa é que os textos e os contextos são geralmente construídos por homens.

Figueiredo (1997) corrobora tais argumentos dizendo que a lei e a cultura masculina estão intimamente ligadas; o sistema jurídico é quase que inteiramente dominado por homens e, de forma geral, ele expressa uma visão masculina do mundo. As mulheres acabam tendo seu comportamento social e sexual avaliado e controlado pelo discurso jurídico.

E isso não é diferente no que diz respeito às Regras de Bangkok, que embora tratem das especificidades dos casos de mulheres presas, trazem também marcas de um discurso masculino excludente e controlador. Mesmo apresentando preocupações com esse tipo de discurso, como se observa no trecho a seguir, o que se observa no corpo do texto ainda é a presença de vulnerabilidade feminina e suas vicissitudes.

Historicamente, a ótica masculina tem sido tomada como regra para o contexto prisional, com prevalência de serviços e políticas penais direcionados para homens, deixando em segundo plano as diversidades que compreendem a realidade prisional feminina, que se relacionam com sua raça e etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras nuanças. Há grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais governamentais, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas. (Apresentação, p. 9)

A existência das Regras em si já mostra a necessidade de haver controle sobre as práticas e políticas públicas no que diz respeito à forma de se considerarem as especificidades do encarceramento das mulheres e das prisões femininas.

Bangkok e as marcas do discurso de vulnerabilidade

Conforme observa-se nos textos introdutórios e no corpo das Regras de Bangkok, o rótulo de vulnerável para a mulher é explícita e implicitamente apresentado.

Considerando que mulheres presas são um dos grupos vulneráveis com necessidades e exigências específicas, (Nota do Secretariado, p. 14)

A regra de número 2 é iniciada apresentando uma continuidade a essa condição feminina

Regra 2

1. Atenção adequada deve ser dedicada aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças, devido à sua especial vulnerabilidade nesse momento. Recém ingressas deverão ser providas de condições para contatar parentes; acesso a assistência jurídica (...) (p.20)

A forma com que se abordam os temas discriminação e violência contra as mulheres também está sempre presente. Interessante notar que o assunto é tratado desde o ano de 2006, as regras foram estabelecidas em 2010 com base em outros documentos já existentes, e , no Brasil, foram traduzidas apenas em 2016 e parecem não vigorar nos dias atuais. A necessidade de registrar que a mulher deve ser tratada de forma justa e igual na prisão ainda se faz presente.

(...) que as Nações Unidas, as organizações governamentais e não governamentais reconhecidas como entidades consultivas pela Organização e todas as outras organizações internacionais continuassem envidando esforços para assegurar que a mulher infratora fosse tratada justa e igualmente durante prisão, processo, sentença e encarceramento, com atenção especial dedicada aos problemas específicos enfrentados pelas mulheres infradoras, tais como a gestação e cuidados com os/as filhos/as (Observações preliminares, item 5,p.17)

Buscando ancoragem no pensamento de Silverstein, as marcas discursivas sobre a vulnerabilidade feminina, da violência contra a mulher, os aspectos relacionados ao gênero (físicos, fisiológicos, psíquicos) são construídas neste contexto de forma a generalizar uma condição feminina de dependência, de minoria, de fragilidade frente ao sistema de acordo com normas convencionais da sociedade.

9. Em sua Resolução 61/143, de 19 de dezembro de 2006, intitulada “Intensificação dos esforços para eliminar todas as formas de violência contra as mulheres”, a Assembleia Geral destacou que por “violência contra mulheres” se entende todo ato de violência baseada em gênero que tenha ou possa ter como resultado dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para mulheres, incluindo a privação arbitrária de liberdade, seja no âmbito público ou privado da vida, e incentivou os Estados a examinar e, quando for apropriado, revisar, emendar ou abolir todas as leis, normas, políticas, práticas e usos que discriminem mulheres ou que tenham efeitos discriminatórios sobre elas, e garantir que provisões de sistemas jurídicos múltiplos, quando existentes, cumpram obrigações, compromissos e princípios internacionais de direitos humanos, incluindo o princípio de não discriminação; a tomar medidas positivas para abordar causas estruturais da violência contra as mulheres e para fortalecer esforços de prevenção contra práticas e normas sociais discriminatórias, incluindo aquelas em relação a mulheres que necessitem de atenção especial, tais como mulheres em instituições ou encarceradas; e a providenciar treinamento e capacitação em igualdade de gênero e direitos das mulheres aos profissionais encarregados de zelar pelo cumprimento da lei e ao judiciário. A resolução é um reconhecimento de que a violência contra a mulher tem implicações específicas para aquelas mulheres em contato com o sistema de justiça criminal, assim como para o seu direito de não sofrer vitimização enquanto privada de liberdade. A segurança física e psicológica é decisiva para assegurar os direitos humanos e melhorar a situação das mulheres infratoras, o que se aborda nas presentes regras. (Observações preliminares, p. 18)

Holochitz e Cameron (2014) apresentam aspectos da representação linguística da violência sexual em contextos de conflito falando sobre os problemas da repetição de alguns padrões recorrentes no uso da linguagem. Observamos alguns padrões linguísticos sobre a violência contra a mulher em contextos prisionais não somente no trecho acima, quando as Regras de Bangkok se referem a esta questão como algo que possa gerar “dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres”, mas também ao longo do texto como um todo.

Isso parece ser comum no sistema prisional brasileiro. Para Angotti apud Alves (2016), a mulher detida é vulnerabilizada desde o momento do flagrante até a condenação definitiva, pois **para elas, a tensão sexual é um adicional e está sempre presente no ar. O estupro é sempre uma ameaça.**

Outro problema enfrentado pelas mulheres encarceradas é o abandono familiar, tanto de cônjuge quanto de outros membros da família. Os maridos, em geral, fazem visitas no início e depois deixam de fazê-las. Quando a mulher é mãe, muitas pessoas fazem julgamentos "Por que não pensou nos filhos?" Ainda de acordo com Bruna Angotti, o cárcere não afeta só o direito de ir e vir, mas uma perda de autonomia e de outros direitos como o reprodutivo: **"É a leitura de que o corpo feminino não é passivo de desejo e subjetividade. A prisão está ali para aniquilar a potência feminina enquanto potência humana, inclusive a sexual"**.

Tais aspectos identitários e ideológicos sobre os papéis femininos na sociedade mostram como orientações avaliativas e rótulos de identidade estão presentes nos micro-contextos (ex: família) e nos macro-contextos (ex: ONU). Conforme apresentado anteriormente, Bucholtz e Hall (2005) versam que o uso de estruturas e sistemas linguísticos são ideologicamente associados a pessoas e grupos específicos na construção das identidades. Processos indexicais de adjetivos como *vulnerável*, implicaturas, marcas de estilo, postura e escolhas lexicais funcionam juntos nessa construção, como se observa no enunciado retirado do trecho acima "para fortalecer esforços de prevenção contra práticas e normas sociais discriminatórias, incluindo aquelas em relação a mulheres que necessitem de atenção especial, tais como mulheres em instituições ou encarceradas". Ainda sob a luz da teoria de Bucholtz e Hall, faz-se necessário considerar a formação da identidade em múltiplos níveis indexicais em vez de enfatizar apenas um, pois, desta forma, é possível compor um retrato mais rico da subjetividade e da intersubjetividade e como são constituídas na interação.

As Regras de Bangkok e as sentenças judiciais

De acordo com o que foi mencionado anteriormente, necessário se faz abordar alguns aspectos do discurso legal presentes em sentenças ju-

diciais envolvendo mulheres presas e que poderiam cumprir penas alternativas de acordo com a lei vigente no Brasil. Isso porque, de acordo com as próprias Regras, as prisões, historicamente, foram criadas tendo em vista o encarceramento masculino, daí a necessidade de se considerarem relevantes as questões femininas no que diz respeito a instalações carcerárias, regras, atendimento entre outros. Observa-se também a preocupação com a reinserção social das mulheres infratoras, já que uma parcela destas, geralmente, comete crimes menores e não representa risco à sociedade.

Consciente de que muitas instalações penitenciárias existentes no mundo foram concebidas primordialmente para presos do sexo masculino, enquanto o número de presas tem aumentado significativamente ao longo dos anos,

Reconhecendo que uma parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade e, tal como ocorre com todos os infratores, seu encarceramento pode dificultar sua reinserção social,
(Nota do Secretariado, p. 14)

Contudo, nas sentenças às quais tivemos acesso, não há intertextualidade com Bangkok. As Regras não são sequer mencionadas. Estas sentenças referem-se a mulheres presas coercitivamente e que buscam na prisão domiciliar uma forma de cumprir sua pena por terem filhos menores de 12 anos ou estarem grávidas. Os profissionais envolvidos nos processos (advogados, promotores, defensores públicos e juízes) tomam como fundamentação para a solicitação de prisão domiciliar como pena alternativa o Artigo 318 do Código de Processo Penal brasileiro (vide nota de rodapé) e outros casos existentes na justiça brasileira. O que chama a atenção, nesses casos, é que algumas mulheres conseguem o benefício da prisão domiciliar e outras não. Seguindo o que está sendo observado na pesquisa para a tese de doutoramento da autora, não há um padrão para tais concessões e o que se evidencia são mulheres pobres e negras não serem beneficiadas e mulheres brancas e de classe social mais alta, sim.

Observa-se no trecho a seguir o julgamento feito sobre o que versa o Artigo 318, inciso V, pois o juiz do caso em questão relata a falta de imprescindibilidade dos cuidados maternos à criança já que, por meio de estudo social na residência da ré a pedido do juiz,

foi comprovado que a criança tem um responsável por seus cuidados (avó) no lugar da mãe.

a Paciente não trouxe aos autos prova da imprescindibilidade de seus cuidados a seus filhos, nem comprovou estar a criança desamparada. [...]

Entretanto, diante dos motivos que indicam a necessidade da prisão da Paciente e à minguada de comprovação nos autos da inexistência de responsáveis e/ou familiares para amparar as crianças, tenho que agiu com acerto o Julgador de primeiro grau em manter, ao menos por ora, a constrição cautelar da Paciente. [...]

em havendo efetiva necessidade da presença da mãe, tal informação será levada aos autos principais por meio dos profissionais responsáveis pelo laudo. (HABEAS CORPUS Nº 0032644-98.2017.8.19.0000)

Ora, se as leis preveem e estabelecem diretrizes em relação a questões específicas de crianças e adolescentes por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente e da própria Constituição Federal, e as Regras de Bangkok vêm corroborar tais princípios relacionados ao contato imprescindível entre mãe e filho na primeira infância, o que acontece no âmbito da justiça brasileira ao expedir sentenças como a apresentada aqui?

Na interpretação da lei no gênero textual *sentença*, as posições de poder são particularmente assimétricas: primeiro, entre o juiz e o réu; segundo, entre o juiz e qualquer outra pessoa indiretamente envolvida na interação legal (Figueiredo, 1997). As mulheres que são parte em processos legais (paciente, rés, testemunhas, etc.) estão expostas a um duplo grau de discriminação e exclusão: primeiro, como leigas, elas ocupam uma posição desfavorecida se comparadas com profissionais da área (advogados, juízes, promotores, etc.); segundo, elas são estigmatizadas também por serem mulheres, e têm seu comportamento social e sexual avaliado e controlado pelo discurso jurídico. É muito comum se ouvir falar na imparcialidade da lei, mas o que se observa, na realidade, é a parcialidade, principalmente no que tange ao discurso jurídico ser predominantemente masculino como abordamos anteriormente.

Dascal e Wróblewski (1991) cunharam o termo legislador racional (rational law-maker) que acredita tomar decisões supostamente guiado apenas por argumentos justificativos e dedutivos. Na verdade, ele deveria atentar para a necessidade de levar em consideração o fato de que as leis que cria servirão de base para as decisões a serem tomadas na aplicação destas e performadas por pessoas reais, em circunstâncias reais, mas nem sempre ideais. Isso significa que, na aplicação da lei, haverá interpretações que nem sempre serão dedutivas por natureza, já que existem situações imprevisíveis quando o tema envolve relações humanas, o que atinge a imparcialidade diretamente. Capone (2013) complementa a visão sobre o legislador ao dizer que ele precisa de uma dimensão atemporal e ser capaz de lidar com o passado e com o futuro já que os casos imprevisíveis ou que fogem à regra se devem à contextualização. Contextualizar é um importante princípio de defesa para a lei, visto que permite sua aplicação.

No contexto das Regras de Bangkok, o que se observa é uma legislação que procura ser clara e dedutiva, mas que, tendo em vista a variedade de casos e as especificidades de cada caso envolvendo mulheres infratoras, pode vir a ser interpretada e aplicada de formas diferentes. A indexicalidade presente em determinados termos e construções empregadas no texto contribuem para a construção da identidade de encarceramento feminino no mundo, mais especificamente, nos países participantes do acordo. Importante deixar claro que são regras da Organização das Nações Unidas e, a partir do momento em que um país é signatário delas, ou seja, concordou com seus princípios, é de se esperar que as coloque em prática.

Conforme observamos em algumas sentenças expedidas por juízes e desembargadores brasileiros, a aplicação e a interpretação da lei e que fazem parte de tais documentos, está longe de ser objetivo ou apenas dedutivo, embora esta ideia persista em nossa sociedade. Como podemos ver no seguinte comentário de Dascal e Wróblewski (1991), espera-se que as decisões legais satisfaçam, o máximo possível, valores como justiça, legalidade, objetividade, imparcialidade, previsibilidade, repetibilidade, e assim por diante. Contudo, o que se observa por meio do emprego de determinados termos, rótulos, adjetivação, predicação e outros presentes nos documentos jurídicos e que, muitas vezes são recorrentes no mesmo processo, é uma posição sexista em relação às mulheres e a necessidade implícita e explícita de controle sobre o comportamento feminino e suas nuances.

Considerações finais

A reflexão que trazemos aqui busca contribuir para os estudos sobre a identidade da mulher perante o sistema carcerário e também perante o sistema judiciário como um todo. Acredita-se na relevância de se reverem determinadas leis e normas judiciais e colocar em prática algumas já existentes, tendo em vista os contextos discriminatórios nos quais a mulher é inserida pelos discursos usados na seara jurídica, predominantemente masculina.

A indexicalidade presente nos textos mencionados neste trabalho reforça a ideia de que a construção da identidade feminina nesse contexto ainda faz parte de “uma realidade tradicionalmente negligenciada” nas palavras do Ministro Lewandowsky. Como apresentamos anteriormente, a mulher parece ser duplamente castigada: por ter cometido um crime e por ser mulher.

São necessários diversos níveis de indexicalidade visto serem muitas as subjetividades presentes nos processos judiciais e nos casos de encarceramento. As possibilidades de interpretação da lei, devido ao contexto dos casos específicos, podem trazer soluções diferentes para o mesmo caso, bem como, soluções similares para casos diferentes. Como versa Silversstein (2003), a percepção macro-sociológica está intimamente ligada aos micro-contextos, e estes estão presentes nos processos judiciais, sejam na esfera criminal, familiar, trabalhista, civil, etc. O legislador atemporal se torna imprescindível, mas como mudar leis que vigoram há tempos em um país? Como reivindicar direitos previstos pelas leis já existentes?

As Regras de Bangkok têm como alicerce as normas do direito internacional contribuem para a melhor aplicação das leis penais e das medidas carcerárias nos países signatários, contudo, ainda trazem em si muitas marcas ideológicas de fragilidade e vulnerabilidade da mulher no mundo contemporâneo.

No que concerne ao Brasil, as Regras de Bangkok, o artigo 318 da lei 3698/41, o Estatuto da Criança e do Adolescente deveriam ser levados em conta quando o assunto é o encarceramento feminino. E o artigo 5º. da Constituição Federal precisa ser lembrado, assim como o inciso I.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Referências bibliográficas

- Alves, A. Ser mulher em um sistema prisional feito por e para homens [23 de junho de 2016]. **Ponte Jornalismo**. Disponível em: < <https://ponte.org/ser-mulher-em-um-sistema-prisional-feito-por-e-para-homens/>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2019
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**. Brasília, 2016.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- _____. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990.
- Briggs, C. Anthropology, Interviewing, and Communicability in Contemporary Society. **Current Anthropology**, Vol. 48, No. 4, 2007
- Bucholtz, M. and Hall, K. Language and Identity. In: Duranti, A (ed.). **A Companion to Linguistic Anthropology**. p. 369-394. Malden: Blackwell 2004
- Bucholtz, M. and Hall, K. Identity and interaction: a sociocultural approach. **Discourse Studies**, vol. 7(4-5), p. 585-614. London: Sage Publications, 2005
- Cameron, D. and Panović, I. **Working With Written Discourse**. London: Sage, 2014.
- Capone, A. The role of pragmatics in (re)constructing the rational law-maker **Pragmatics & Cognition** 21:2 (2013), 399-414. doi 10.1075/pc.21.2.08cap issn 0929-0907 / e-issn 1569-9943 © John Benjamins Publishing Company

Dascal, M and Wróblewski, J. The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation. **Journal of Pragmatics**, v. 15, n. 5, p. 421-443, 1990.

Figueiredo, D. C. Gênero e poder no discurso jurídico. **Revista de Ciências Humanas**, v.15, n. 21, p. 37-52, Florianópolis: UFSC, 1997

Goffman, E. A situação negligenciada. In: RIBEIRO, B.T. e GARCEZ, P.M. (orgs). **Sociolinguística Interacional**. São Paulo: Edições Loyola, 2002 [1964].

Goffman, E. Footing In: RIBEIRO, B.T. e GARCEZ, P.M. (orgs). **Sociolinguística Interacional**. São Paulo: Edições Loyola, 2002 [1979].

HABEAS CORPUS Nº 0032644-98.2017.8.19.0000

<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478285995/habeas-corpus-hc-326449820178190000-rio-de-janeiro-petropolis-1-vara-criminal/inteiro-teor-478286004?ref=serp>

Holochitz, T. e Cameron, D. The linguistic representation of sexual violence in conflict settings. *Gender and Language*. vol 8.2 2014 169–184, Equinox Publishing, 2014

Linell, P. Discourse across boundaries: On recontextualizations and the blending of voices in professional discourses. In: SARANGI, S. e WILSON, J. (eds). **Text: an interdisciplinary journal for the study of discourse**. Vol 18-2, 1998.

Moita Lopes, L.P. Uma Linguística Aplicada mestiça e ideológica: interrogando o campo como Linguista Aplicado. In: MOITA LOPES, L. P. (org.) **Por uma Linguística Aplicada INdisciplinar**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

Pelinski, P., Freitas, G. M. S. Miranda, J.I.R. Regras de Bangkok frente à realidade das mulheres encarceradas no Brasil. **Simpósio Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais Aplicadas 22 a 24 de novembro de 2017** Edição Atual V. 1, 2017 - ISSN 2525-8559

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Lei no. 13.257, de 08 de março de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm, acessado em 10/09/2017.

Sarangi, S. Role Hybridity in Professional Practice. In: SARANGI, S. POLESE, V. e CALIENDO, G (eds.). **Genre(s) on the Move: Hybridization and Discourse Change in Specialized Communication**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2011

Silverstein, M. Indexical order and the dialectics of sociolinguistic life. **Language and Communication**, 23 (2003)193–229, Elsevier, 2003

Shuy, W. R. Discourse Analysis in the Legal Context. In: **The Handbook of Discourse Analysis**. Schiffrin, D., Tannen, D. Hamilton, H.E. (eds). Malden: Blackwell Publishers, 2001

QUEM TEM DIREITO AOS DIREITOS HUMANOS? A EFERVESCÊNCIA DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” COMO DISPOSITIVO RETÓRICO À EDUCAÇÃO PARA A DIVERSIDADE

Edimauro Matheus Carriel Ramos

Introdução

Partilhando de uma conceituação errônea do termo gênero e de suas dimensões, a “ideologia de gênero” tem sido utilizada como um canalizador do ódio para com a pluralidade de gênero nos espaços educativos. Parafraseada por passagens bíblicas, a suposta ideologia tem se estruturado como uma categorização política de combate à essas possibilidades, ao mesmo tempo que fere os ideais de liberdade de expressão e de igualdade prescritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não obstante, nos encontramos, atualmente, reféns de uma administração governamental cercada de inúmeros discursos misóginos, homofóbicos, transfóbicos e racistas, os quais proliferam seus interesses através do sistema educacional, movimentando professores/as e pais a se manifestarem negativamente e privarem seus alunos e filhos das premissas citadas anteriormente, dificultando ainda mais que os temas ganhem espaço e promovam o respeito em detrimento às desigualdades.

O termo em questão foi utilizado pela primeira vez em 1998 em uma Conferência Episcopal, emergindo duas décadas depois com mais ênfase e com as mesmas finalidades. A massa conservadora concebe a pauta da

“ideologia de gênero”, ou seja, a alusão às discussões sobre as relações de gênero, bem como a desestabilização desses ditames, como fatores que devem ser banidos no espaço educativo e do currículo.

Quais são os enquadramentos desse regime de exceção acerca das subjetividades que se desviam das convenções sociais e culturais? Por que é necessário dar espaço para essas temáticas no currículo? Como esse silenciamento se torna sinônimo de privação das liberdades individuais e de expressão de cada sujeito? Através dessas inquietações, tal trabalho busca estabelecer conexões entre a “ideologia de gênero” e o que está preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Isso posto, o presente estudo que parte da revisão bibliográfica pertinente à temática exposta, objetiva adentrar nas discussões da “ideologia de gênero” e os fatores que embasam a argumentação conservadora e contrária aos direitos fundamentais, bem como buscar problematizar a estruturação desses dispositivos de poder que agem em consonância com os ideais heteronormativos exercidos sobre os que escapam das expectativas de gênero, suprimindo os ideais de igualdade e liberdade.

1. Nuances do gênero

Antes de entender como a luta pela igualdade e a diversidade de gênero no espaço educacional tornaram-se uma categorização política reacionária, bem como, uma transgressão à “normalidade”, torna-se necessário compreender o que se entende por gênero, as suas possibilidades e como suas relações reproduzem desigualdades, estereótipos e privações.

O gênero, como referência às relações entre homens e mulheres é, para Haraway (1995, p, 221), “um conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplos terrenos de luta”. O termo imerge com o Movimento Feminista e suas respectivas ondas, com o intuito de lutar pela igualdade entre homens e mulheres e reconstruir os papéis e as produções culturais atribuídas a ambos.

Saffiotti (2004), acredita que o gênero se refere às possibilidades de justificar as críticas ao patriarcado, baseada na opressão masculina sobre a mulher. Essas percepções que exprimem as nuances do gênero vêm do

pós-estruturalismo¹⁰⁰, corrente que se atém aos estudos da organização da sociedade, a qual concebe as coisas tidas como naturais como construções culturais e sociais.

Abrindo espaço para os Estudos de Gênero, o pós-estruturalismo estuda também as dimensões que produzem desigualdades e as relações de poder nas heterogeneidades étnico-raciais, sexuais e de gênero. Adichie (2014) repensa o gênero sob a seguinte perspectiva:

A pessoa mais qualificada para liderar não é a pessoa fisicamente mais forte. É a mais inteligente, a mais culta, a mais criativa, a mais inovadora. E não existem hormônios para esses atributos. Tanto um homem como uma mulher podem ser inteligentes, inovadores, criativos. (p. 25)

Os Estudos de Gênero, em detrimento à semântica restrita apenas à classificação e rotulação das diferenças sexuais vigente desde a década de 70, passa a ser um conceito subversivo que visa o desalinhamento dessas designações construídas em torno das feminilidades e masculinidades. Por outro lado, tais estudos também englobam as identidades de gênero que transitam entre o binarismo. Louro (1997) complementa:

Desconstruir a polaridade rígida dos gêneros, então, significaria problematizar tanto a oposição entre eles quanto a unidade interna de cada um. Implicaria em observar que o polo masculino contém o feminino (de modo desviado, postergado, reprimido) e vice-versa; implicaria também perceber que cada um desses polos é internamente fragmentado e dividido (afinal não existe a mulher, mas várias e diferentes mulheres que não são idênticas em si, que podem ou não ser solidárias, cúmplices ou opositoras) (LOURO, 1997, p. 35).

A identidade de gênero é movida pelas mesmas premissas de desnivelar a heteronormatividade, sendo um conjunto de experiências e subjetivas que podem ou não corresponder ao sexo biológico e da normatividade

100 Segundo Williams (2012) é uma visão que contesta e se opõe a qualquer certeza de natureza absoluta e desconsidera limites para o conhecimento.

exigida socialmente, podendo englobar, segundo Princípios (2006), a alteração da aparência ou do funcionamento corporal através de intervenções médicas, cirúrgicas e outros, e outras expressões de gênero, inclusive na escolha da vestimenta, no modo de falar e se expressar.

Essa percepção da decorrência entre o sexo e o gênero, isto é, os atrelamentos estruturados para designar que um comportamento seja definido como feminino ou masculino, estruturam e implicam na forma de reconhecer às demais possibilidades sexuais. Para Butler (2003, p. 44), essa decorrência seria “uma relação política de direito instituído pelas leis culturais que estabelecem e regulam a forma e o significado da sexualidade”. Portanto, as relações em que o gênero não decorre do sexo são tidas como inexistentes, passíveis de estranhamento e repulsa.

Com caráter emancipador, político e crítico, o enfoque dos Estudos Feministas e de Gênero são, acima de tudo, reflexões que dispõem-se a implodir a visão de oposição entre os sexos, dicotomia essa embasada na binariedade e na limitada relação dominação-submissão, bem como trazer à tona as relações de poder, pois, para Scott (1990), o gênero está diretamente ligado às essas relações.

Para Louro (1997), os estudos dessas relações de poder, inicialmente estudadas por Michel Foucault, nos apontam para uma visão mais ampla dessa problematização, acreditando que tais lentes foucaultianas podem provocar olhares dessas relações na normalização de meninos e meninas, seus saberes, seus corpos e suas sexualidades, e as táticas, tecnologias que tendem a garantir o governo e o autogoverno destes sujeitos.

Contudo, as perspectivas contemporâneas para a discussão de gênero e das suas identidades visam examinar as desigualdades produzidas nesses estabelecimentos, atuando sob uma perspectiva que o perceba como fator constituinte da subjetividade e identidade. Assim, compreendendo a amplitude proposta pela performatividade do gênero, as justificativas da recusa, da censura e da abominação da temática no espaço escolar são salientadas, perpetuando as relações viabilizadas pelo exercício do poder.

2. Ideologia, gênero e educação: hegemonia ameaçada

Parágrafos acima, as dimensões interpretativas do conceito de gênero foram capazes de apontar uma ideia de sua compreensão que escapam de

embasamentos fundamentalistas ou de raízes religiosas. Mas, afinal, o que vem a ser uma ideologia? Como a luta em detrimento às relações desiguais de gênero e pelo respeito às identidades e expressões de gênero que não se enquadram na heteronormatividade tornou-se uma ameaça à família e uma categoria reacionária no cenário educacional? Como essa ideologia travou uma batalha para silenciar os direitos de ser, fazer, expressar e viver seus direitos fundamentais sem discriminação?

No dicionário, entende-se por ideologia a “maneira de pensar que caracteriza um indivíduo ou grupo de pessoas” (MICHAELIS, 1998). Já na ótica de Abbagnano (2003, p. 521), é uma “doutrina mais ou menos destituída de validade objetiva, porém mantida pelos interesses claros ou ocultos daqueles que a utilizam”. Para Chauí (2008) a ideologia é um dos meios empregados pelos dominantes para desempenhar dominação, fazendo com que tal não seja notada pelos dominados.

Porém, o conceito de ideologia empregado pelos arautos moralizadores não parte de um embasamento inteiramente científico ao proferir discursos com cunho de pânico e de alerta moral, mas sim, edificam dispositivos de reação que se contrariam as pautas voltadas às diversidades sexuais e de gênero, eximindo esses movimentos e próprio espaço escolar de lutar contra os enfoques que beiram o machismo¹⁰¹, a misoginia¹⁰² e o sexismo¹⁰³.

No entanto, essa efervescência da “ideologia de gênero” não é atual e tem sido alimentada pela mesma matriz desde então. Junqueira (2017), relata que o sintagma “ideologia de gênero” apareceu pela primeira vez em abril de 1998, na Conferência Episcopal do Peru, intitulada *La ideologia de género: sus peligros y alcances* (1998), em um documento eclesiástico estruturado pelo ultraconservador monsenhor Oscar Alzamora Revoredo, que fez as seguintes críticas:

101 Machismo é a ideia de que os homens são superiores às mulheres (FURLANI, 2011).

102 Misoginia é o ódio, aversão ou horror em relação ao que vem das mulheres e/ou do feminino (FURLANI, 2011).

103 Sexismo é o tipo de preconceito que tem como base o sexo da pessoa (FURLANI, 2011).

Porém, por detrás desta palavra se esconde toda uma ideologia que pretende, precisamente, modificar o pensamento dos seres humanos acerca desta estrutura bipolar. Os proponentes desta ideologia querem afirmar que as diferenças entre o homem e a mulher, fora as óbvias diferenças anatômicas, não correspondem a uma natureza fixa que torne alguns seres humanos homens e, a outros, mulheres. (ALZAMORA REVOREDO, 1998, s/p.)

O argentino Jorge Scala, por meio do seu livro intitulado *Ideologia de Gênero: neototalitarismo e a morte da família*, de 2015, tem procedido a ideia de que a “ideologia de gênero” é uma imposição repleta de falseabilidades que se infiltram no sistema educacional e social. O mesmo, através de uma entrevista concedida sobre seu livro, em 2012, diz que tudo isso “é tão absurdo, que só pode ser imposto como uma espécie de “lavagem cerebral” global [...] O gênero destrói a estrutura antropológica íntima do ser humano...” (SCALA, 2012).

No Brasil, a “ideologia de gênero” veio à tona com a alteração da redação do Plano Nacional de Educação e do movimento “Escola Sem Partido”. Anteriormente, lia-se “ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual” (BRASIL, 2014, p. 22), após a retirada dos dois últimos termos, passou a ser lida como “ênfase na promoção da cidadania e erradicação de todas as formas de discriminação” (BRASIL, 2014, p. 12). Outro ponto de ebulição foi a Base Nacional Comum Curricular (BRASIL, 2017), que também suprimiu os termos de seu currículo.

Na contemporaneidade, Jair Bolsonaro (PSL), atual Presidente da República, encabeça, junto com outros deputados, o movimento contra a suposta ideologia, ressaltando que esse será um dos enfoques de seu governo¹⁰⁴. Em 2011, o mesmo batizou de “kit gay” o programa Escola Sem Homofobia, uma iniciativa que seria distribuída às escolas para alertar sobre a periculosidade da homofobia, as relações de gênero e sobre o *bullying* homofóbico. No início de 2019, a Ministra dos Direitos Huma-

104 Discurso da posse de Bolsonaro que aborda a “ideologia de gênero: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/01/01/bolsonaro-fala-em-combater-ideologia-de-genero-veja-integra-do-discurso.htm>

nos, Damares Alves, também discursou sobre combater a “ideologia de gênero” nessa “nova era” do Brasil ¹⁰⁵.

Com tal retórica, a noção de ideologia somada ao conceito de gênero, como norteadora das discussões na sociedade e dos planos educacionais do contexto atual, segundo Moura e Salles (2018) esta “ideologia de gênero” se torna sinônimo de “violação da moral e das tradições, se torna um tabu que precisa ser ocultado”, ou seja, é nada menos que um discurso de um conservadorismo exacerbado empregado para excluir sujeitos da escola e na educação como um todo.

Reis e Eggert (2017, p. 20) contextualizam o panorama de fundamentação e edificação da “ideologia de gênero”, onde ressaltam que tal sintagma e sua semântica nada apontam para um embasamento científico e crítico, pois:

Criou-se uma falácia apelidada de “ideologia de gênero”, que induziria à destruição da família “tradicional”, à legalização da pedofilia, ao fim da “ordem natural” e das relações entre os gêneros, e que nega a existência da discriminação e violência contra mulheres e pessoas LGBT comprovadas com dados oficiais e estudos científicos. Utilizou-se de desonestidade intelectual, formulando argumentos sem fundamentos científicos e replicando-os nas mídias sociais para serem engolidos e regurgitados pelos fiéis acríticos que os aceitam como verdades inquestionáveis. Utilizou-se também de uma espécie de terrorismo moral, atribuindo o status de demônio às pessoas favoráveis ao respeito à igualdade de gênero e diversidade sexual na educação, além de intimidar profissionais de educação com notificações extrajudiciais com ameaça de processo contra quem ousasse abordar esses assuntos na sala de aula. Criou-se um movimento para “apagar” o assunto gênero do currículo escolar. (REIS E EGGERT, 2017, p.20)

105 Trecho do vídeo onde a Ministra profere a frase “menino veste azul, e menina veste rosa”, fazendo alusão a “ideologia de gênero”: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/03/em-video-damares-alves-diz-que-nova-era-comecou-no-brasil-meninos-vestem-azul-e-meninas-vestem-rosa.ghtml>.

Quanto à repulsa presente nos discursos contra a “ideologia de gênero” nas escolas, é notório que o foco está centrado diretamente na orientação sexual e de gênero dos educandos, na mera ideia de que o ensino e o debate sobre gênero e sexualidade nas escolas possam doutriná-los, estudantes, orientando-os no que devem e podem “ser” e “fazer, numa perspectiva moralizante. Almeida (2017), pontua sobre os interesses da esfera religiosa em defender incessantemente seus valores judaico-cristãos refletem nas políticas educacionais:

Na disputa pela moralidade pública, em sua faceta mais conservadora, esses religiosos buscam não apenas garantir proteção à moralidade e aos valores próprios ao seu grupo. Mas, também, pretendem garantir que essa moralidade seja inscrita na ordem legal do país, sob o discurso da necessidade de contenção dos avanços do secularismo nos comportamentos e nos valores que afligem a sociedade brasileira (ALMEIDA, 2017).

Surgindo como antítese aos movimentos da diversidade e igualdade de gênero, bem como os movimentos que abalam os estereótipos que os cercam, a “ideologia de gênero” tende a criticar os debates ou a simples menção de identidades ou subversões que se desviem do núcleo heterossexual binário, utilizando a justificativa de que essa viabilidade pode dar lugar a uma “revolução gayzista” e da “doutrinação marxista”, ameaçar a hegemonia judaico-cristã, e abrir caminhos para destruição da família e de seus ideais, bem como “confundir” a cabeça das crianças, as quais devem ser deixadas em paz.

3. Educação e direitos humanos: só para quem se adequa à “normalidade”?

A Declaração é bem sucinta ao descrever e destacar seu caráter igualitário:

“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, idioma, religião, opinião política ou

de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 5)

Embasando-se pelo que diz a Declaração e os apontamentos acima, sobre como atuam os agentes heteronormativos de gênero, nota-se que a “ideologia de gênero” se configura em um dispositivo de regulação que parte das relações de poder entre a sexualidade, as expectativas de gênero tidas como corretas e naturais e as que se divergem desses ditames, nos levando a pensar que os direitos humanos fundamentais se restringem apenas à um grupo específico, sendo excludente para outrem. Quem são os outros? Aqueles que não se enquadram nessas normas.

Um ambiente centrado nas matrizes hegemônicas de gênero, tal como a escola, é imprescindível que os agentes heteronormalizadores e os dispositivos de gênero que não se conformam com a barreira estruturada entre sexo e gênero por esses alunos, atuem com mais rigor para enquadrar, avaliar seus comportamentos e corpos, deslegitimando seus direitos e prerrogativas de igualdade, de expressão e de direitos essenciais à condição humana de existência e de cidadania.

Segundo Foucault (1988), teórico que explora essas desigualdades sobre o viés das relações de poder:

A sociedade que se desenvolve no século XVIII (...) não reagiu ao sexo com uma recusa em reconhecê-lo. Ao contrário, instaurou todo um aparelho para produzir discursos verdadeiros sobre ele. Não somente falou muito e forçou todo mundo a falar dele, como também empreendeu a formulação de sua verdade regulada (p. 68).

Para Santos, Teixeira et al. (2017, p. 223), a contribuição histórica envolta do sexo, gênero e suas manifestações são fundamentais “para pensarmos o disciplinamento e a governamentalidade da saúde sexual e reprodutiva dos corpos, no âmbito da institucionalização dos Direitos Humanos, como forma de gerar, garantir, sustentar, reforçar, multiplicar a vida; pô-la em ordem.”

Foucault (1988), nesse panorama, também nos apontava que a escola já se colocava num perpetuado estado de alerta sobre a sexualidade, onde tal estado de alerta se restringe ao estabelecimento do “normal” e do “anormal”, do permitido e do negado, buscando a legitimidade da sexualidade e conduta tidas como legítimas, marginalizando outras expressões. É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado (FOUCAULT, 1999, p. 117).

Santos, Teixeira et al. (2017, p. 220-221), nessa perspectiva, acreditam que é “impossível adentrar ao espaço escolar e não encontrarmos corpos em trânsitos de masculinidades e feminilidades, sobretudo em situações que envolvem as homossexualidades, que nem sempre são reconhecidas como Direito Humano”. Deste modo, o espaço escolar transforma-se em um *locus* vigiador de determinados corpos e condutas, denominando-os como “outros”, os quais causam perturbações e requerem direitos sociais, direitos de existência e ou até “privilégios”.

Entretanto, o reforço de protótipos de masculinidades, feminilidades e de comportamentos que dizem respeito a uma normalidade construída, soam como uma disputa embaixo do guarda-chuva dos direitos humanos, indagando sobre quem poderá se abrigar e gozar dessas prerrogativas, incitando, através dessas posturas “(...) um olhar despolitizante que reforça a ideia de que gênero e sexualidade são questões privadas, e não questões políticas e públicas” (OLIVEIRA; DINIZ, 2014, p. 247).

Os corpos que manifestam uma vida que escapa dos enquadramentos de gênero propostos e reverenciados são, segundo Santos, Teixeira et al. (2017, p. 221) “apontados como excêntricos, pois escapam aos modos de sanidade, de moralidade e de coerência com as masculinidades e feminilidades resultantes do mesmo.”

Portanto, para alcançar a equidade de todas e todos que compõem o espaço escolar, exige-se repensar sobre todos os sujeitos de direitos que perpassam pela escola, independentemente de quais identidades de gênero e sexualidade estes compartilham. Oliveira e Diniz (2014, p. 241), pensando nessa ação, estão convencidas que “implementar nas escolas públicas uma educação em direitos humanos requer a criação de condições para que as pessoas que não se enquadram nos marcos normativos de gênero e sexualidade possam viver livres de violências e injúrias.

Considerações finais

Eximindo-se de abrir espaço para essas problemáticas, constata-se que o sistema educacional brasileiro edifica e age por meio de mecanismos que remetem a essa noção de homogeneidade, ignorando a diversidade. A educação, ao invés de responder às demandas que se referem a um ensino que aja em consonância com os direitos humanos de fato, e que possibilite a inserção de todas e todos, prefere atender às demandas conservadoras e que vão contra aos ideais igualitários.

Ao abordarmos sobre a maneira que são subjetivadas e enquadradas as questões de gênero na escola, constata-se que a falácia da “ideologia de gênero” e todo o aparato discursivo simplista e errôneo em sua volta se estruturam como um afronte aos direitos humanos, mas antes de tudo, um afronte aos próprios seres humanos, quaisquer sejam suas essências e expressões.

Por fim, nos cabe sempre questionar e problematizar: quem cabe dentro dos Direitos Humanos? Quem são os humanos dignos desses direitos? O que demarca o espaço pertencente apenas a um grupo e qual é o espaço dos “outros”, se somos todos diferentes e é isso que nos torna iguais? A partir dessas problematizações, adentramos no âmago de propostas mais significativas para a educação para e em prol dos direitos humanos, uma educação que respeite e acolha todos e todas, sem distinções.

Referências

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todos feministas**. Companhia das Letras. 2014.
- ALMEIDA, Ronaldo de. A onda quebrada – evangélicos e conservadorismo. Dossiê Conservadorismo, Direitos, Moralidades e Violência. **Cadernos Pagu**. Campinas, 50, 2017.
- ALZAMORA REVOREDO, Oscar. **La ideologia de género: sus peligros y alcances**. Lima: Comisión Ad Hoc de la Mujer; Comisión Episcopal de Apostolado Laical, Conferencia Episcopal Peruana, 1998.

BRASIL. Ministério da Educação. **Plano Nacional de Educação** – PNE. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Governo Federal. **Base Nacional Curricular Comum** 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=-79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192>

Acesso em: 30 mar. 2019.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 15ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2ª ed. São Paulo. Brasiliense, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade**. Vol. 1: A vontade de saber. 11a ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1999.

FURLANI, Jimena. **Educação sexual em sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011.

HARAWAY, Donna. **Ciencia, cyborgs y mujeres: La reinvención de la naturaleza**. Manuel Talens. Valencia: Madrid: Ediciones Catedra, 1995.

JUNQUEIRA, Rogério D. “Ideologia de gênero”: a gênese de uma categoria política reacionária – ou: a promoção dos direitos humanos

se tornou uma “ameaça à família natural”? In: RIBEIRO, Paula R. C.; MAGALHÃES, JOANALIRA, C. (orgs.). **Debates contemporâneos sobre educação para a sexualidade**. Rio Grande, RS, Ed. da FURG, 2017, pp.25-52. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/7097>. Acesso em: 29 mar. 2019.

LOURO, G.L. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. RJ, 16ª ed. Editora Vozes, 1997.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998 (Dicionários Michaelis).

MOURA, F.P; SALLES, D, C. O Escola Sem Partido e ódio aos professores que formam crianças (des)viadas. **Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades**. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus>. Acesso em: 30 mar 2019.

OLIVEIRA, Rosana Medeiros; DINIZ, Débora. Materiais Didáticos Escolares e Injustiça Epistêmica: sobre o marco heteronormativo. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 39, n.1, p. 241-256, jan./mar, 2014.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, Indonésia, 2006.

REIS, Toni, EGGERT, Edla. Ideologia de gênero: uma falácia construída sobre os Planos de Educação brasileiros. **Educ. Soc.**. Campinas, v. 38, nº. 138, p.9-26, jan.-mar., 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, TEIXEIRA ET AL. Corpos que desassossegam os direitos humanos no espaço escolar. In: RIBEIRO, Paula R. C.; MAGALHÃES, JONALIRA, C. (orgs.). **Debates contemporâneos sobre educação para a sexualidade**. Rio Grande, RS, Ed. da

FURG, 2017, pp.25-52. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/7097>

Acesso em: 29 mar. 2019.

SCALA, J. **Ideologia de Gênero**: o neototalitarismo e a morte da família. Zenit. 31 jan. 2012. Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/ideologia-de-genero-neototalitarismo-e-a-morte-da-familia/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SCOTT, J. **Gênero, uma categoria útil de análise histórica**. Mulher e realidade: mulher e educação. Porto Alegre, Vozes, v.16, n.2, 1990.

WILLIAMS, James. **Pós-estruturalismo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

RETIFICAÇÃO DO PRENOME E SEXO DAS PESSOAS TRANS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.

Edmilson Rodrigues de Sousa Junior

Cícera Amanda Guilherme Fernandes

Introdução

O Supremo Tribunal Federal, em março de 2018, reconheceu a possibilidade de alteração de prenome e sexo nos registros civis pelas pessoas transexuais. A decisão da Corte Constitucional brasileira simboliza uma conquista grandiosa dentro do contexto dos direitos das pessoas TRANS, tendo em vista os inúmeros inconvenientes e situações constrangedoras enfrentados por esta minoria diante de uma sociedade predominantemente segregante e discriminadora, que, via de regra, não reconhece à este grupo marginalizado o direito de manifestar plenamente a sua identidade sexual.

O artigo objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade foi o 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015), in verbis: o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. A petição inicial solicitava que fosse dada uma interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da referida lei, ensejando o reconhecimento do nome social das pessoas TRANS como apelido público notório e sua consequente identificação com o sexo oposto.

Segundo a petição da Procuradoria Geral da República, a interpretação do preceito legal em consonância com os artigos 1º, inciso III, 3º,

inciso IV, e 5º, caput e inciso X, da Carta Federal levava à possibilidade de mudança de sexo e prenome, por transexuais, no registro civil.

Conforme pesquisa realizada pelo GEDS (Grupo de Estudos em Direito e Sexualidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), os transexuais submetiam-se a um processo judicial bastante embaraçoso para a que seus documentos civis (cédula de identidade e certidão de nascimento) fossem retificados e na maioria das vezes o pedido era indeferido, geralmente fundamentado por motivos visivelmente discriminatórios, como a exigência de cirurgia transexualizadora ou de laudos psicopatologizantes. Quando os juízes deferiam os pedidos, a mudança consistia apenas na troca do nome originário pelo nome social nos documentos de identificação e averbação da mudança nos documentos do cartório. Toda essa rigidez não era observada quando os autores dos pedidos eram pessoas cisgêneras (não transexuais e não intersexuais).

A petição inicial do processo requeria que fosse feito como na experiência alemã, que permitia a mudança de prenome por transexual sem cirurgia. O Tribunal Constitucional Federal alemão condicionou a alteração no registro civil sem a cirurgia à faixa etária – ao menos 18 anos –, à convicção há 3 anos de pertencer ao gênero oposto ao biológico e à aferição da observância de alguns critérios eleitos por especialistas. Inclusive, essa situação baseou o voto do ministro relator do processo Marco Aurélio, como se verá adiante.

A pesquisa baseou-se no método dedutivo e serviu-se de um denso repertório de jurisprudências, notícias e artigos científicos, com fim de proporcionar máxima confiabilidade às teses e ideias no trabalho desenvolvidas. Os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal foram tomados como base de investigação e os autos do processo minuciosamente examinados. É importante destacar que não se teve acesso a todos os votos dos ministros, vez que não estavam ainda devidamente digitalizados. O acórdão do processo, até a data de envio deste trabalho, ainda não fora publicado também.

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a relevância da decisão judicial como um avanço conquistado principalmente pela efetividade do princípio da dignidade humana. O seu reconhecimento pela Corte Constitucional traduz-se como a consolidação dos Direitos Humanos e da democracia brasileira.

Dignidade humana: conceito, história, conteúdos mínimos e relações

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal lastreia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no ordenamento pátrio entre os princípios fundamentais da República (art. 1º, III, CF) e reconhecido como fundamento de todos os direitos humanos. Segundo André Ramos de Carvalho (2017, p.74), a dignidade humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, que o defende de tratamento degradante e qualquer discriminação, bem como assegura condições existenciais mínimas.

O princípio da dignidade humana é um conceito plural, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. A doutrina jurídica considera unanimemente que ele constitui um valor fundamental implícito às democracias constitucionais, ainda quando não é positivado nas constituições.

A dignidade humana não pode ser considerada um direito fundamental e autônomo, conforme ensina o professor Luiz Roberto Barroso. Ela é um princípio constitucional que fundamenta os direitos fundamentais e, além disso, serve como guia na atividade hermenêutica da lei, seja ela constitucional ou infraconstitucional:

A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO, 2014, p. 66).

Conforme os ensinamentos de Luiz Roberto Barroso (2014, p. 30), a dignidade humana é um conceito que remonta à Roma Antiga e era associado à pessoas de status social mais elevado ou instituições de Roma e permane-

ceu sendo entendida assim até o século XVIII. Durante todo este período, a dignidade não tinha ainda a conotação de direito humano. Seu sentido “era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios” (BARROSO, 2014, p. 14).

A dignidade humana não possui um conceito fechado até hoje, porque recebeu de várias fontes até chegar à denotação atual. A filosofia kantiana foi a mais expressiva nesse sentido ao estabelecer que os homens possuem um valor intrínseco e diferente dos objetos materiais. Sob a ótica kantiana, as coisas possuem um preço e em razão disso podem ser trocadas por outras, já o ser humano possui dignidade porque possui um valor interno, não podendo ser trocado por outro de mesmo valor. Sendo assim, aduz Luiz Roberto Barroso: “cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa” (2014, p. 72).

Não se pode negar, inclusive, a influência da teologia judaico-cristã na acepção atual da Dignidade humana. O Cristianismo pregava a igualdade entre os homens como um valor supremo. Nenhum homem era maior do que o outro ou melhor do que o outro. Portanto, todos os homens são igualmente dignos. Superada a antiga visão romana de dignidade, pôde o Cristianismo estabelecer então, que os seres humanos são iguais em dignidade, pelas características que lhe são naturais, não pela posição social que ostentam (PAMPLONA, 2002, p. 6).

A partir de então, a dignidade passou a ser vista como uma qualidade existencial humana e mais: qualidade que o distinguia das demais criaturas, vez que todos são feitos a imagem e semelhança de Deus, conforme o 26º verso bíblico do livro de Gênesis, capítulo 1. Forma-se a concepção de que os homens são iguais em dignidade e de que esta é inerente a todo ser humano.

Ao lado da religião e filosofia, existe um marco histórico importante: as atrocidades do nacional-socialismo e do fascismo durante a Segunda Guerra Mundial. Tendo em vista a devastação causada pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso dos países vitoriosos como uma das bases para a efetivação dos direitos humanos. Esse princípio foi transposto definitivamente para o mundo do Direito, por causa de dois fatores. O primeiro deles foi a adesão ao princípio em vários tratados e documentos internacionais de Direitos Humanos, bem

como em diversas constituições nacionais. O segundo fator foi o fortalecimento do Pós-positivismo, que uniu novamente o direito, a moral e a filosofia política, enfraquecendo a posição enrijecedora do Positivismo Jurídico. Nessa teoria jurídica renovada, na qual a interpretação das normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos, a dignidade humana desempenha um papel norteador.

Luiz Roberto Barroso constrói uma concepção mínima do que possa ser considerado dignidade humana. Segundo o autor, a dignidade comporta pelo menos 3 elementos fundamentais, quais sejam: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

O valor intrínseco corresponde a uma série de características inatas e comuns a todos os seres humanos, o que lhes confere uma posição especial dentro do mundo. É justamente por causa desse valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo mínimo que a dignidade humana é um valor que prescinde de qualquer outorga ou momento especial de concessão e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. Esse valor intrínseco da dignidade deu origem a vários direitos fundamentais amplamente reconhecidos pela Comunidade Internacional, como o direito à vida, direito à igualdade perante a lei e o direito à integridade física e mental.

Sobre o segundo elemento mínimo, ou seja, a autonomia, entende-se que constitui o plano ético da Dignidade humana. A autonomia é o direito de se autodeterminar em todas as direções da vida. É o direito de fazer o que quiser com a própria vida. Uma pessoa autônoma define as regras que governarão sua trajetória.

Quando se fala em autonomia nesse caso, não se está falando da autonomia moral, isto é, daquela que sofre restrições no meio social, seja pelo direito ou pelos costumes sociais. A autonomia de que se fala é a pessoal, justamente a que não pode ser suprimida por normas sociais ou pelo direito. São exemplos desse tipo a liberdade de pensamento religioso, escolha político-partidária, a escolha das vestimentas, dentre outras.

Ainda sobre os elementos mínimos da dignidade, pode-se citar o valor comunitário. É o elemento social da dignidade. Essa dimensão da dignidade diz respeito à interferência social no seio da autonomia individual. Segundo os ensinamentos de Barroso, há duas forças externas a moldar o indivíduo: 1. Os compromissos, valores e crenças comuns de um grupo social

e 2. As normas impostas pelo Estado. Conclui BARROSO (2014, p.87): “o indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas, assim como pela regulação estatal coercitiva”.

Os objetivos desse terceiro elemento são claros e altamente legítimos: através das restrições do corpo social ao indivíduo, protege-se o direito e a dignidade de terceiros, pois qualquer sociedade civilizada aplica punições para proteger valores e interesses relativos à vida, integridade física e psíquica, propriedade e costumes; protege a dignidade e o direito do próprio indivíduo; e por fim, protege os valores sociais compartilhados.

A imposição de restrições à conduta individual que constituem a dimensão comunitária da dignidade é feita baseando-se em três princípios. O primeiro deles é a existência ou não de um direito fundamental a ser atingido, o segundo é o dano potencial para a pessoa e para a comunidade e o terceiro é o grau de consenso social sobre a matéria.

Em relação ao primeiro elemento, BARROSO (2014, p. 96) faz uma distinção entre dois tipos de visões sobre a existência ou não de um direito a ser atingido:

Alguns autores reconhecem a existência de um direito geral à liberdade, ao lado das liberdades expressas e específicas, como a liberdade de religião e de expressão, entre outras. O direito geral à liberdade significa uma liberdade de ação geral que pode, contudo, ser limitada por qualquer norma legal que seja compatível com a constituição. As restrições sobre esse direito geral exigem apenas uma base racional, um interesse legítimo do Estado ou uma meta coletiva. Alguns outros autores, particularmente Ronald Dworkin, empregam um conceito mais restrito de liberdade básica — e não geral — que corresponde aos “direitos morais”; estes são os direitos substantivos verdadeiramente fundamentais. As liberdades básicas devem ser tratadas como trunfos contra decisões majoritárias, e as restrições sobre elas devem passar por um escrutínio mais estrito. Desse modo, a liberdade geral pode ser amplamente limitada, enquanto as liberdades básicas normalmente devem prevalecer sobre as metas coletivas em todas as situações que não as excepcionais.

Quanto ao segundo princípio norteador de restrições, o dano potencial a si mesmo e à comunidade é um consenso amplo nas sociedades democráticas e todas elas são simpáticas à razoabilidade das normas restritivas. Não se permite a aflição do direito alheio ou autoflagelação do indivíduo. Em relação ao terceiro elemento, aduz BARROSO (2014, p. 97):

Limitação da autonomia pessoal fundamentada na moral pública exige um consenso social forte. A proibição da pornografia infantil — mesmo no caso de representações gráficas, sem uma criança real envolvida — e a interdição do incesto são sérios candidatos a esse consenso. Porém, em uma sociedade democrática e pluralista, sempre existirão desacordos morais. Questões como pena de morte, aborto, uniões homoafetivas, hate speech (discurso de ódio), entre outras, serão invariavelmente controvertidas.

Dito isso, convém analisar qual relação lógica do referido princípio com a questão analisada pelo Supremo. Sabe-se que a irradiação do princípio da Dignidade Humana na interpretação das normas nacionais e o papel de outros princípios são objetos de amplo estudo na doutrina desde a superação da concepção segundo a qual os princípios não seriam normas jurídicas, mas apenas direcionamentos sem valor vinculante para o legislador e aplicador das leis.

Modernamente, a Constituição é tida como um sistema aberto de regras e princípios. As regras e princípios fazem parte do gênero norma jurídica, conforme ensina CANOTILHO (2009, p. 1159 – 1164) e em casos de difícil decisão os princípios são ponderados e aplicados ao caso concreto, conforme a consciência do julgador. Dessa forma, as regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios, justamente porque estes informam aquelas e não podem com elas conflitar. Se assim não suceder, o ordenamento jurídico carecerá de sentido.

Sob este prisma, o princípio da dignidade humana, no sentido que lhe é atribuído hoje, deve guiar a atividade hermenêutica do julgador. Não só por estar constitucionalizado como fundamento republicano, mas porque é um princípio de valor igual ao demais princípios. A dignidade nessa perspectiva, conforme os ensinamentos de Luiz Alberto David de Araújo (2000, p.73), garante aos transexuais o direito à retificação dos registros civis,

porque o desenvolvimento completo de sua personalidade passa inerrantemente por esta conformação e porque é seu direito ser reconhecido pelo Estado como se entende.

Portanto, a negação da retificação do prenome e sexo jurídico da pessoa TRANS ou travesti no registro civil nega a sua dignidade humana enquanto TRANS ou travesti, consoante isto nega a qualidade de fim em si mesmo a ela. O reconhecimento de sua identidade de gênero no âmbito público e privado passa certamente por isso.

A transexualidade: diferenças, conceito e história.

Sobre a temática, a pesquisa da socióloga Maria Berenice Bento é referência e no presente estudo far-se-á uma breve síntese dos conceitos relacionados à transexualidade. Em primeiro lugar, segundo os estudos feitos, existem dois tipos de conflito com as normas de gênero: a travestilidade e transexualidade.

As pessoas transexuais reivindicam da sociedade e de suas instituições que as reconheçam como integrantes do grupo de gênero do qual consideram participar. Se pertencentes ao gênero masculino, homens. Se pertencentes ao gênero feminino, mulheres.

De outro lado, as pessoas travestis não cobram com a mesma intensidade esse reconhecimento, ficando numa espécie de “limbo”. Se forem reconhecidas como mulheres ou homens, se darão por satisfeitas. Se não forem enquadradas nessas categorias, resignam-se com o que já conquistaram até agora.

Apesar dessa diferenciação, é importante destacar que o tema é controverso e a opinião deste trabalho baseia-se unicamente nos estudos da professora Maria Berenice Bento sobre a temática. Ela afirma que a travestilidade e a transexualidade estão longe de serem conceitos fechados e totalmente diferenciados. Muitos são os pontos de convergência e quando se pensa falar exclusivamente de um, fala-se também do outro. Afinal, para que fossem levadas as considerações mais recorrentes de que o transexual vivencia um fenômeno mais forte e deseja ou fez a cirurgia de redesignação sexual, significa excluir o indivíduo travesti da possibilidade de vivência do mesmo desejo. Isso é, de fato, problema metodológico e precisa ser equacionado cuidadosamente.

Outrossim, há ainda divergência entre a diferenciação do transexual em relação ao transgênero. A opinião mais comum sobre o fenômeno, no entanto, é a de que o transexual seria uma vertente mais radical do transgênero, pois teria o transexual repulsa tamanha ao sexo biológico, que não suportaria conviver com ele para o resto de sua vida. Diferença evidenciada nos transgêneros, que não sentem essa necessidade pungente.

Cientes dessa divergência, nada impede a elaboração de um conceito sobre o fenômeno da transexualidade com os elementos mais pacíficos e de ampla aceitabilidade pelos estudiosos do tema. Segundo Berenice Bento (2008, p. 11), a transexualidade é uma dimensão localizada dentro do espectro dos gêneros e possui como característica fundamental o conflito constante com as normas de gênero. As normas de gênero, por sua vez, são as imposições de comportamento e características atribuídas aos gêneros em sociedade, constituindo o que se chama binarismo de gênero.

A ideia de que as pessoas estão presas aos seus corpos, conforme apregoa o binarismo de gênero, começou a ser mais fortemente estabelecida a partir do século XVIII, com a superação do Isomorfismo através dos textos científicos que começavam a apontar a importância das diferenças de sexo na determinação dos comportamentos. Segundo o Isomorfismo, ideologia predominante até o século XVII, existia apenas um corpo e pelo menos dois gêneros, ou seja, as diferenças anatômicas e fisiológicas não eram levadas em consideração na determinação dos comportamentos.

Para o Isomorfismo a mulher era um homem invertido, isto é, as coisas que o homem tem à mostra, a mulher carrega escondidas dentro de si. Berenice Bento diz que “a vagina era vista como um pênis invertido, o útero era o escroto feminino, os ovários eram os testículos, a vulva era o prepúcio no homem” (2008, p. 26). Para os anatomistas anteriores ao século XVII, nada havia de anormal uma menina tornar-se menino após o rompimento dos ligamentos internos que impediam essa estrutura masculina invertida de descer e ficar visível. Tanto que registrou-se o caso de Germain Garnier, que viveu como menina até os 15 anos e após um movimento brusco teria rompido os ligamentos que prendiam as estruturas internas e foi considerada pelas autoridades municipais a partir de então como um garoto (BENTO, 2008, p. 27).

No final do século XIX, o Binarismo já estava quase completamente estabelecido. Conforme essa ideologia, todo corpo tem um sexo e a ciên-

cia faria as distinções em casos como o de Germain Garnier. A partir de então, os corpos sexuados serviriam de justificativa para explicar as diferenças existentes entre o masculino e o feminino. A diferença não era apenas observada em termos de órgão sexual, mas de diferenças anatômicas que nada tinham a ver com o gênero. Por exemplo, o tamanho do crânio, espessura da pele eram provas suficientes e cabais de que não há nada em comum entre os gêneros.

Nessa perspectiva encabeçada pela ciência, o feminino compreende apenas o corpo de mulheres e o masculino apenas o corpo de homens. O pensamento era de que existia uma essência em cada corpo, que não podia ser jamais alcançada por outro corpo. O viés torna-se mais ligado ao físico, ao natural, ao biológico. Diz BENTO (2008, p. 31):

Os atos das mulheres e dos homens são interpretados como a natureza falando em atos. Essa hipótese produz promessas fundadas nas idealizações de uma natureza perfeita, como é o exemplo do amor/instinto materno ou do homem naturalmente viril. Pelo dimorfismo, a organização social deveria ser ditada e orientada pela natureza. Nada se poderia fazer contra o império da natureza a não ser render-se a ela. A oposição binária que constitui o dimorfismo dos gêneros reduz todos os níveis da vida do sujeito. A sexualidade, as performances de gênero, a subjetividade e a identidade de gênero constituem campos marcados pela diferença sexual. Nessa lógica dicotômica não é possível fazer deslocamentos.

Para além dessas constatações, cabe ressaltar também que o transexual é vulnerabilizado desde a infância, afligido por xingamentos, olhares maliciosos e rejeições das mais variadas formas por pessoas que ignoram o processo de formação da identidade sexual e, mesmo assim, promovem o ódio e o desrespeito a um cidadão tão comum quanto elas e que não representa, absolutamente, ameaça alguma ao convívio social.

Portanto, a transexualidade demonstra que os indivíduos não são predestinados a cumprir os desejos de suas estruturas corpóreas. Como os gêneros são construções sociais, o indivíduo pode potencialmente não se enquadrar no gênero atribuído a si mesmo como o “socialmente correto”. A atitude de assim fazer põe em risco a própria pessoa, porque desobedece

às normas de gênero impostas e ao mesmo tempo revela a possibilidade de mudança dessas mesmas normas. Ora, se não há contraste, não há mudança.

A dignidade humana na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)

O princípio da dignidade da pessoa humana foi amplamente reconhecido nos votos dos ministros do Supremo e tem papel singular dentro do caso examinado pela Suprema Corte : “deverá servir de farol para a busca da efetividade dos direitos constitucionais do transexual” (ARAÚJO, 2000, p.73). Destarte, passa-se a analisar as referências ao citado princípio no voto dos ministros e suas fundamentações e desdobramentos para a efetivação do direito dos transexuais à retificação do prenome e sexo jurídicos nos documentos civis.

O ministro Celso de Mello reconheceu em seu voto a importância do julgamento para a consolidação dos direitos fundamentais das pessoas TRANS, aduzindo que o Supremo Tribunal Federal exerce função singular nesse sentido:

Trata-se, na realidade, de tema que [...] concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas transgêneros representam parcela minoritária da população. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar (2018, p. 10).

Foi consenso entre os ministros que a transexualidade é a expressão do livre desenvolvimento da personalidade, que é considerada pela doutrina brasileira como direito humano, e que deve ser reconhecida pelo Estado, a fim de proporcionar uma vida digna aos transexuais. O ministro Celso de Mello defendeu que “é arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que exclua, fomenta a intolerância e que desiguale as pessoas em razão de sua identidade de gênero” (2018, pag. 2).

Sob esse prisma, todo indivíduo deve receber um tratamento apropriado pela lei. A lei não pode proibir e nem obstar as pessoas de desenvolverem normalmente a sua identidade pessoal. Todos os ministros acordaram que todas as pessoas têm o direito fundamental à identidade de gênero e de serem tratadas em conformidade com sua autopercepção. Afinal de contas, ao Estado não cabe genitalizar as pessoas, mas reconhecê-las conforme se autoafirmam. Conforme o voto do ministro Celso de Mello:

Na realidade, o Estado não pode limitar, restringir, excluir, obstar ou embaraçar o exercício, por qualquer pessoa, de seus direitos à identidade de gênero, pois esse direito fundamental – decorrente do postulado constitucional consagrador da dignidade da pessoa humana – integra o complexo mínimo que se encerra no âmbito dos direitos da personalidade, a significar que o direito à autodeterminação sexual justifica e confere legitimidade à adequação da identidade da pessoa, segundo a percepção por ela própria revelada e assumida, ao conteúdo dos assentamentos registraes, que poderão ser alterados para assegurar o nome social do transgênero, independentemente da prévia realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização, mesmo porque não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero, nem é esse procedimento cirúrgico que constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito da personalidade (2018, p. 4).

O ministro Marco Aurélio, relator da ADI (ação direta de inconstitucionalidade), ratificou a mesma perspectiva garantista de não ingerência do Estado na compreensão identitária do indivíduo:

A tutela estatal deve levar em conta a complexidade ínsita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada (2018, pag.3).

Ainda segundo o voto do ministro relator, “é tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana” (2018, p. 5). Sob esse ponto de vista, portanto, não cabe ao Estado potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais. Pelo contrário, é dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, sem permitir que esse estranhamento tão corriqueiro na vida das pessoas TRANS seja intensificado.

Por fim, arremata o relator que “as alterações decorrem da dignidade humana, presente incompatibilidade da morfologia sexual com o gênero. Legitima-se a modificação para permitir que a pessoa possa viver plenamente em sociedade” (2018, pag. 6). Afirma ainda que é “impossível, juridicamente, impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana” (2018, pag. 6).

O julgamento da questão sustenta-se no reconhecimento dos direitos fundamentais e que pelo caráter de essencialidade desses direitos, não pode o Estado desrespeitá-los, cumprindo o dever de tão somente propiciar a efetivação desses direitos e estimular que as instituições assim o façam. Conforme o voto do Ministro Celso de Mello:

A proposta ora veiculada nesta sede de controle abstrato encontra suporte legitimador em postulados fundamentais, como os da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade e, sobretudo, o da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o valor fundante da dignidade da pessoa humana (2018, pag.6).

O ministro Edson Fachin baseou seu voto na publicação da opinião consultiva sobre “Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo”, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte, aduzindo que a identidade de gênero também está relacionada à ideia de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e eleger de forma livre suas opções e circunstâncias existenciais, conforme as suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada.

Para o ministro Edson Fachin (2018, p. 10), reconhecer da identidade de gênero significa reconhecer que o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre de cada pessoa, sem sujeitar o indivíduo à sua genitália. Dessa forma, as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer terminam sendo traços que dependem do sentimento da pessoa que vivencia a transexualidade, como ficou assinalado acima.

Ademais, o Ministro Edson Fachin argumentou que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é um constitutivo do princípio da dignidade humana e que é muito importante que esse reconhecimento se efetive, pois servirá de garantia ao gozo dos direitos humanos da população TRANS. Finalizando o seu voto, concluiu o ministro Edson Fachin:

Figura-me inviável e completamente atentatório aos princípios da dignidade da pessoa humana, da integridade física e da autonomia da vontade, condicionar o exercício do legítimo direito à identidade à realização de um procedimento cirúrgico ou de qualquer outro meio de se atestar a identidade de uma pessoa. Evidencia-se, assim, com olhar solidário e empático sobre o outro, que inadmitir a alteração do gênero no assento de registro civil é atitude absolutamente violadora de sua dignidade e de sua liberdade de ser, na medida em que não reconhece sua identidade sexual, negando-lhe o pleno exercício de sua afirmação pública (2018, p. 14 e 15).

Celso de Mello ainda lembrou do documento internacional mais importante em termos de direitos humanos dos transexuais: os princípios de YOGIAKARTA, que constituem postulados básicos, reconhecidos pela

comunidade internacional, referentes à aplicação da legislação sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero. Esse documento foi apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU por especialistas de diversas nacionalidades e ratificado pelo Brasil. Conforme o princípio número 3:

“Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero”.

Conclusão

Diante de todas essas constatações, conclui-se que a dignidade humana deve ser o princípio norteador na efetivação dos direitos fundamentais, constituindo-se como o centro do ordenamento jurídico-democrático brasileiro e servindo de base hermenêutica para a leitura dos direitos constitucionais e infraconstitucionais. O conteúdo mínimo deste princípio triparte-se em valor intrínseco, conjuntos de caracteres inatos ao ser humano; em autonomia, capacidade de se autodeterminar; e o valor comunitário, marcado pela influência social no comportamento individual.

Ademais, a transexualidade caracteriza-se pelo confronto do indivíduo com as normas de gênero dominante e a sua existência demonstra que os indivíduos não são predestinados a cumprir os desejos de seus corpos, revelando a identidade de gênero como desenvolvimento da personalidade humana não passível de interferência estatal.

Dessa forma, o reconhecimento do direito à retificação do prenome e sexo jurídico da pessoa transexual é inegável efetivação do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais da população transexual, primeiro porque promove e permite o pleno desenvolvimento da personalidade dos transexuais, impedindo o Estado de genitalizar a pessoa hu-

mana, segundo porque guarda obediência aos tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e terceiro, porque contribui na proteção das minorias contra excessos e desmandos da maioria, garantindo seus direitos e combatendo os efeitos degradantes dos preconceitos e discriminações.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 60-110 p.

BENTO, Berenice Alves de Melo. *O que é transexualidade*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 132 p.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 3 p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade de nº 4275/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Voto do ministro Celso de Mello, 21 de julho de 2009. Disponível em: < <file:///C:/Users/Rayanna/Downloads/ADI%204275.pdf> >. Acesso em: 10 de fevereiro 2018.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Voto do Ministro Edson Fachin, 21 de julho de 2009. Disponível em: < <file:///C:/Users/Rayanna/Downloads/ADI%204275.pdf> >. Acesso em: 10 de fevereiro 2018.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**, Voto do ministro Marco Aurélio, 21 de julho de 2009. Disponível em: < <file:///C:/Users/Rayanna/Downloads/ADI%204275.pdf> >. Acesso em: 10 de fevereiro 2018.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n° 4275/DF- Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Pedido de ingresso como Amici Curiae, 21 de julho de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?-seqobjetoincidente=2691371> >. Acesso em: 10 de fevereiro 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 1159-1164.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: < http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf >. Acesso em: 10 de fevereiro 2018.

PAMPLONA, F. E. **A dignidade da pessoa humana na ordem constitucional democrática**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017., p. 74.

MAIS AMOR, POR FAVOR: DIREITO À INFORMAÇÃO, DISCURSOS DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS E A CONSEQUENTE VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS

Kaoanne Wolf Krawczak

INTRODUÇÃO

O artigo em questão visa trazer à luz as manifestações via redes sociais, as quais são diariamente realizadas de forma odiosa, por milhares de internautas. Negros, mulheres, deficientes físicos, bem como a população LGBT sofrem cotidianamente uma avalanche de comentários onde o ódio e o preconceito são alavancados, sem que haja, na maioria dos casos a devida punição.

No Brasil, onde mais morrem travestis e transexuais no mundo, e nas redes sociais a disseminação do preconceito e a “violência invisível” são corriqueiras. Mulheres e homens transexuais são vítimas de internautas que escondem seu preconceito e sua transfobia atrás de uma tela de computador. Tanto na sociologia, bem como na Literatura, o brasileiro foi chamado diversas vezes de cordial e hospitaleiro, contudo, nas redes sociais não é isso o que em regra acontece. Os discursos de ódio e a incitação à violência, além da falta de responsabilidade e humanidade ao lidar com a diferença, faz com que muitos internautas acabem agindo de forma preconceituosa, dizimando comentários corrosivos, ofensivos e gratuitos que mostram como a educação e os bons princípios estão perdendo para a onda de ódio e violência atual.

Desta forma o presente artigo tratará a questão dos discursos de ódio praticados nas redes sociais, em especial os discursos ofertados às pessoas trans. Para a realização deste utilizou-se do método hipotético-dedutivo, através de revisão bibliográfica, sendo que o artigo em questão divide-se em dois tópicos, quais sejam: o discurso de ódio nas redes sociais contra as minorias, e o discurso de ódio nas redes sociais e a consequente violência contra transexuais.

1 O DIREITO À INFORMAÇÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS CONTRA AS MINORIAS

Um dos maiores marcos do século XX foi o surgimento e a disseminação da , a rede mundial de computadores. Assim, conforme (LUCENA, 2012, s.p.), com a “praticamente todos os tipos de interação humana foram dinamizados e acelerados, sendo responsável por novos tipos de relações sociais e comerciais”. O impacto e a influência da nos últimos anos são consideráveis, e o Brasil, particularmente, é um fenômeno mundial no que diz respeito à utilização da rede mundial de computadores.

Com base nos dados do Ibope Nielsen Online (LUCENA, 2012, s.p.)

o Brasil terminou o ano de 2009 com 66,3 milhões de pessoas acessando a rede mundial. Não apenas isso, mas é um dos países onde se passa mais tempo online. Os brasileiros acessam em média 44 horas por mês, ficando a frente dos Estados Unidos, com 40 horas, da Austrália, com 39 horas, e do Reino Unido, com 37 horas. Se contarmos o uso de aplicativos, essa média subiu para 66 horas em dezembro de 2009.

Com o aumento da tecnologia a serviço da comunicação, o fácil acesso da sociedade a grandes quantidades de informação vem crescendo de forma incalculável, e pode-se inferir que grande parte desse fácil acesso foi alavancado pelo surgimento e explosão da . Assim, segundo Wurman (1991, p. 312),

A explosão da informação não ocorreu apenas devido a um volume maior de informação. Avanços na tecnologia de transmissão e de

armazenamento também influem. Somos afetados tanto pelo fluxo quanto pela produção de informação.

Ao passo que em 2008, O Comitê Gestor da no Brasil revelou a “existência de 60 milhões de usuários de computadores no Brasil (38% da população) e 54 milhões de usuários de (34% da população)”. (2012, CORDEIRO, s.p.) Assim, “o Brasil é considerado o sexto maior usuário mundial de”. (s.p.)

Entretanto, as tecnologias, a comunicação e as emergentes relações de sociabilidade certamente não são as únicas, mas sim as mais visíveis características do nosso tempo. De modo que as redes sociais digitais despertaram novos fenômenos nas modalidades de

comunicação e interação entre as pessoas e as informações que são propagadas, adaptadas e configuradas para seus receptores, contudo, os novos mecanismos de comunicação não deixaram de atuar e constituir-se como ambiente de trocas e mediação social. (ALVES; MOURA, 2016, p. 3)

Segundo Thompson, a mídia é constituída através de seu poder simbólico, e pode ser caracterizada pela “capacidade de intervir no curso dos acontecimentos, de influenciar as ações dos outros e produzir eventos por meio da produção e da transmissão de formas simbólicas”. (THOMPSON, 1995, p. 24) Através das concepções de Bauman (2005), quando se afirma que os acontecimentos no mundo contemporâneo se tornaram transitórios, fluidos e nômades, podemos utilizar as ideias de Thompson (1995) em relação ao poder simbólico da mídia para caracterizar a pluralidade dos arranjos das mídias sociais pós-modernas.

Assim, com o crescimento gradual do uso das redes sociais conectadas à possibilitou-se novas formas e processos de comunicação. Neste contexto, algumas práticas sociais afloraram no universo das redes on-line. Entre elas, a violência simbólica que, nas palavras de Bourdieu, é uma “violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento”. (BORDIEU, 1989,

p.7-8) Ao passo que, utilizar as redes sociais parece inofensivo para alguns usuários, porém, a incitação à violência no Facebook – uma rede social que tem a possibilidade de alcançar milhões de pessoas –, pode ser capaz de transformar a realidade de determinados indivíduos, algumas vezes, de forma irreversível, a construção de uma cidadania e de uma sociedade igualitária e justa.

Ao passo que na sociedade pós-moderna com valores líquidos e mutáveis (BAUMAN, 2005), a violência se faz visível nos mais diversos níveis sociais. Tudo isto implica em “um novo tipo de relacionamento do indivíduo com referências concretas ou com o que se tem convencionalmente designar como verdade, ou seja, uma outra condição antropológica”. (SODRÉ, 2010, p. 27) Essa nova realidade que se apresenta é marcada pela otimização de interações propiciadas pelas mídias sociais, denominadas por Sodré de tecnocultura, a qual é caracterizada pelo consumismo, individualismo e surtos homofóbicos, xenofóbicos, misóginos e racistas, ou seja, uma transformação das formas tradicionais de sociabilização, aliada a uma nova tecnologia perceptiva e mental. Ao passo que, certos grupos se encontram em posições de maior vulnerabilidade, pois “uma das causas centrais da violência na contemporaneidade é a negação da diferença. O não reconhecimento do outro como pessoa”. (MAGALHÃES; SOUZA, 2011, p. 54)

É nesse processo que se delinea na contemporaneidade, portanto, que vemos a intersecção de fatores como experiência, valores, crenças dos atores que estão engajados em processos de interação mediada em ambientes virtuais. Com base nisso, o aspecto, sobretudo, da dificuldade da aceitação do outro e da projeção do outro como dissidente, que são parte de práticas hegemônicas e consolidadas no tecido social, é aquele que o nosso olhar e recortes contemplam, à medida que cremos ser necessário problematizar as questões relativas a essa eticidade e a tais modalidades de mediação. (SAMUEL *et al.*, 2011, p. 2)

Com o crescimento gradual do uso da , que revolucionou as maneiras do ser humano se comunica, ganharam destaque as redes sociais, devido a facilidade de divulgação de conteúdos. Entre as redes sociais mais

populares no Brasil – e no mundo –, se encontra o Facebook, inventado “em 2004 por David Zuckeberg, acidentalmente depois que ele invadiu os computadores da Universidade de Harvard em busca de fotos das alunas.” (ALVES; MOURA, 2016, p. 3) Depois de “uma suspensão de seis meses, ele aperfeiçoou a rede tal como a conhecemos hoje”. (p. 3)

Hoje, o Facebook tem 1,23 bilhão de usuários, recebe diariamente 4,75 bilhões de conteúdos, fatura 7,8 bilhões de dólares ao ano e possui 6.336 funcionários espalhados em 36 escritórios ao redor do planeta. Nessa década, chegou aonde nenhuma outra rede virtual ousou ir (MySpace que o diga...) e superou grandes desafios, como a migração acelerada dos usuários dos tradicionais desktops para os dispositivos móveis. (VEJA ONLINE, 2014, s.p.)

De acordo com matéria publicada pela site G1 em abril de 2016 (G1, 2014, s.p.)

O Facebook anunciou nessa quarta-feira (27) que a rede social é acessada por um bilhão de usuários de todo o mundo todos os dias. Os dados são referentes ao primeiro trimestre de 2016 e constam do balanço financeiro da empresa, que também apontam o número de adeptos de outros aplicativos, como os serviços de bate-papo WhatsApp e Messenger, além da rede social de fotos Instagram. O número de usuários diários do Facebook aumentou 16%, com a adesão das pessoas aos aparelhos móveis. No ano passado, a rede social comemorou ter conectado mais de bilhão de usuários em um único dia, mas somente neste trimestre esse nível de acesso foi constante.

De forma que o crescimento do uso do Facebook no Brasil, nos últimos anos, trouxe novos aspectos e problemáticas para os processos de comunicação e para os discursos que precisam e clamam por serem analisados. Esses novos contextos permitem, também, que novas e antigas práticas sociais se fortaleçam e se popularizem nas redes sociais.

Entretanto, apesar do mundo virtual servir como mecanismo privilegiado de projeção do ser humano, tal qual um espelho, ele também virtualmente reflete os aspectos pouco promissores da realidade palpável. Pois,

através da rede, o homem comete ilícitos, propaga mensagens de conteúdo prejudicial, viola direitos fundamentais dos demais usuários, ou seja, dissemina discursos de ódio, o qual pode ser entendido como “uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor.” (SILVA, 2011, p. 447)

A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar. (SILVA, 2011, p. 447)

Desse modo, nas palavras de Jeremy Waldron (2010), o problema começa e se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada. Nessa situação, o discurso existe, está ao alcance daqueles a quem busca denegrir e daqueles a quem busca incitar contra os denegridos, e está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos. O discurso de ódio manifesta discriminação, ou seja, desprezo por pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo. Essas pessoas são referidas como inferiores, ou ainda, parafraseando Waldron, são tidas como indignas da mesma cidadania dos emissores dessa opinião.

Enfatizando esse teor discriminatório, tem-se a definição de Winfried Brugger para este tipo de discurso, pois “[refere-se a] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. (BRUGGER, 2007, p. 118)

Portanto, é nas entrelinhas e nos desvios de condutas que aparecem os discursos de ódio propagados e compartilhados nas redes sociais, pois

os usuários que praticam tais atos acreditam que estão protegidos pelo anonimato que supostamente a oferece. Assim, baseados nessa suposta “invisibilidade online”, os usuários promovem ataques pessoais a pessoas comuns e a personalidades que se destacam na sociedade, mas principalmente, as pessoas que se encaixam em grupos de maior vulnerabilidade. Entre esses grupos em posição de vulnerabilidade, os transexuais são as principais vítimas dos discursos de ódio nas redes sociais, assim, por se tratar do tema principal deste trabalho, trataremos desse assunto com maior precisão no próximo tópico.

2 O DISCURSO DE ÓDIO NAS REDES SOCIAIS E A CONSEQUENTE VIOLÊNCIA CONTRA TRANSEXUAIS

Nos últimos anos, o número de pessoas conectadas tem crescido de forma vertiginosa e, conseqüentemente, a utilização das redes sociais virtuais tem ganhado seus dias de fama. Com isso, o cotidiano de muitos sujeitos-navegadores passou a ser discursivizado na rede com o efeito de relatar experiências pessoais, trocar e divulgar informações de uma localidade ou comunidades específicas, fazer falar posicionamentos sobre temas cotidianos e ainda estabelecer laços afetivos. Esse formato promoveu a abertura aos processos de convergência tecnológica e midiática no qual o sujeito passa a interagir através dos diversos dispositivos de forma instantânea, e reunir diversas informações provindas de diversos tantos outros lugares e transmiti-las de forma veloz e de modo desterritorializado.

Entretanto, todo esse processo também tem gerado conseqüências, pois através dessa propagação de mensagens instantâneas alguns sujeitos tem se aproveitado da ‘invisibilidade’ proporcionada pela para propagar discursos de ódio, com conteúdos prejudiciais a certos sujeitos, violando os direitos fundamentais de muitos usuários. Os usuários mais atacados por esses discursos de ódio que manifestam discriminação e desprezo, são grupos vulneráveis socialmente, como os transexuais, que a cada dia são vítimas dos mais terríveis ataques na .

Assim, para melhor entendimento, cabe aqui um conceito do que se entende por transexual, de modo que Diniz (1998, p. 604), define o transexual como

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...] 2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...] 3. [...] é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Já na conceituação de Vieira (2000, p. 89),

o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma “incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica” (SUTTER, 1993, p. 105), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores da transexualidade. O simples fato de possuírem essa incompatibilidade faz dos transexuais a cada dia vítimas dos mais diversos discursos de ódio nas redes sociais. Porém, essa discriminação tem ultrapassado os limites da e se materializado em violências físicas.

Para confirmar tal afirmação, seguem dados do relatório anual do Grupo Gay da Bahia (CAZARRÉ, 2017), uma organização nacional dedicada a combater a violência contra LGBT brasileiros, segundo a qual houve um aumento de 21% em assassinatos de pessoas LGBTs entre 2011 e 2012, elevando o número total de vítimas de 266 para 338. De modo que, conforme CAZARRÉ (2017, s.p.),

entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país, segundo pesquisa da organização não governamental (ONG) Transgender Europe (TGEU), rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero.

O que nos leva a afirmação de que “o Brasil é o país que mais mata [...] transexuais no mundo”. (CAZARRÉ, 2017, s.p.) Sendo que, para os

especialistas esses casos de opressão e violência física são incentivados por discursos intolerantes praticados nas redes sociais. O exemplo mais conhecido de violência contra transexuais é o caso Verônica Bolina: a transexual que foi violentamente agredida por policiais, Bolina teve os cabelos cortados, a roupa rasgada, o corpo exposto e marcado por operadores da lei, e tudo isso dentro de uma delegacia.

Depois que vi a foto de Verônica Bolina, fui invadida por uma sensação de tristeza sem nome. Uma mulher negra, com seios expostos, o rosto completamente deformado por agressões de policiais, cabelos cortados, estirada no chão. Essa cena aconteceu dentro de uma delegacia, portanto, eram os operadores das normas legais os responsáveis pelo desejo, encarnado em cada hematoma no corpo de Verônica, de matá-la [...] O corpo de Verônica é um arquivo vivo. (BENTO, 2015, p. 30)

O caso de Verônica Bolina repercutiu amplamente nas mídias, comprovando o que todos já sabem: a violência contra as pessoas trans é uma realidade brasileira. E que os maiores responsáveis por grande parte das agressões são os policiais, conforme apontaram diversas pesquisas, pois “é das relações sociais mais difusas que o Estado retira sua legitimidade para matar as pessoas trans”. (BENTO, 2015, p. 30)

Outro exemplo, dessa discriminação ocorreu dentro de uma instituição pública, é o caso da adolescente transgênera que teve 2 fotos e a ficha de seu alistamento militar postados na web por um cabo que participava do processo.

Uma transexual de 18 anos denunciou ter sido constrangida em um processo de alistamento militar em Osasco, na região metropolitana de São Paulo. A estudante de administração Marianna Lively, de 18 anos, disse que teve fotos dela e de seus documentos pessoais – com seu nome de nascimento e telefone – tiradas e depois vazadas em grupos de WhatsApp por um cabo que participava do processo, no quartel do complexo militar de Quintaúna, no bairro do mesmo nome. O episódio [...] foi registrado em boletim de ocorrência [...] Foram publicadas três imagens nas redes – duas

que mostram a jovem em pé em um pátio do quartel, e o outra do certificado de alistamento militar [...] De acordo com ela, o documento já estava em posse dos servidores do Exército, que precisavam assiná-lo antes de liberá-la. (TOLEDO, 2015, s.p.)

Ao passo que, outro caso notório ocorreu em 2016 com “a morte do ambulante Luís Carlos Ruas, espancado na noite de natal por dois homens, em uma estação de metrô em São Paulo, ao defender moradores de rua e travestis”. (AGÊNCIA BRASIL, 2016, s.p.) Mas os casos de violência foram muito além, e em 8 (oito) de agosto a Polícia Militar do Mato Grosso encontrou um corpo estirado na entrada de uma fazenda em Cuiabá: “era o da travesti Tiffany Rodrigues, 23. Segundo a perícia, antes de ser morta por estrangulamento, ela foi torturada, levou pancadas na cabeça e teve seus órgãos genitais queimados com cigarro”. (MADEIRO, 2017, s.p.) Este é um dos casos que comprova os dados da Rede Trans Brasil, instituição com sede no Rio de Janeiro, responsável por apurar a situação de travestis e transexuais no Brasil, o qual nos diz que “das 171 mortes, 45 (ou 26% do total) foram causadas por agressões bárbaras: pauladas, pedradas, mutiladas, estranguladas, queimadas, esquartejadas ou vítimas de agressões físicas até o óbito”. (s.p.)

Outro caso que teve muito destaque aconteceu em 2017 com a transexual Dandara: brutalmente espancada e morta em Fortaleza no dia 15 de fevereiro por pelo menos 5 (cinco) homens. O assassinato de Dandara dos Santos, de 42 anos causou muita “repercussão nas redes sociais após o compartilhamento do vídeo que mostra a travesti sendo agredida por um grupo no meio da rua”. (XEREZ; SOBRAL, 2017, s.p.) O vídeo foi gravado e divulgado nas redes sociais por um dos cinco agressores (dos quais 2 eram adolescentes) e mostra parte de toda a violência sofrida pela transexual.

“Suba, suba! Não vai subir, não?!” , bradam agressivamente três homens, em vídeo, enquanto Dandara, sentada ao chão, mal consegue se mover. Ela chora. Um dos homens tira do pé o chinelo e o utiliza para bater na cabeça dela. Chama Dandara de “viado ‘fêi’”. Chutes e tapas vêm de todo lado em direção ao único alvo. A travesti sangra e tenta subir no carrinho de mão enferrujado apontado por seus algozes. Não consegue. “Sobe logo! A ‘mundiça’ tá de calcinha e tudo”, zomba outro que filma, antes de um quarto garoto aparecer e chutar diretamente o crânio de Dandara. Depois disso, as agressões miram só ali: na cabeça loura-

-avermelhada que resulta da mistura de cabelo e sangue. Ela tenta levantar. Um quinto homem surge com um pedaço de madeira quase do próprio tamanho e o utiliza para bater repetidas vezes nela, que já não se sustenta. Juntos, os cinco levantam Dandara e a jogam no carrinho. Levam sabe lá para onde. É encerrado com um minuto e 20 segundos o vídeo da tortura. (SEVERO, 2017, s.p.)

Diante dos relatos sobre casos de violência contra transexuais até aqui expostos, ficou evidente que a crueldade está presente em todos eles, o que comprova que a intolerância é um dos agravantes em quase 99% desses tipos de crimes, assim como a vulnerabilidade desses grupos, “que geralmente estão nas ruas em condições mais marginalizadas, envolvidas com prostituição e uso de drogas devido à exclusão sofrida em outros espaços da sociedade” (AGÊNCIA BRASIL, 2016, s.p.), conforme Luiz Mott, antropólogo fundador do Grupo Gay da Bahia (GGB). Esta também é a opinião compartilhada por outras organizações de defesa dos direitos das pessoas trans.

O exemplo mais notório dessa intolerância, e de indignação social diante dos diferentes, é a repercussão polêmica que ocorreu após a transexual Viviany Belebony atuar de forma a representar Jesus crucificado durante a 19ª Parada do Orgulho LGBT em 07 de junho de 2015, em São Paulo. Ela só queria protestar contra a homofobia sofrida diariamente pelos transexuais, mas a grande maioria sequer prestou atenção na mensagem que ela tentava trazer. Como ela mesma nos diz, “usei as marcas de Jesus, humilhado, agredido e morto. Justamente o que tem acontecido com muita gente no meio GLS. (DANTAS, 2015, s.p.)

Nesse sentido, a linha entre uma ameaça virtual, um comentário maldoso, o preconceito e uma ação criminoso é muito tênue. Nas redes sociais, é possível expressar muitos sentimentos, e tornar público tanto o amor, como o ódio e o preconceito. Assim, é imprescindível que as redes sociais sejam utilizadas de forma consciente e que a intolerância deixe de se fazer presente. Respeitar o outro, respeitar o igual e o diferente, simplesmente respeitar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez está mais fácil se deparar com discursos de ódio nas redes sociais, são pessoas que usam dos novos meios de comunicação para qua-

se sempre repetir o que ouvem, sem conferir a veracidade dos fatos. Os discursos de ódio que vem crescendo cada vez mais não acrescentam em nada, pelo contrário, só fazem perceber o quanto às pessoas são rasas em argumentos que na maioria dos casos estão fundamentados em ideias falsas. O fato de estar atrás de uma tela de computador, celular ou qualquer outro aparelho não deve ser usada como justificativa para a propagação do ódio, como se estivesse em um “mundo sem lei”, sem punições.

Desta forma, é preciso conhecimento e empatia com o próximo, para entender que no mundo convive-se com iguais e diferentes e que é preciso respeitar as escolhas de cada ser humano. Ataques contra a população LGBT evidenciam a lesbofobia, homofobia, bifobia e transfobia e o quanto estas são presentes no cotidiano, na sociedade. Assim, Qualquer pessoa que se desvie dos padrões heteronormativos recebe uma carga de ódio, reflexo do preconceito arraigado em nossa cultura que tem se mostrado em ações cada vez mais extremas. Desta forma, é preciso que se lute por um mundo mais igualitário para todas as pessoas, por uma sociedade que reconheça e reveja seus preconceitos, seus privilégios e sua exclusão. Por fim, é preciso resistir.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Homicídios de gays, lésbicas, bissexuais, transvestis e transexuais deverão ter recorde em 2016**. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/>. Acesso em: 17 set 2017.

ALVES, Carlos Jordan Lapa; MOURA, Sérgio Arruda de. **Facebook como panóptico moderno: como a vontade de controle emana do indivíduo**. Anais [...] Universidade Estadual do Norte Fluminense, jun/2016. Disponível em: <http://evidosol.textolivre.org>. Acesso em: 15 set 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Z. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: **Garamond**; 2006.

BENTO, Berenice. **Verônica Bolina e o transfeminicídio no Brasil**. Revista Cult, edição 202, junho 2015. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/veronica-bolina-e-o-transfeminicidio-no-brasil/>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15, n. 117, jan/mar 2007, p. 117-136.

CAZARRÉ, Marieta. **Com 600 mortes em seis anos**, Brasil é o que mais mata travestis e transexuais. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/dire>. Acesso em: 17 set 2017.

CORDEIRO, Marina. **O desvio social na rede mundial de computadores**. E-GOV: UFSC, abr 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-desvio-social-na-rede-mundial-de-computadores>. Acesso em 14 set 2017.

DANTAS, Carolina. **‘Representei a dor que sentimos’, diz transexual ‘crucificada’ na Parada Gay**. São Paulo: G1, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/06/representei-dor-que-sentimos-diz-transexual-crucificada-na-parada-gay.html>. Acesso em: 16 set 2017.

DINIZ, Maria Helena. Transexual. *In*: **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

G1. **Facebook atinge marca de 1 bilhão de usuários todos os dias**. Grupo Gay da Bahia. Assassinato de homossexuais (lgbt) no Brasil: relatório 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/04/facebook-atinge-marca-de-1-bilhao-de-usuarios-todos-os-dias.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

LUCENA, Mariana Barrêto Nóbrega de. O desvio social na rede mundial de computadores. Aspectos sociológicos e psicológicos dos in-

- divíduos pertencentes às subculturas criminais da internet. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n 3128, 24 jan.2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20921>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- MADEIRO, Carlos. **Crueldade nos homicídios de pessoas trans indica intolerância e “aviso”, dizem especialistas**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2017>. Acesso em: 17 set 2017.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro. Violência e modernidade. In: ROSÁRIO, Ângela Buciano; KYRILLOS NETO, Fuad; MOREIRA, Jacqueline de Oliveira (Org.). **Faces da violência na contemporaneidade: sociedade e clínica**. Barbacena: EdUEMG, 2011.
- SAMUEL; Kristopher-Jon Peter *et. al.* **Redes de ódios sociais: a difusão de preconceitos contra gênero e orientação sexual no Facebook**. Anais [...] Manaus: 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/tematica/article/view/26526>. Acesso em: 31 mar. 2019.
- SEVERO, Luane. **Travesti é espancada até a morte no Bom Jardim**. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2017/03/travesti-e-espancada-ate-a-morte-no-bom-jardim.html>. Acesso em: 17 set 2017.
- SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehman; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais. **Revista de Direito FGV**, São Paulo, n. 7, v. 2, jul./dez 2011, p. 445-468. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/discursos-de-odio-redes-sociais-jurisprudencia-brasileira>. Acesso em: 18 Mar. 2018.
- SODRÉ, Muniz. **Antropológica do espelho: uma teoria da comunicação linear e em rede**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- THOMPSON, John B.. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução: Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.
- TOLEDO, Luiz Fernando. Transexual denuncia constrangimento em alistamento militar em Osasco. **O Estado de São Paulo**, set. 2015. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,transexual-denuncia-constrangimento-em-alistamento-militar-em-osasco,1770790>. Acesso em: 17 set 2017.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>. Acesso em 14 set 2017.
- VEJA ONLINE (Brasil). **Facebook**, 10 anos. 2014. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/reportagens-especiais/10-anos-facebook/>. Acesso em: 17 set 2017.
- XEREZ, Gioras; SOBRAL, Viviane. **‘Momento de desespero e choro’**, diz mãe da travesti Dandara, morta no CE. Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/momento-de-desespero-e-choro-diz-mae-da-travesti-dandara-morta-no-ce.html>. Acesso em: 10 abr 2019.
- WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. **Harvard Law Review**, v.123, n.1596, 2010. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2010/05/dignity-and-defamation-the-visibility-of-hate/>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- WURMAN, Richard. Saul. **Ansiedade de informação**: como transformar informação em compreensão. São Paulo: Cultura, 1991.

DIGA NÃO A PATOLOGIZAÇÃO! DIREITO À SAÚDE, IDENTIDADE DE GÊNERO E A NECESSIDADE DE DESPATOLOGIZAR A TRANSEXUALIDADE

Kaoanne Wolf Krawczak

INTRODUÇÃO

Atualmente a transexualidade está em evidência inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e capítulos de novela. Porém, a transexualidade é ainda tratada com muito preconceito, pois a/o transexual ainda é um ser estranho e risível, resultando em um ciclo social muito restrito. No ano de 1994 o Comitê do DSM-IV substituiu o diagnóstico ‘Transexualismo’ pelo ‘Transtorno de Identidade de Gênero’, sendo que ainda hoje, para que seja realizada a cirurgia de redesignação sexual o sujeito necessita deste “diagnóstico”. Quanto à patologização da transexualidade, assim como ocorreu com a homoafetividade, o momento patologizador serviu para que se afastasse a transexualidade do campo moral, do conceito de perversão, para que adentrasse o campo da doença. A transexual /o transexual deixaram de ser devassos ou pecadores para tornarem-se doentes aos olhos da medicina.

Contudo, é preciso compreender que o fato de alguém não se identificar com o seu gênero de nascimento (com sua biologia), não tem nada a ver com um transtorno de qualquer ordem. O Conselho Federal de Medicina assevera que essa não identificação com o sexo psicológico não pode ser

confundido com uma anomalia, pois apresenta traços específicos, de caráter contínuo e permanente. E é justamente por este motivo que a cirurgia de redesignação de sexo é considerada como “correta, válida e necessária”, embora o diagnóstico seja necessário para a autorização da realização da cirurgia. Assim, tal artigo busca observar os efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), que na maioria das vezes causa implicações estigmatizantes e discriminatórias.

1 IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUALIDADE: CONCEITOS NECESSÁRIOS

Na teoria social muito tem se discutido sobre a questão da identidade, com o declínio das velhas identidades e o surgimento de novas, levando ao fragmento do indivíduo moderno, antes tido como sujeito unificado. Assim, está instalada a ‘crise de identidade’. “O próprio conceito [...] ‘identidade’ é [...] complexo, muito pouco desenvolvido e muito pouco compreendido na ciência social contemporânea”. (HALL, 2006, p. 8) De modo que mudanças estruturais estão transformando as sociedades, fragmentando as paisagens culturais – de gênero, sexualidade, raça, classe, nacionalidade e etnia; e, mudando nossas identidades pessoais, com a perda de um ‘sentido de si’, deslocando o sujeito, gerando uma ‘crise de identidade’.

Ao passo que Bauman (2003, p. 21) explica que “ ‘Identidade’ significa aparecer: ser diferente e, por essa diferença, singular”, mas esta identidade vem sendo construída de forma tão precária e vulnerável que os sujeitos estão escondendo-se em comunidades-cabide, que proporcionam-lhes uma segurança coletiva contra os males do individualismo. Assim, erguem-se fronteiras a cada esquina, para proteger estas identidades contra intrusos .

Entretanto, quando a questão é a problemática identitária, impossível não relacioná-la à questão do gênero. Nas palavras de Connel (apud SENKEVICS, 2012, s.p.), o gênero pode ser conceituado como “a estrutura das relações sociais que se centra na arena reprodutiva [...] e [...] configuração de práticas que trazem as distinções reprodutivas entre os corpos para os processos sociais”. Assim, “definindo gênero, pode-se que se refere às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são

o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais”. (SANTANA e BENEVENTO, 2013, s.p.)
 Nas palavras de Butler (2003),

o gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado [...] tem de designar também o aparato mesmo de produção mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos [...] é a estilização repetida do corpo, um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora altamente rígida, a qual se cristaliza no tempo para produzir a aparência de uma substância, de uma classe natural de ser.

Trata-se, conforme Butler (2015, p. 235) de uma sucessão de “atos, gestos e desejo que produzem o efeito de um núcleo ou substância interna, mas o produzem na superfície do corpo, por meio do jogo de ausências significantes, que sugerem, mas nunca revelam o princípio organizador da identidade como causa”.

Esses atos, gestos e atuações são performativos, pois “a essência ou identidade que, por outro lado, pretendem expressar são fabricações manufaturadas e sustentadas por signos corpóreos e outros meios discursivos.” (BUTLER, 2015, p. 235) Igualmente, para Foucault (2015) os sujeitos participam do processo de construção de suas identidades não se reduzindo a superfícies passivas sobre as quais as regras atuam. Portanto, nos pressupostos desses autores – Butler e Foucault –, a identidade é o produto da incidência da norma disciplinar sobre o sujeito e a sua participação na sua reprodução. O efeito é a subordinação por meio de um processo de encarceramento em papéis sociais que decorrem da auto-opressão.

Ao passo que, quando o assunto é transexualidade, não há divergências doutrinárias quanto ao conceito, de modo que, Diniz, citada por, L. Araújo (2000, p.28), define o transexual como

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...]
2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...]
3. [...] é o indivíduo com iden-

tificação psicosexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Já na conceituação de Vieira (2000), “o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia”. Ainda, Klabin (*apud* ARAÚJO, L., 2000, p. 29), concebe o transexual como “um indivíduo, anatomicamente de um sexto, que acredita firmemente pertencer ao outro sexo. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao ‘verdadeiro’ sexo, isto é, ao seu sexo psicológico”.

A partir destas conceituações pode-se observar que estes sujeitos que apresentam uma “incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica” (SUTEER *apud* ARAÚJO, 2000, p. 29), ao apresentarem estas duas características juntas, é que são definidos pela sociedade como pertencedores do transexualismo. Assim, tem-se que “o componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento”. (VIEIRA, 2000)

Temos também que, essa falta de identificação acaba causando nos indivíduos um “processo angustioso, conflitivo e delicado” (ARAÚJO, L., 2010, p. 32), o gera um sofrimento intenso, pois os transexuais vivem “o conflito de possuir uma genitália estranha às suas sensações, desejos e fantasias”. (ARAÚJO, L., 2010, p. 55) E tudo isso, simplesmente, porque eles desejam pertencer a outro gênero, que possa melhor lhes representar e porque toda essa fase de escolha não é bem compreendida pela sociedade que os rodeia.

Quanto à questão da escolha por um gênero mais adequado, explica Butler (2009) que,

embora se possa dizer que isso é uma escolha [...] de caráter dramático e profundo [...] pode incluir um ou vários dos seguintes aspectos: a escolha de viver como outro gênero, passar por um tratamento hormonal, achar e declarar um novo nome, assegurar um novo estatuto jurídico para o seu gênero e submeter-se à cirurgia.

Entretanto, há uma tensão quando entram em debate pessoas que tentam obter legitimação jurídica e assistência financeira e aquelas que buscam fundamentar a prática da transexualidade na noção de autonomia. Pois, “de fato, podemos argumentar que ninguém alcança a autonomia sem a assistência e o suporte de uma comunidade, em especial quando se está fazendo uma escolha corajosa e difícil como é a escolha pela transição”. (BUTLER, 2009)

E, como afirma Bento (2006),

[...] quando se diz “transexual”, não se está descrevendo uma situação, mas produzindo um efeito sobre os conflitos do sujeito que não encontra no mundo nenhuma categoria classificatória e, a partir daí, buscará ‘comportar-se como ‘transexual’. O saber médico, ao dizer ‘transexual’ está citando uma concepção muito específica do que seja um/a transexual. Esse saber médico apaga a legitimidade da pluralidade, uma vez que põe em funcionamento um conjunto de regras consubstanciado nos protocolos, que visa a encontrar o/a ‘verdadeiro/a transexual’. O ato de nomear o sujeito transexual implica pressuposições e suposições sobre os atos apropriados e não-apropriados que os/as transexuais devem atualizar em suas práticas.

Apesar da questão da transexualidade já estar presente em nossa sociedade há muitos anos, tendo um destaque especial nas décadas de 60 e 70 – quando articulou as discussões teóricas com as reivindicações em busca mudança nas práticas que regulam o corpo humano, esse debate sobre o transexualismo só recebeu visibilidade a partir do

[...] surgimento de associações internacionais, que se organizam para produzir um conhecimento voltado à transexualidade e para discutir os mecanismos de construção do diagnóstico diferenciado de gays, lésbicas e travestis, [que ao] mesmo tempo em que se produz um saber específico, são propostos modelos apropriados para o ‘tratamento’. (BENTO, 2006)

Quanto à questão central, sobre a definição do gênero, L. Araújo (2000, p. 47) assevera que

a consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é [...] adquirida e induzida pelo comportamento e pelas atitudes dos pais, dos familiares e do meio social a que se pertence, além da percepção e interiorização do meio social a que se pertence. Esse processo pode sofrer várias interferências, que podem levar a um sério comprometimento na identificação de gênero. Tais interferências podem ser de várias ordens: desde a psíquica até a social [...] Pode-se afirmar, porém, que não há uma única causa, e sim um conjunto delas, que fazem o indivíduo não ter identificação de gênero que corresponda ao seu sexo biológico [...]

De fato, as interligações entre identidade de gênero e orientação sexual são turvas, mas não se pode ter certeza, apenas com base no gênero de um sujeito, qual identidade ele terá ou quais direções seu desejo irá seguir. Porque ser transexual não significa nada além do que “desejar transpor a barreira entre os sexos.” (COLETTE; CHILAND, 2008) Assim, Butler (2009) nos explica que o pensamento dos sujeitos de que a orientação sexual é definida pela identidade de gênero está equivocado, pois esta, assim como a sexualidade nem sempre tem como referência à prévia identidade de gênero.

2 A DESPATOLOGIZAÇÃO DA TRANSEXUALIDADE E O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO

A transexualidade hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, a transexualidade é ainda tratada com muito preconceito, pois “para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]” (SCHEIBE, 2008, p. 11) E mais, “todo e qualquer tema que esteja ligado à questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo”. (STURZA e SCHORR, 2015) Se apenas falar no assunto ainda é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é ainda maior, pois ela não ocorre de forma efetiva dos. E é aí que está o problema, ela não ocorre. E quando ocorre, é marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentem realizá-la de forma efetiva.

O primeiro caso de uma pessoa que recorreu a um médico para afirmar sua condição de transexual ocorreu em 1952, no caso Christine:

Em 1952, um soldado norte-americano foi até a Dinamarca, procurar auxílio médico com o endocrinologista Christian Hamburger, que fazia pesquisas com hormônios. Isto porque, desde 1935 a Dinamarca possuía uma lei que permitia a castração humana quando a sexualidade do paciente induzia-o a cometer crimes ou quando envolvia distúrbios mentais com acentuada gravidade. Lá, contou sua história, completamente inventada, de que seria intersex, isto é, hermafrodita, e precisava de uma intervenção cirúrgica para alterar seu corpo, pois sempre vivera como mulher. Como já tomava hormônios há anos, carregava no corpo características femininas, enquanto sua função masculina era deficitária. A falta de conhecimento sobre o transexualismo, aliada à sua silhueta feminina, levou a equipe médica a acreditar nele. Foi assim que conseguiu extirpar sua genitália. No entanto, ainda não se pensava na construção de uma vagina. Voltando aos Estados Unidos, agora como Christine, procurou o doutor Harry Benjamin, para quem relatou sua história. A partir dessa experiência, o doutor publica um artigo, em 1953, falando sobre o transexualismo. Esse é o ponto de inflexão em que a transexualidade adentra o campo médico. (DIAS, 2014, p. 12)

A partir desse caso, a transexualidade foi considerada uma doença e intitulada “transexualismo”. E “após diversas cirurgias e estudos, em 1980, ela entra no catálogo de doenças da DSM, e ingressa no CID-10 em 1992”. (DIAS, 2014, p. 13) Assim, o “transexualismo, como categoria médica, nasce já como patológico e, principalmente, atrelado a um diagnóstico médico que decompõe a experiência da sexualidade em alguns pontos-chave”. (DIAS, 2014, p. 15) Constrói-se assim “uma experiência totalizante da transexualidade. Isto é, há uma única forma de ser transexual: só será considerado transexual quem se adequar ao diagnóstico de transexualismo, enquanto o diagnóstico só se adequa a uma parcela da população transexual”. (DIAS, 2014, p. 15)

Assim conforme a Classificação Estatística Internacional de Doenças

e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), o transexualismo só pode ser diagnosticado “se o indivíduo permanecer durante o período mínimo de dois anos comportando-se como tal, além de ser necessário um diagnóstico especial sobre o aparecimento desse comportamento em patologias graves, como é o caso da esquizofrenia”. (STURZA; SCHORR, 2015, p. 269)

Ao passo que, “em 1994 o Comitê do DSM-IV substituiu o diagnóstico ‘Transexualismo’ pelo ‘Transtorno de Identidade de Gênero’ [...] na Infância (302.6), na Adolescência e Adulto (302.85)”. (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572) Assim, a Organização Mundial da Saúde passou a enquadrar o transexualismo no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schorr (2015, p. 269),

[...] esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém única.

Entretanto, é preciso ainda entender que o simples fato de alguém não se identificar com o seu gênero de origem não tem nada a ver com um transtorno de qualquer ordem, como afirmam alguns, nas palavras de Butler (2009), “pesquisadores com propósitos homofóbicos”. Nesse sentido, quando o assunto é o processo de caracterização do transexualismo, o Conselho Federal de Medicina assevera que essa não identificação com o sexo psicológico não pode ser confundido com uma anomalia, pois apresenta traços específicos, de caráter contínuo e permanente. E é justamente por este motivo que a cirurgia de redesignação de sexo é considerada como “correta, válida e necessária”. (ARAÚJO, L., 2000, p. 35)

É muito importante afirmar que isso não é um transtorno e que, na vida transgênera, há uma ampla variedade de relações complexas, como por exemplo: vestir-se de acordo com o gênero oposto, usar homônimos e recorrer à cirurgia, ou ainda uma combinação de todas essas práticas. Tudo isso pode ou não levar a uma mudança de escolha de objeto. (BUTLER, 2009) Nessa perspectiva, nas palavras de Ventura e Schramm (2009, p. 67)

apesar de o transexual se considerar “pertencente ao sexo oposto, entalhado com o aparelho sexual errado, o qual quer ardentemente erradicar” (HOAGEMANN e CARVALHO, 2015, p. 3) através da cirurgia de redesignação sexual, para ter acesso a tais “modificações corporais e alteração da sua identidade sexual” (VENTURA e SCHRAMM, 2009, p. 67) ele precisa passar por um protocolo.

Ainda, para que seja considerado transexual o sujeito precisa passar pelo protocolo o qual se encontra estabelecido na Resolução n° 1955/2010 do Conselho Federal de Medicina, o qual estabelece em seu artigo 3° critérios que definem o sujeito como transexual:

Artigo 3° Resolução n° 1955/2010 CFM. Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

(BRASIL, 2010, s.p.)

Esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Até porque, a psiquiatria entende o transexualismo como uma patologia, o que, por si só, já gera grandes aflições e tormentos. Ao passo que “para a psicanálise, a sexualidade e principalmente a diferença sexual, são fenômenos complexos que definem formas de manifestação das subjetividades”. (ARAN, 2006, p. 55)

O discurso atual sobre a transexualidade na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia – um “trans-

torno de identidade” – dada a não-conformidade entre sexo biológico e gênero. Por outro lado, ele também pode ser considerado uma psicose devido à recusa da diferença sexual [...]. (ARAN, 2006, p. 50)

Nesta perspectiva, “os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo”. (ARAN, 2006, p. 50) Neste sentido, “certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural”. (BUTLER, 2003, p. 39)

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a “identidade corporal e a identidade de gênero”. (BENTO, 2006) Ainda, também pode ser definido como o “conflito entre sexo físico e sexo psíquico”. (HOTTOIS apud VENTURA; SCHRAMM, 2009, p. 70) Porquanto, conforme Ventura e Schramm (2009, p.70),

[...] tal tensão também pode ser indicada pelo prefixo *trans* -, que aponta a necessidade de usar um “terceiro termo” para definir o fenômeno. O prefixo vem preposição latina *trans*, que indica “além de”, “para lá de”, “depois de”, podendo, portanto, referir-se a um terceiro identitário de difícil colocação lógica e semântica, pois indica ao mesmo tempo uma disjunção e uma conjunção. Ser *trans* – não é ser nem um nem outro e, ao mesmo tempo, ser um e outro, de acordo com a semântica do verbo “transitar”, que implica poder ir de um lado para outro e vice-versa.

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis. De modo a analisar se esta restrição à autonomia dos su-

jeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente o protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Ao passo que, quanto ao movimento de despatologização da transexualidade, que busca retirá-la dos manuais médicos de doenças, CID-10 e DSM-IV, temos que

Atualmente, são mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul que estão engajadas na campanha pela retirada da transexualidade do DSM e do CID. As mobilizações se organizam em torno de cinco pontos: 1) retirada do Transtorno de Identidade de Gênero (TIG) do DSM-V e do CID-11; 2) retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; 3) abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas *intersexo*; 4) livre acesso aos tratamentos hormonais e às cirurgias (sem a tutela psiquiátrica); e 5) luta contra a transfobia, propiciando a educação e a inserção social e laboral das pessoas transexuais. (BENTO; PELÚCIO, 2012. p. 573)

Enquanto que no Brasil a adesão a tal Campanha vem se multiplicando desde o ano de 2010. De modo que, conforme Bento e Pelúcio (2012, p. 574),

Entre manifestações destacam-se a publicação de um manifesto e a produção de material de divulgação da Campanha pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, 12 mostras de filmes, debates e seminários em universidades, além da redação e da publicização de manifesto¹³ assinado por ativistas, professoras/es e cientistas de diversos países que se somaram à campanha Stop Trans Pathologization 2012.

Entretanto, diferentemente do que vem ocorrendo em outros países, especialmente em países europeus, no Brasil não houve até o momento manifestações de rua pela despatologização da transexualidade. Por outro lado, a cada dia a transexualidade vai ganhando visibilidade, tanto através da mídia televisiva, quanto da internet. Seguem alguns exemplos:

Em 2011, o programa *Big Brother Brasil* da *Rede Globo de Televisão* contou com a presença de uma mulher transexual, a cabeleireira Ariadna. O mesmo aconteceu na *Rede Record* em 2012, que teve a artista Leo Áquilla dentre os participantes da quinta temporada do programa *A Fazenda*. Na *Rede Bandeirantes*, a transexualidade foi o tema abordado em 18 de outubro de 2011 no programa de documentários *A Liga*. Já no *Sistema Brasileiro de Televisão – SBT*, o programa de entrevistas *De frente com Gabi*, teve João W. Nery como o convidado da edição que foi ao ar em 12 de outubro de 2011. João W. Nery foi entrevistado também na edição exibida em 30 de abril de 2012 do *Programa do Jô*, da *Rede Globo de Televisão*. Na internet, tornou-se comum deparar-se com postagens sobre o tema, trazendo desde notícias sobre a participação de mulheres transexuais em concursos de beleza, reportagens tais quais as citadas nesse trabalho, abordando questões de identidade e do processo transexualizador, até focos sobre o processo de “mudança de sexo” empreendido por alguma pessoa famosa. (JESÚS, 2013, p. 75)

Ainda, sobre a questão da despatologização da transexualidade, algumas/uns ativistas temem pela perda de direitos conquistados como, por exemplo, no Brasil, a garantia de acesso gratuito ao processo transexualizador pelo Sistema Único de Saúde (SUS), acredita-se que a patologização não garantiu direitos de fato, mas impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização. Sendo que apenas saberes científicos são os únicos capazes de dar respostas acertadas às vivências que desafiam as normas de gênero. O que, por outro lado, autoriza o tutelamento dos corpos e das subjetividades de pessoas que se reconhecem como transexuais.

Nestes termos, quando nos preocupamos em garantir o reconhecimento da identidade de gênero dos sujeitos que não se enquadram na normatividade sexual e na sua autonomia, estamos a defender o direito à autodeterminação e a nos contrapor a qualquer forma de regulação dos corpos ou a psicologização dos sujeitos que se identificam com o seu sexo anatômico oposto a seu sexo anatômico. Pois, nas palavras de Amaral (2011, p. 88), a patologização da transexualidade e a fixação de protocolos médicos significam uma imposição violenta sobre os corpos e subjetivida-

des trans. Assim, o tratamento deve estar disponível, mas os diagnósticos psiquiátricos não podem ser tidos como condição de acesso à saúde ou a qualquer outro direito, pois tudo isto representa um verdadeiro autoritarismo e cria uma condição de total vulnerabilidade e exclusão para os transexuais. (AMARAL, 2011, p. 88 e 89)

Frente a este cenário, alguns autores e ativistas tem proposto algumas sugestões no sentido de reformular as condições de acesso à saúde e garantir direitos fundamentais de sujeitos que se apresentam com identidades de gênero não-normativas. É possível notar um esforço em desvincular a realização de alterações corporais do diagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero e na construção de novas estratégias que respeitem a diversidade de gênero, a dignidade humana e os direitos civis.

Assim, “despatologizar a transexualidade não significa desmedicalizá-la, mas sim assistir o sujeito em um regime de autonomia informada no qual o foco principal é o seu bem-estar” (AMARAL, 2011, p. 93 e 94). Ao passo que, conforme sociólogo espanhol e ativista trans Miguel Missé (2011, 270)

[...] lutar pela despatologização é defender que nossas identidades fazem parte da diversidade e que temos direito a modificar nosso corpo quando assim decidirmos. Reivindicar um livre acesso aos hormônios ou às cirurgias é a parte central da luta, não um detalhe, não é uma segunda etapa da luta: é uma luta em si mesma.

Por fim, levantar o debate acerca do tema proposto neste artigo, compreender e buscar mecanismos efetivos para a o fim da patologização da transexualidade, é dever do Estado e da sociedade pós-moderna, multifacetada, que ao se reinventar diariamente necessita olhar as dores do outro e assim “levantar a bandeira” de mais esta causa, tão cara a tanta (o)s transexuais que vivem na pele o preconceito e a segregação social ao passo que optam por corajosamente encarar o processo transexualizador no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando nos preocupamos em garantir o reconhecimento da identidade de gênero dos sujeitos que não se enquadram na normatividade sexual estamos a defender o direito à autodeterminação e a nos contrapor a qualquer forma de regulação dos corpos. Nesse sentido, há de se destacar que ninguém alcança a autonomia sem a assistência e o suporte de uma comunidade, em especial quando se está fazendo uma escolha corajosa e difícil como é a escolha pelo processo transexualizador no país.

Despatologizar a transexualidade não significa desmedicalizá-la, mas assistir o sujeito em um regime de autonomia informada no qual o foco principal seja o seu bem-estar. A transexualidade na sexologia, na psiquiatria e em parte na psicanálise faz desta experiência uma patologia, ou seja, um transtorno de identidade, em face da falta de conformidade entre sexo biológico e gênero. No ano de 1994 o Comitê do DSM-IV substituiu o diagnóstico de Transexualismo pelo Transtorno de Identidade de Gênero. A despatologização da transexualidade ainda não é unânime dentro do próprio movimento de travestis e transexuais, isso por que parte do movimento teme que, ao se retirar a transexualidade do Classificação Internacional de Doenças (CID), se perca o pouco acesso que existe hoje no Sistema de Único Saúde (SUS). Esse A transexualidade está no CID 10 como “transexualismo”, que é tido como “transtorno de identidade de gênero”.

Com a visibilidade dessa política do processo transexualizador, começou-se a discutir, no mundo inteiro, a despatologização para travestis e transexuais, para que estes não sejam vistos como pessoas doentes, mas que ao adoecerem tenham acesso às políticas de saúde, sem perder qualquer direito. Desta forma, compreende-se que a discussão acerca da despatologização da transexualidade no Brasil ainda necessita de visibilidade, além do fato de que muitas ativistas depararam-se com o medo e a insegurança acerca da perda de direitos, caso haja a retirada do CID 10.

Por fim, julga-se importante promover debates garantindo o lugar de fala para aqueles sujeitos que vivem a transexualidade e a travestilidade, pois apenas através do diálogo e do real enfrentamento destas questões será possível despatologizar sem que ocorra a temida derrocada de direitos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Daniela Murta. **Os desafios da despatologização da transexualidade**: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil. 2011. 107 f. Tese (Doutorado em Medicina Social) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxis-lind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=616814&indexSearch=ID>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. **Agora**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2006, p. 49-63. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-14982006000100004>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 03 mar 2018.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BENTO, Bento. O que pode uma teoria? Estudos transviados e a despatologização das identidades trans. **Florestan**, São Carlos, ano 1, n. 2, 2014, p. 46-66. Disponível em: <http://www.revistaflorestan.ufscar.br/florestan/index.php/Florestan/article/view/64>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- BENTO, Bento. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização de gênero: A politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas**, v. 20, n. 2, maio/ago 2012, p. 569-381. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2012000200017>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1955/10.

Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 16 jul. 2017.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A jurisprudência brasileira da transexualidade: uma reflexão à luz de Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 67, dez. 2013, p. 277-308. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p277>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/30345>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BUTLER, Judith. Foucault, Herculine e a política da descontinuidade sexual. **Civilização Brasileira**, Rio de Janeiro, 2003, p. 140-155. Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/art08.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução: André Rios. **Physis**, v. 19, n. 1, abr. 2009, p. 95-126. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312009000100006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

COLETTE CHILAND, Gutierrez, Jorge Luiz. **O Transexualismo**. Tradução: Maria Stela Gonçalves, Loyola, 2008. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=x_Jjc1RgeBgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 27 jun. 2015

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. **Gênero e Direito: UFPB**, v. 3, n. 2, 2º sem. 2014, p. 11-23. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/20049>. Acesso em 01 mar. 2018.

- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015.
- HALL, Stuart. **Identidade na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- JESÚS, Bento Manoel de. **Campanha pela despatologização da transexualidade no Brasil: seus discursos e suas dinâmicas**. 2013. 99 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2013. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5247>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 13, n. 1, jan./abr. 2005, p. 179-183. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2005000100012>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2005000100012&script=s-ci_arttext&tlng=es. Acesso em: 03 jul. 2018.
- SANTANA, Vagner Caminhas; BENEVENTO, Cláudia Toffano. **O conceito de gênero e suas representações sociais**. Buenos Aires: EFDeportes, jan. 2013. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd176/o-conceito-de-genero-e-suas-representacoes-sociais.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.
- SCHEIBE, Elisa. **Direitos da personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 30 jun. 2017.
- SENKEVICS, Adriano. **O conceito de gênero por Raewyn Connell: o corpo no foco das relações sociais**. Ensaios de Gênero, 2012.
- STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os Direitos Humanos: Tutela Jurídica ao Direito à Identidade. **Cesumar**, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 04 mar. 2018.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2009, p. 65-93. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312009000100005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312009000100005&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. de 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Adequação de Sexo do Transexual: aspectos psicológicos, médicos e jurídicos. **Revista Psicologia – Teoria e Prática**: São Paulo, v. 2, n. 2, 2000, p. 88-102. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/ptp/article/view/1113/822>.

CONSTRUÇÃO CULTURAL DO CORPO ENTRE MULHERES PROSTITUTAS NA REGIÃO DA PAISSANDU EM TERESINA-PI

Marcos Paulo Magalhães de Figueiredo

João Victor Mendes Carvalho

INTRODUÇÃO

A prostituição enquanto um fenômeno presente na sociedade brasileira apresenta uma lógica curiosa. Mulheres inseridas na prostituição são estigmatizadas por fazerem uso de seus corpos e sexualidades para o próprio sustento, porém em contrapartida tem seus serviços procurados. A prostituição é tolerada e vista como um mal necessário. Rago (2011) aponta, que a visão da prostituição e/ou da prostituta enquanto um “mal necessário” naturaliza um fenômeno que na verdade é construído social e culturalmente.

A partir de uma lógica macroestrutural, Albuquerque (2008) aponta como a prostituição é articulada com o surgimento da família patriarcal, da propriedade privada e ao surgimento do Estado. Esta articulação acaba transformando a forma como homens e mulheres concebem e produzem suas vidas. Com isso a família acabou se tornando o mecanismo de produção e reprodução da propriedade privada, fazendo com que as mulheres ficassem enclausuradas no espaço doméstico para poder identificar o herdeiro da propriedade. Com isso a prostituição surge como um complexo que deveria tanto satisfazer os impulsos sexuais dos homens e proteger as mulheres ditas de família para se manterem puras e castas.

Partindo dos apontamentos de Foucault (2011), Rago (2011; 2014) e Meihy (2015) a prostituição e/ou a prostituta tem como seus principais traços ser um *lócus* aonde os homens poderiam vivenciar aquela sexualidade tida como desviante ou impropria para o espaço doméstico. Sabendo que a eliminação de certas práticas sexuais seria impossível, um conjunto de saberes (da medicina, pedagogia e igreja) foi criado, transferindo essas sexualidades dissidentes em lugares aonde deveriam ser reinscritas e/ou toleradas.

A criação de dispositivos de sexualidade com a intenção de produzir saberes reguladores dos corpos de indivíduos também atingiu mulheres prostitutas. O discurso biomédico e jurídico historicamente vêm colocando as prostitutas como mulheres sentenciadas á melancolia e como tendo seus corpos carregados com doenças e enfermidades (FOUCAULT, 2011; RAGO, 2014).

Pasini (2000) aponta a persistência de temas policialescos e moralizantes sobre a prostituição, sobretudo nos trabalhos iniciais sobre a temática que visavam em acabar e proibir o exercício da prostituição. São poucos os trabalhos que se propõe a relativizar ou ter outros “olhares” sobre a prostituição feminina. Neste aspecto em particular a antropologia, enquanto área do conhecimento científico que estuda a cultura e que tem como principal exercício relativizar pode trazer estes diferentes olhares.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar e interpretar como se operacionaliza e como mulheres prostitutas constroem seus corpos quando inseridos na prostituição. Trata-se do fragmento de uma pesquisa realizada durante a feitura de uma monografia realizada no segundo semestre do ano de 2017.

O corpo de mulheres inseridas na prostituição é o enfoque do trabalho. Trata-se de um trabalho antropológico aonde o corpo consiste como objeto central de análise. Le Breton (2006; 2016) apresenta as diferenças de uma sociologia e/ou antropologia do corpo em si para aquelas que sejam implícitas ou pontilhadas sobre o corpo.

Um trabalho antropológico implícito com o corpo é aquele aonde o objeto corpo é descrito para exemplificar alguma característica de um objeto estudado que não seja o corpo. O trabalho antropológico em pontilhado com o corpo consiste em usar o corpo como objeto para apreensão de outros fenômenos. Uma Antropologia e/ou sociologia do corpo tem

este como objeto central de análise e interpretação. Busca-se apreender suas próprias lógicas sociais e aspectos culturais que estejam ali imbricados (LE BRETON, 2006; 2016).

O contato com mulheres que fazem uso de seus corpos na prostituição ocorreu na cidade de Teresina-PI. O trabalho de campo foi realizado através da intermediação com a APROSPI (Associação de Prostitutas do Piauí) e realizado na “Região da Paissandu” no centro da capital piauiense.

Durante o trabalho de campo que teve duração de sete dias, foi realizada uma etnografia que permitiu o contato com o cotidiano de mulheres prostitutas que trabalhavam no local. Para investigar os usos dos corpos de garotas de programa em Teresina também se utilizará do método etnográfico a partir das lições de Geertz (2008). Segundo o antropólogo, a etnografia vai muito além de ir a campo, fazer genealogias e descrever de maneira superficial os relatos e acontecimentos presenciados durante o trabalho de campo. A etnografia consiste no esforço intelectual de realização de uma descrição densa.

Fazer a etnografia é como tentar ler (no sentido de “construir uma leitura de”) um manuscrito estranho, desbotado, cheio de elipses e incoerências, emendas suspeitas e comentários tendenciosos, escrito não com sinais convencionais do som, mas com exemplos transitórios de comportamento modelado (GEERTZ, 2008, p. 07)

Busca-se na teoria interpretativa de Geertz (2008) explicar as nuances que cercam os corpos do objeto pesquisado, em outros termos, interpretar os usos do corpo das garotas de programa, em Teresina, a partir das próprias interpretações das garotas sobre a produção de seus corpos.

Houve a aplicação de entrevistas semiestruturadas com cinco garotas de programa. Entende-se que esse tipo de entrevista é a técnica mais adequada para responder a complexidade do objeto de pesquisa. Para May (2001):

Entre os métodos estruturados e os focalizados existe um que utiliza técnicas de ambos. As perguntas estão normalmente especificadas, mas o entrevistador está mais livre para ir além das respostas de uma maneira que parecia prejudicial para as metas de padronização e comparabilidade. [...] Considera-se que esses tipos de entrevistas

permitem que as pessoas respondam mais nos seus próprios termos do que as entrevistas padronizadas, mas ainda forneçam uma estrutura maior de comparabilidade do que nas entrevistas focalizadas. (MAY, 2001, p. 148)

O uso de entrevistas semiestruturadas aliado com a etnografia no campo de pesquisa permitiu a investigação sobre como se operacionaliza o uso dos corpos dessas mulheres inseridas na prostituição. Nesta primeira parte foi realizada algumas considerações sobre o tema e a metodologia empregada. A segunda parte trata de alguns apontamentos teóricos sobre a prostituição; a terceira parte é uma análise dos acontecimentos vivenciados e das entrevistas coletadas em campo; na última parte serão tecidas as considerações finais sobre o tema.

CORPOS E PROSTITUIÇÃO NA PAISSANDU

A pesquisa ocorreu em bordeis e em ruas presentes na região centro sul de Teresina, próxima a Rua Paissandu. Sá Filho (2006) em seu estudo sobre a vida boêmia de Teresina entre a década de 1930 e 1970 aponta a região no entorno da Rua Paissandu como o cinturão de bordeis na cidade de Teresina. A capital piauiense experimentou uma expansão econômica no período em questão e o crescimento do município sempre foi impulsionado pelo comércio e pelas embarcações que ancoravam no rio Parnaíba fazendo então com que diversos armazéns e comércios fossem estabelecidos na região. Para Sá Filho (2006):

Contrariando a abordagem hierarquizante da cidade a partir do centro como lugar de licitudes e disciplinas e as margens como lugar de transgressões e relações ilícitas, a Paissandu se constituiu como a mais tradicional zona boemia e de prostituição em Teresina sem estar fora do perímetro urbano, mas dentro dele. Fisicamente foi traçada como uma das vias de acesso para a parte mais central da cidade, partindo da margem do rio Parnaíba, com o nome de Rua do Pequizeiro,²⁶ e posteriormente recebendo a denominação de Paissandu. Com as ruas adjacentes, constitui-se na zona, de modo que a palavra Paissandu passou a significar não somente um nome de rua, mas o de baixo meretrício, local de prostituição.

A partir dessa significação, no cotidiano da cidade, inventou-se a expressão “descer a Paissandu”, que quando usado referindo-se a alguma mulher, não significava deslocar-se aquela via pública, mas tornar-se prostituta. (SÁ FILHO, 2006, p, 56)

A região onde a pesquisa de campo foi realizada é historicamente conhecida por abrigar bordeis destinados a pessoas tanto da alta classe de Teresina, quanto aqueles tidos como zonas de baixo meretrício. Ainda segundo o autor:

A Paissandu, constituída por uma rede de estabelecimentos voltados para a prostituição, era beneficiada devido a sua territorialidade imiscuir-se em duas grandes áreas de intenso fluxo de pessoas do sexo masculino: a Av. Taumaturgo (Maranhão) no trecho entre a Rua Santo Antônio (Olavo Bilac) e a Rua Bela (Teodoro Pacheco) onde havia a maior concentração de comércio atacadista, e a praça Saraiva de onde partiam e chegavam os transportes coletivos intermunicipais e interestaduais (SÁ FILHO, 2006, p, 73)

Um rápido olhar de quem transita na região da Paissandu revela a multiplicidade dos corpos ali existentes. A região não é homogênea e abriga bordeis voltados para diferentes classes sociais. Coabitavam na mesma região bordeis voltados para as camadas médias e mais pobres, aonde mulheres cobravam de 100-200 reais pelo programa e bordeis com mulheres que cobravam valores entre 50 – 70 reais pelo programa. A multiplicidade de bordeis existentes revela a própria diversidade existente entre as mulheres que fazem programa naquela região (SÁ FILHO, 2006).

O mercado de serviços sexuais tem crescido de forma latente na contemporaneidade. Para além da prostituição, outros itens podem ser encontrados para consumo neste vigoroso cardápio, como por exemplo, filmes pornográficos, clubes de *strip tease*, casas de swing, *cam girls* e bordeis. A problemática em questão é que todos esses serviços são confundidos com prostituição no imaginário social, um erro visto que cada um desses serviços é dotado de especificidades. Estando a prostituição dentro de uma série de serviços sexuais, o fenômeno em si também não é homogêneo. A prostituição é desenhada conforme o contexto geográfico, econômico,

social e político de sua inserção. Existem bordéis voltados para camadas populares; como existem as garotas de programa de luxo para atender em sigilo as camadas mais altas. (FONSECA, 1996; PISCITELLI, 2005).

A teoria feminista encontra tensões ao enquadrar a prostituição enquanto trabalho, sobretudo pelo trabalho estar ligado ao uso da sexualidade feminina e afastar-se do modelo burocrático. O feminismo radical enxerga a prostituição como completa submissão e/ou humilhação da mulher ao patriarcado, sendo estas vistas como vítimas. Em oposição, o feminismo contratual vê a prostituição como um trabalho, aonde a garota vende o serviço sexual mediante um valor combinado. O sentido do uso da própria sexualidade aparece como estratégia de defesa, além da mulher estar gozando da liberdade do próprio corpo e sexualidade (PASINI, 2005b; PISCITELLI, 2005).

Este polêmico debate, tem como ponto de convergência a prostituição ser uma profissão marginalizada, aonde esta acaba por tornar-se o meio de sustento de muitas mulheres. Entende-se que a prostituição não seria uma carreira planejada, mas sim uma possível saída para ter acesso a serviços e bens de consumo (LIBÓRIO, 2005; MOLINA E KODATO, 2005). Em suas respectivas etnografias Alves (2010 *et al*) e Pasini (2005 *et al*) relatam terem conversado com garotas que estavam na prostituição por necessidade, mas também mulheres que estavam na prostituição por gostarem “*da vida*” nas noites.

Logo, entende-se a prostituição enquanto trabalho, visto que na sociedade capitalista tudo é passível de se tornar mercadoria, inclusive a própria sexualidade. A garota de programa vende serviços específicos ligados á sexualidade a partir de um preço combinado. (PASINI, 2005b; ALBUQUERQUE, 2008). A pesquisa foi realizada com mulheres inseridas na prostituição, e não aquelas que sofriam de exploração sexual. Existe uma linha tênue que separa os corpos prostituídos daqueles corpos na prostituição. Um corpo prostituído seria aquele subordinado a figura do rufianismo, aonde o lucro majoritário iria parar nas mãos de cafetões e/ou cafetinas. O corpo inserido na prostituição é aquele cuja mulher é maior de dezoito anos e está ligado a imagem da mulher experiente e madura que não tem seus ganhos interceptados por alguém. Neste ponto, a prostituição assemelha-se com outros trabalhos e ocupações de fora da esfera institucional aonde quaisquer tipos de trabalhadores são expostos a

condições precárias de trabalho e a baixa remuneração (PASINI, 2005 *et al*; PISCITELLI, 2005 *et al*; MORAES, 2014).

NOTAS SOBRE OS CORPOS DE MULHERES PROSTITUTAS

O corpo a partir de Marcel Mauss (2017) deixou de ser objeto somente das ciências médicas e naturais. Mas também objeto das ciências sociais aonde o corpo carrega significados e produz sentidos que aos poucos cristalizam-se em nossa sociedade. Para Mauss (2017) as formas que os indivíduos caminham, comem, dormem, fazem sexo e realizam outras ações são fruto da socialização e de um aprendizado.

O corpo pode ser encarado de formas diferentes a depender do contexto cultural e temporal. Em sociedades do tipo comunitária e/ou holísticas o corpo é o elo que conecta o indivíduo á sociedade e ao ambiente (LE BRETON 2006, 2016). Com o avanço das ciências biomédicas e da individualização da sociedade o corpo na cultura ocidental passa a ser visto como o interruptor da ligação do corpo do indivíduo com a coletividade. O corpo é visto como posse, algo que pertence ao sujeito. Esse saber biomédico que lentamente anatomizou o corpo mantém-se presente ainda hoje. David Le Breton (2016) realiza uma antropologia cosmológica e delinea a passagem do corpo popular para o corpo individual no ocidente. O corpo popular, carnavalesco é aquele transgressor que goza livremente dos prazeres e libera suas pulsões quase que totalmente despidorada e pública. Essa concepção choca-se diretamente com o corpo moderno, um corpo áspero, limpo, moral e privado:

“ Os órgãos e as funções carnavalescas serão pouco a pouco depreciados, tornados objetos de pudor , privatizados. As festas serão mais ordenadas, fundadas mais sobre a separação do que sobre a confusão. (LE BRETON, 2016. P, 39)”.

A garota de programa não vende seu próprio corpo, mas sim o ato sexual. O corpo inserido na prostituição é de posse da garota de programa. O que é vendido não é uma parte do corpo ou órgão, mas o serviço sexual combinado. Garotas de programa fazem o uso de seus corpos enquanto

instrumento na realização dos serviços vendidos e combinados na prostituição. Os clientes têm a percepção de que o corpo da garota de programa é tido como aquele aonde podem realizar com prostitutas aquilo que não se pode fazer com a esposa ou a mulher, tida no imaginário masculino como mãe e cuidadora (PASINI, 2005 *et al*; LE BRETON, 2006, 2016; MAUSS, 2017; SIQUEIRA, 2013).

Os clientes têm a falsa impressão de que o corpo da garota é de seu domínio mesmo após a compra do serviço sexual. Quando imersos numa relação social símbolos verbais e não verbais são incorporados e usados propositalmente, de forma consciente ou inconsciente, a fim de construir uma impressão que será emitida através das expressões realizadas pelos sujeitos. Os indivíduos que estiverem se relacionando naquele momento poderão vestir-se daquela *persona* mais adequada para determinado contexto. E todos os envolvidos na interação, seja o ator ou a plateia, entrarão no jogo teatral tentando esboçar uma impressão adequada para aquele momento. Garotas de programa usam o corpo como ferramenta para lidar com os clientes durante e após a combinação do programa (GOFFMAN, 1985; CUNHA, 2012).

O corpo da garota de programa pertencente a ela e seu principal instrumento de trabalho experimenta antes de seu uso uma produção voltada para o trabalho na prostituição. Se o corpo é posse única e individual da garota, o mesmo já não pode ser dito sobre a produção corporal exercida. O corpo produzido pela cultura é moldado de acordo com o contexto temporal e cultural fazendo com que corpos produzam e reproduzam discursos. Mais que um conjunto de musculatura, o corpo também é a roupa, os acessórios que o adornam, os processos cirúrgicos que nele se operam, a imagem e o sentido produzidos no corpo, as máquinas acopladas, e sua gestualidade. (GOELLNER, 2004; ROSTAGNOL, 2004).

O corpo pode ser encarado como um local aonde perpassa a formação de nossa identidade, e aquilo que desejamos expressar através da corporeidade. Podem-se destacar certos aspectos em uma primeira instância, mas que podem ser discrepantes com outras identidades vivenciadas pelo indivíduo. Para Goellner (2004):

A individualização das aparências produzidas [...] tem levado os indivíduos a perceber que o corpo é o local primeiro da identidade,

o lócus a partir do qual cada um diz do seu íntimo, da sua personalidade, das suas virtudes e defeitos. [...] Um eu construído a partir de referências inscritas e prescritas em diversas instâncias culturais. [...] A produção do corpo se opera simultaneamente no coletivo e no individual. (GOELLNER, p 39)

O corpo construído pelas entrevistadas não é algo uniforme entre elas. Durante suas falas é perceptível como diferentes locais e contextos de prostituição geram produções específicas. Os corpos das cinco entrevistadas são todos produzidos tendo como base o gênero feminino. Todas as prostitutas ouvidas são mulheres cujas identidades de gênero estão em “sintonia” com seu corpo biológico ditado pela normatividade heterossexual. São corpos femininos que foram constantemente generificados por meio de normas sociais e por iniciativa própria. Para Connel (2015):

Assim, não podemos pensar o ser mulher ou o ser homem como experiências fixadas pela natureza. Mas também não podemos pensa-los apenas como uma imposição externa realizada por meio de normas sociais ou da pressão de autoridades. As pessoas constroem a si mesmas como masculinas ou femininas. Reivindicamos um lugar na ordem de gênero – ou respondemos ao lugar que nos é dado – na maneira como nos conduzimos na vida cotidiana. (CONNEL, 2015, pag 39)

Entre mulheres prostitutas ouvidas era presente a busca por atributos tido como femininos na produção do corpo. Ao contrário de travestis e transexuais cujas alterações corporais visam afastar os atributos masculinos do corpo e substituí-los por femininos. Isso ocorre porque mulheres transexuais precisam provar constantemente sua feminilidade (BENEDETTI, 2005). A produção corporal das prostitutas entrevistadas apresenta motivações mercadológicas e de cuidado com o próprio corpo, ao contrário de prostitutas transexuais sua feminilidade não precisa ser continuamente aprovada.

Por serem percebidas e generificadas como mulheres desde o nascimento, a produção do corpo nas entrevistadas não são tão radicais, justamente por ter o seu gênero dentro da norma regulatória hegemônica. O

nível da produção é uma mescla de subjetividade da própria garota com intenções previamente estabelecidas.

Graça¹⁰⁶ e Fatima são as maiores investidoras em produção corporal entre as entrevistadas. O valor cobrado pelas mulheres era entre 100 – 150 reais, um valor menor que esse poderia desvalorizar a casa segundo as entrevistadas. Graça ostenta um corpo voluptuoso em todos os sentidos. Os seios, bumbum e coxas são abundantes e bem trabalhados, o brilho final em seu corpo é o piercing acoplado no umbigo. Ela ressalta durante a entrevista o orgulho sobre a realização de intervenções cirúrgicas de cunho estético realizadas na Venezuela por um preço bem menor do que seria realizado no Brasil. Ela investiu em aumento dos seios e dos glúteos; redução das coxas e da barriga.

Graça em um momento admitiu já ter feito uso de anabolizante, pois segundo a mesma “sai do corpo naturalmente”. A garota frequenta academia diariamente e busca ocasionalmente ter uma alimentação regrada. Outro aspecto importante é o vestuário escolhido aonde Graça tem a preferência por roupas curtas e apertadas. A marca de Graça são os vestidos em tons de rosa ou vermelho chocantes com aberturas para evidenciar suas tatuagens. Durante a observação as tatuagens vistas foram uma no pulso, uma na costela e uma de ponta a ponta na barriga na altura do umbigo. A tatuagem além de recurso para chamar atenção de potenciais clientes servia para esconder as cicatrizes de cirurgias plásticas realizadas. O cabelo é loiro platinado e segundo ela característica essencial para a conquista de clientes.

Fatima deixa claro que não tem necessidade de fazer cirurgias plásticas. Mas admite que ao contrário de algumas garotas não consegue trabalhar com uma calça jeans e sandálias. O processo de produção de Fátima é amplo. A maquiagem sempre forte, batons em cores chamativas e sombras carregadas no olhar. Independente do horário, Fátima sempre se apresenta adornada com colares e anéis em quase todos os dedos. As unhas sempre feitas também em cores chamativas. O cabelo loiro platinado em contraste com a pele negra finaliza o visual exagerado e belo da garota de programa.

O corpo de Fátima, longe de ser inserido dentro dos padrões contemporâneos estéticos que pregam um ideal de corpo magro, simétrico, jovial

106 Todos os nomes foram alterados.

e saudável (GOELLNER, 2004). Fátima é uma mulher gorda, negra e com alguns dentes a menos. Quando entrevistada, Fátima nos explica que um de seus atrativos para a sedução está na sua dança. O corpo de Fátima é todo produzido e voltado para a conquista não visando comercializar o ato sexual em si, mas sim sua dança.

Amélia é a mais nova das garotas entrevistadas e na época da entrevista tinha 22 anos e esta há um ano na prostituição. A produção de Amélia é bem menos complexa que a de Fátima e Graça. Amélia diz não malhar todo dia, somente quando tem vontade e que ao contrário de outras garotas não sente vontade de fazer nenhuma intervenção cirúrgica. O corpo de Amélia também é composto por seios e quadris fartos, devidamente bronzeados, exibindo as marquinhos do procedimento. Contudo, a garota diz investir pesado em tratamentos corporais no salão de beleza e clínicas de estética. Amélia afirma que a produção em seu corpo é de acordo com o dia da semana e que a produção se intensifica a partir da quarta-feira quando a boate passa a ser mais frequentada.

Ângela e Rita são as garotas que trabalham na rua ou como chamado por Ângela “*bater pista*”. Ângela anteriormente trabalhava nas noites em um bordel considerado mais luxuoso da cidade. Ela passou a trabalhar no entorno da Paissandu há poucos meses na data da entrevista. Quando trabalhava no período noturno, investia pesado em produzir-se e arrumar para a noite. Sempre ia de vestido, devidamente maquiada com salto alto e bem perfumada. O investimento no corpo para o serviço na noite era válido devido ao retorno financeiro. Ângela relata o uso de álcool e maconha como uma etapa importante na construção de seu corpo para o trabalho. Visto que muito além de sexo, prostitutas também vendem diversão, o álcool e a maconha para Ângela são importantes para que ela compartilhe da atmosfera festiva com os clientes. A mesma relata que sem o uso da maconha ou bebida alcoólica não consegue exercer o trabalho na prostituição.

A produção do corpo para trabalhar nas ruas de dia é mais modesta, as roupas ainda são curtas, mas simples. Elas podem tanto ser abordadas pelos clientes quanto elas podem chama-los. O próprio contato com Ângela deu-se no momento em que ela assobiou para mim visando a realizar um programa. A razão da produção mais modesta é que o valor cobrado pelo programa é entre 60 – 80 reais, logo não é pertinente gastar dinheiro com perfumes ou roupas mais caras.

A produção de Rita é bem similar à de Ângela para as ruas. O processo de produção de seu corpo também passa pelo estágio do consumo de bebidas alcoólicas para seduzir os clientes. Durante o dia a garota prefere também fazer o uso de roupas mais simples e quase não usa maquiagem. Contudo, a noite a garota afirma produzir-se com mais intensidade e investir em maquiagens e batons que ressaltem sua pele branca e seus olhos esverdeados. Além de sempre usar um vestido vermelho.

O corpo na prostituição diurna nas ruas é menos deslumbrante, mas igualmente desejado. Le Breton (2016) analisa o corpo posto na vida cotidiana dos indivíduos e como este revela as contradições com uma norma imposta estabelecida. A lógica da imagem de um corpo desejável transtorna-se, fazendo daquele corpo excluído, um corpo desejado. Os clientes em sua maioria são, como constata Leonini (2004) “homens normais”. São pais de família, senhores aposentados ou “*filhinhos de papai*”¹⁰⁷ jovens e vistosos a procura de corpos marginalizados e apagados cultural e socialmente. As ruas da região da Paissandu abrigam uma infinidade de corpos que de alguma forma são estigmatizados e que nunca são divulgadas como objeto de desejo sexual pela grande mídia. Corpos despedaçados, corpos com deficiência mental, corpos em completa fora de forma, corpos idosos. Em síntese, corpos femininos desiguais partilhando um mesmo espaço em busca de sobrevivência (FONSECA, 1996).

Os procedimentos de cuidado com a saúde do corpo é unânime em todas as entrevistadas. Todas afirmaram fazerem o uso de preservativos em todas as práticas sexuais. As cinco entrevistadas revelaram fazer acompanhamento ginecológicos e Amélia afirma que se previne fazendo o uso de pomada vaginal e antibiótico. Amélia e Graça dizem realizar enema para não sujarem os clientes e a si mesmas durante o ato do sexo anal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O corpo é a principal ferramenta de trabalho das garotas entrevistadas. È através dele que é realizado todo o trabalho na prostituição, independente se o serviço seja a comercialização do próprio sexo ou apenas uma companhia para um homem enquanto esse consome alguma bebida.

107 Expressão utilizada pelas garotas para denominar um jovem com perfil universitário sustentado pelos pais com idade na faixa dos 17 a 25 anos.

O corpo na modernidade é construído e incorpora traços culturais contraditórios entre si, quase que uma bricolagem individual que mescla traços do saber midiático, médico e de causalidades ocorridas no percurso da vida do indivíduo. Na prostituição o uso do corpo tem uma dimensão fortemente sexual e o exercício dessa sexualidade que associada à “mulher da rua” não se assenta e nem comunga com o que é considerado normal, legítimo, o que pode ser apresentado em público como fazendo parte da família, todavia é desejada pelos homens como subversão e novidade diante da normalidade das relações conjugais, casamento, ou família. Trata-se de sexo mais prazeroso, apimentado, salgado, porem indigesto e problemático, sendo melhor evitar (DAMATTA, 1984; LE BRETON, 2016).

Para Pasini (2000), o corpo da mulher prostituta é um potente objeto de investigação. Aspectos do cotidiano de forma geral, seja dentro ou fora dos bordéis atravessam a corporeidade de mulheres prostitutas. O corpo das entrevistadas não carregam signos que expressam somente significados atrelados á sensualidade, ao prazer ou aquilo que é transgressor. Seus corpos podem carregar suas proteções religiosas ou até seus próprios filhos através de adornos discretos ou tatuagens. O corpo e sua produção revelam não somente o investimento perpetuado visando lucro, mas também signos que a primeira vista podem parecer ambíguos, mas que demonstram a expansão da prostituta para além dos bordéis, boates ou ruas (FONSECA, 1996; RAGO, 1998, 2011; LE BRETON, 2016).

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, R. M. M. Para além da tensão entre moral e economia: Reflexões sobre a regulamentação da prostituição no Brasil, Dissertação (mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Alagoas. Instituto de Ciências Sociais. Maceió 2008.
- ALVES, F. L.. Prostituição feminina, gênero e sexualidade: notas etnográficas de uma noite no bordel. In: II Seminário Nacional do Sociologia e Política, 2010, Curitiba. Anais do II Seminário Nacional de Sociologia e Política, 2010
- CONNELL, R. Gênero: uma perspectiva global. Tradução de Marília Moschkovich – São Paulo: nVersos, 2015

- CUNHA, M. J. M. Vivências do Corpo na Prostituição Feminina, Dissertação (Mestrado Integrado em Psicologia da Educação, Desenvolvimento e Aconselhamento) – Universidade de Coimbra. Faculdade de Psicologia e de Ciências Da Educação, Coimbra, 2012.
- DAMATTA, R. Sobre comidas e mulheres... In: O que faz o brasil, Brasil?. Rio de Janeiro: Editora Sala, 1984; p. 49 – 64.
- FONSECA, C. A dupla carreira da mulher prostituta. Estudos Feministas, Florianópolis, N. 1, 1996, p 07 – 33
- FOUCAULT, M. A hipótese repressiva In: História da sexualidade I: A vontade de saber; Tradução de Maria Thereza Da Costa Albuquerque e J.A Guilhaon Albuquerque – 23º - Rio De Janeiro, Edições Graal, 2013. P. 21 – 43
- na pós modernidade; – 3. Ed – Rio De Janeiro: DP&A, 1999.
- LE BRETON, D. A sociologia do corpo; Tradução de Sonia M.S. Fuhrmann – Petrópolis – Rio De Janeiro: Vozes 2006
- _____. Antropologia do Corpo.; tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. 4. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2016
- MAUSS, M. As técnicas do corpo. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: Ubu Editora, p 421 – 441; 2017b.
- MAY, T. Pesquisa Social - Questões, métodos e processos. Tradução: Carlos Alberto Silveira Netto Soares. – 3º Ed. Porto Alegre: Artmed, p. 146 – 161, 2004.
- MORAES, A. F.. O corpo prostituído nas práticas discursivas de organizações dos direitos humanos. In: Goldenberg, Mirian. (Org.). Corpo, envelhecimento e felicidade. 2ed.Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, v. , p. 199-230.
- PASINI, E. Limites Simbólicos Corporais na prostituição feminina.. Cadernos Pagu, Campinas, v. 14, p. 181-200, 2000.

- _____. Prostituição e Diferenças Sociais. In: Almeida, Heloísa; Costa, Rosely G.; Ramirez, Martha; Souza, Érica. (Org.). *Gênero em Matizes*. São Paulo: Editora da Universidade São Francisco, 2002, v. , p. 81-114.
- _____. Sexo para quase Todos: a prostituição feminina na Vila Mimosa. *Cadernos Pagu*, Campinas - São Paulo, v. 25, p. 185-216, 2005.
- _____. Prostituição e a liberdade do corpo. *CLAM – AMB*, Campinas, 2005b
- PISCITELLI, A. Apresentação: gênero no mercado do sexo. *Cadernos Pagu* v. 25, p. 7-23, 2005.
- _____. Exploração sexual, trabalho sexual: noções e limites. In: Daniele Andrade da Silva, Jimena de Garay Hernández, Aureliano Lopes da Silva Junior e Anna Paula Uziel; Org. *Feminilidades, corpos e sexualidade em debate*. 1ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013, v. 1, p. 147-165.
- RAGO, M. A prostituição ontem e hoje. In: José Geraldo Costa Grillo, Renata Senna Garraffoni, Pedro Paulo Abreu Funari; Org. *Sexo e violência: realidades antigas e questões contemporâneas*. 1ed, São Paulo, Anablume, 2011, pag 212 – 225.
- _____, *Do Cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar: Brasil 1890-1930*. 4. Editora Paz e Terra – São Paulo, 2014
- ROSTAGNOL, S. *Producidas para el amor: Estetica corporal de las prostitutas callejeras*. In: Maria Coelho de Souza Lago, Miriam Pillar Grossi, Cristina Tavares Da Costa Rocha, Olga Regina Zigelli Garcia, Tito Sena (org.). *Interdisciplinaridade em diálogos de gênero: Teorias, sexualidades, religiões*. Florianópolis: Ed Mulheres. 2004, p 152 – 161
- SÁ FILHO, B. P. *Cartografias do prazer: Boemia e prostituição em Teresina*. Dissertação (mestrado em Historia) – Universidade Federal do Pauí. Centro de Ciências Humanas e Letras - CCHL. Teresina 2006.

SOBRE A IMPORTÂNCIA DE PENSAR OS DIREITOS HUMANOS NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Nayara Fernanda Magalhães Feitosa

Emily de Paula Sousa Silva

Cristiane Maria Marinho

INTRODUÇÃO

A intersecção entre gênero e direitos humanos tem crescido nos últimos anos dentro da perspectiva pós-estruturalista que compreende o gênero como uma construção social. Ou seja, há a tentativa de desconstruir concepções pautadas no determinismo biológico na medida em que se busca compreender as categorias *feminino* e *masculino* dentro de um caráter relacional dos elementos constitutivos das relações sociais baseadas nas diferenças entre os sexos. A idealização de modelos preestabelecidos que demarcam o que representa ser homem e mulher passa a ser questionado, gerando conflitos que põe em xeque o *status quo* que sustenta a religião, o modelo de família nuclear burguesa e o próprio capitalismo.

Destacamos que, após o surgimento do movimento feminista, a ascensão da mulher no mercado de trabalho só foi começar a ser pesquisada a partir dos anos 1980 quando o gênero passou a ser considerado uma categoria sócio cultural. Até então não havia nenhum estudo que compreendesse a mulher enquanto sujeito social, histórico e econômico.

O perfil das trabalhadoras mostra que hoje elas são mais velhas, casadas e mães –o que revela uma nova identidade feminina, voltada tanto

para o trabalho quanto para a família-, mas, ao mesmo tempo, ainda permanece responsável pelas atividades domésticas e pelos cuidados com os filhos- o que indica a continuidade de modelos familiares tradicionais e uma sobrecarga para as novas trabalhadoras, sobretudo para mães de filhos pequenos (BRUSCHINI, RICOLI e MERCADO, 2008).

A definição dos papéis masculino e feminino no Brasil foi fortemente marcada pela divisão sexual do trabalho onde a função do sujeito em sociedade era definida pelo fato de ser homem ou mulher. A base do patriarcado importada da Europa definiu esses papéis atrelados ao controle econômico, político e da sexualidade da mulher. A igreja católica também participa desse processo estabelecendo regras de conduta onde eram definidas as mulheres “boas e más” no sentido da manutenção da família (DEL PRIORI, 2009).

Vale destacar que esses conflitos dizem respeito às pessoas *cis* gênero, ou seja, aquelas que se identificam com o seu gênero de acordo com o sexo biológico. Em contrapartida, as pessoas *trans* gênero não comungam da mesma identidade com seu sexo biológico, ou seja, constitui-se um corpo não capturado pelo poder, um corpo heterotópico, um corpo- resistência (MARINHO; VERAS, 2017). Atualmente, os direitos humanos assumem uma pluralidade que compreende leituras variadas, passando a englobar inclusive a proposta de desnaturalização do gênero, forjado na história e nas condições materiais e simbólicas da ordem social (GREGORI, 2016).

A seguir discutiremos sobre a construção do gênero numa perspectiva histórica com foco nas ondas do movimento feminista, bem como na importância de se pensar os direitos humanos numa perspectiva de gênero.

A CONSTRUÇÃO DO GÊNERO NUMA PERSPECTIVA SÓCIO HISTÓRICA

O movimento feminista pode ser analisado a partir de três ondas ou correntes de pensamento que se caracterizam a partir do seu momento histórico. A “primeira onda” do feminismo aconteceu do final do século XIX até o início do XX. Esse momento inicial se constituiu por uma importante mobilização no continente europeu, na América do Norte e em outros países, estimulada pela ideia de “direitos iguais à cidadania”, que

implicava a igualdade entre os sexos. Entre as décadas de 1920 e 1930, as mulheres conseguiram, em diversos países, superar algumas das expressões mais gritantes de sua desigualdade em termos ou formas legais (PISCITELLI, 2009).

As lutas das mulheres por direitos de cidadania se materializaram em uma ação política organizada com discurso próprio e especificidade desse segmento. Nesse sentido, as primeiras reivindicações desses movimentos feministas de primeira onda, expunham exigências por melhores condições de trabalho, como salário, redução da jornada e salubridade, e pela conquista de direitos políticos – de votar e representar interesses nos parlamentos (MARTINS, 2015).

Martins (2015) continua afirmando que novas demandas começaram a surgir a partir da publicação de “O Segundo Sexo”, de Simone de Beauvoir, em 1949, autora de destaque na “segunda onda” do feminismo que se baseia no estruturalismo para expor suas ideias. Responsável pela rearticulação do feminismo europeu após a Segunda Guerra Mundial, o texto revela que a mulher é considerada sempre a “outra” em relação ao homem, que era o modelo de humano, medida de todas as coisas, detentor do poder e criador da cultura.

Essa “segunda onda” do feminismo pode ser compreendida atualmente como uma luta contra as discriminações que as mulheres sofreram em relação aos direitos civis, políticos e sociais. Nessa época, houve também a pejeja pela extensão dos direitos de cidadania para a liberdade reprodutiva, tema que já estava presente entre as feministas no século XIX. Porém, a questão do estatuto jurídico e social das mulheres, bem como as reivindicações do direito à contracepção e à interrupção voluntária da gravidez (aborto) foram primeiramente analisadas pelo ângulo da opressão e da exploração nas esferas da produção e da reprodução, da democratização das relações sociais cotidianas, da justiça e da autonomia, do questionamento do Estado patriarcal (PEREIRA, 2009).

A “terceira onda”, que engloba o período histórico a partir dos anos 90, abrange as tentativas de desconstrução da categoria “mulher”, enquanto categoria monolítica, buscando trazer à problematização as “mulheres”. Trata-se de reivindicar a diferença dentro da diferença. As mulheres não são iguais aos homens, na esteira das ideias do feminismo de segunda onda, mas elas tampouco são todas iguais entre si, pois sofrem

as consequências da diferença de outros elementos, tais como raça, classe, localidade ou religião (SIQUEIRA, 2015). Essa onda é marcada pela ascensão de feministas pós-estruturalistas, entre as quais, está a importante Judith Butler que traz à tona seu debate acerca da performatividade e da teoria queer¹⁰⁸.

Quanto a Judith Butler, por sua vez, suas reflexões sobre a sexualidade e o gênero nos ensinam que a chave que estrutura e dá inteligibilidade ao campo complexo das relações entre vida e política no mundo contemporâneo se organiza em torno da partilha entre os corpos e as vidas dignas, que valem a pena ser vividas e que são incentivadas e protegidas, e os corpos abjetos das vidas indignas, inumanas, aquelas que podem permanecer expostas à máxima vulnerabilidade, precariedade e à própria morte. Segundo penso, esta é a maneira pela qual a autora norte-americana redefine e atualiza as concepções foucaultianas acerca do dispositivo da sexualidade e da biopolítica (DUARTE, 2017, p.254).

Butler (2000) traz ao debate a questão da diferença sexual que, nunca, simplesmente, tem uma função de diferenças materiais que não sejam, de alguma forma, concomitantemente caracterizadas e formadas por práticas discursivas. Além disso, afirmar que as diferenças sexuais são indissociáveis de uma demarcação discursiva não é a mesma coisa que afirmar que o discurso causa a diferença sexual. A categoria do “sexo” é, desde o início, normativa: ela é aquilo que Foucault chamou de “ideal regulatório” ou o que Butler chama de heterossexualidade compulsória. Nesse sentido, pois, o “sexo” não apenas funciona como uma norma, mas é parte de uma prática regulatória que produz os corpos que governa, isto é, toda força regulatória manifesta-se como uma espécie de poder produtivo, o poder de produzir — demarcar, fazer, circular, diferenciar — os corpos que ela controla.

Retomando a questão dos modos pelos quais a identidade, sobretudo a de gênero/sexual, é construída no e pelo discurso, Butler postula um su-

108 Em sua obra “Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade”, Butler se propõe a desconstruir o conceito de gênero em que se baseou o movimento feminista. A teoria queer pretende realizar a desconstrução dessa categoria, defendendo a instabilidade e a indeterminação de todas as identidades sexuadas e generificadas. “O queer, portanto, recusa a definição e a estabilidade, é transitivo, múltiplo e avesso à assimilação” (ROCHA, 2014, p. 510).

jeito como sempre em processo, que se constrói no discurso pelos atos que executa. Assim, a identidade de gênero é conceituada como uma sequência de atos sem ator ou autor preexistentes. A identidade, por exemplo, de mulher, é um devir, um construir sem origem ou fim. A identidade, portanto, está aberta a certas formas de intervenção e de resignificação contínuas, porquanto seja uma prática discursiva (ROCHA, 2014, p. 511).

Butler (2000) continua afirmando que o “sexo” é um constructo ideal que é forçosamente materializado através do tempo. Ele não é um simples fato ou a condição estática de um corpo, mas um processo pelo qual as normas regulatórias materializam o “sexo” e produzem essa materialização através de uma reiteração forçada destas normas. O fato de que essa reiteração seja necessária é um sinal de que a materialização não é totalmente completa, que os corpos não se conformam, nunca, inteiramente, às normas pelas quais sua materialização é imposta. Na verdade, são as instabilidades, as possibilidades de rematerialização, abertas por esse processo, que marcam um domínio no qual a força da lei regulatória pode se voltar contra ela mesma para gerar rearticulações que colocam em questão a força hegemônica daquela mesma lei regulatória.

A inscrição dos gêneros — feminino ou masculino — nos corpos é realizada, sempre, no contexto de uma determinada cultura e, portanto, com as marcas dessa cultura. As possibilidades da sexualidade — das formas de expressar os desejos e prazeres — também são sempre socialmente estabelecidas e codificadas. As identidades de gênero e sexuais são, deste modo, elaboradas e determinadas por relações sociais, que são moldadas pelas redes de poder de uma sociedade (LOURO, 2000).

É no âmbito da cultura e da história que são definidas as identidades sociais (todas elas e não apenas as identidades sexuais e de gênero, mas também as identidades de raça, de nacionalidade, de classe). Essas múltiplas e distintas identidades formam os sujeitos, na medida em que esses são interpelados a partir de diferentes situações, instituições ou agrupamentos sociais. Reconhecer-se numa identidade supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência. Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. Somos sujeitos de muitas identidades. Essas múltiplas identidades sociais podem ser, também, tempora-

riamente atraentes e, depois, nos parecerem rejeitáveis; então elas podem ser descartadas e abandonadas. Somos sujeitos de identidades transitórias e contingentes. Assim, as identidades sexuais e de gênero (como todas as identidades sociais) têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural, afirmado pelos teóricos e teóricas culturais (LOURO, 2000).

OS DIREITOS HUMANOS PENSADOS NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

As problematizações acerca dos direitos humanos são demasiado atuais no ocidente. Apesar das normativas legais terem sido estabelecidas no século XIX, apenas no século posterior com as violações do holocausto na segunda guerra mundial, e os bombardeamentos atômicos em Hiroshima e Nagasaki que a sociedade deu início a teorização efetiva da temática dos direitos humanos. Embora tenha ocorrido maior atribuição de importância ao referido tema, a questão de gênero, ou a reivindicação dos direitos humanos para as mulheres ainda está em construção. A violência contra as mulheres e contra os homossexuais mostra-se como um desafio para a efetivação dos direitos desses extratos da população (TEDeschi; COLLING, 2014).

De acordo com a mesma fonte, a desigualdade de gênero constitui-se em um paradoxo à igualização sugerida pelos Direitos Humanos desde a sua fundação no século XVIII. E a referida desigualdade, tem no poder e no domínio dos homens sobre as mulheres uma história de dominação. A reivindicação dos Direitos Humanos às mulheres é necessária porque até há pouco tempo, elas não eram consideradas humanas, mas sim, filhas, esposas de humanos (homens).

A seguir serão citados os três principais documentos sobre os Direitos Humanos, que são: a Declaração dos Direitos da Virgínia (EUA) de 1776, que é uma declaração de direitos que proporciona a abertura para a independência da América do Norte e que será inspiradora para o documento lançado após a Revolução Francesa, que se constitui na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O terceiro documento realizado pela Organização das Nações Unidas em 1948 acompanha os anteriores em seus princípios gerais. No entanto, os três se calam sobre as mulheres. Os dois primeiros ponderam em relação aos Direitos do

Homem e o terceiro avança e fala em direitos do ser humano (TEDESCHI; COLLING, 2014).

Durante o século das luzes, quem ponderasse se aposar da suposta igualdade instituída pela Revolução Francesa para galgar espaços na vida pública teria como destino a morte certa na guilhotina. Muitas mulheres que ousaram reivindicar seus direitos de cidadania tiveram esse destino (SILVA, 2010).

Como exemplo pode-se citar a autora da *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (*Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*), Marie Gouze, mais conhecida como Olympe de Gouges (1748-1793). No ano de 1793 ela foi guilhotinada em Paris. E a condenação ocorreu devido ao fato de ela ter-se mostrado contrária aos conhecidos revolucionários Robespierre e Marat, que a rotulavam de mulher “desnaturada” e “perigosa demais” (ASSMANN, 2007).

De acordo com Scott (2002), até 1944 na França o alicerce comum da individualidade e da cidadania era a masculinidade. A superioridade do homem branco ocidental em comparação aos seus análogos considerados seres inferiores se baseava numa individualidade adquirida e apregoada a partir da divisão social e afetiva do trabalho, formalizada pela instituição do casamento monogâmico.

Para Foucault (1999), nesse casamento monogâmico burguês, a sexualidade é cuidadosamente recolhida para o interior do domicílio, sendo exercido pelos cônjuges e reduzido o sexo apenas a reprodução. O casal heterossexual procriador é o que pratica o sexo de forma “legítima”. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. O local mais apropriado para o exercício da sexualidade é o quarto dos pais, lugar reconhecido para o ato sexual. Às demais sexualidades só restam esconder seus corpos.

O ato sexual dos cônjuges era repleto de regras e recomendações. A relação matrimonial era o foco mais intenso das restrições; era sobretudo dela que se falava. O sexo deveria ser discutido, confessado em detalhes, para além da simples repressão. Nesse sentido, estava sob estreita vigilância: se estivesse em falta, isto tinha que ser mostrado e demonstrado diante de testemunha. As demais formas de relações, no caso, as que não aconteciam no matrimônio heterossexual, constituía-se em algo confuso: como a incompreensão da “sodomia”, a homossexualidade ou a indiferença perante a sexualidade das crianças (FOUCAULT, 1999).

Nesse contexto, a única sexualidade “correta”, era aquela exercida na família nuclear burguesa, na residência dos cônjuges, a partir de várias restrições e destinado à procriação. Nesse ambiente de poder que vai além da simples repressão, mas também da elaboração de discursos acerca das sexualidades, a mulher era considerada extensão da família e propriedade do marido, existindo apenas enquanto cuidadora e exercendo seu papel de reprodutora.

Corroborando com essa realidade, o Código de Napoleão de 1804, influenciou sobremaneira a condição da mulher, materializando a ideia de que essa é propriedade do marido, e que sua função primordial é gerar filhos no casamento monogâmico. A mulher casada dilui-se na família, existe somente para o núcleo familiar e o cuidado de seus membros, sendo dependente do marido e inferior a ele. O Código napoleônico foi elaborado em seguida a Revolução Francesa, tendo determinado por mais de um século a subordinação privada das mulheres e influenciou decididamente na negação à sua cidadania política (TEDESCHI; COLLING, 2014).

Os diferentes níveis de inferiorização as mulheres estão submetidas ao redor do mundo, em algumas regiões há uma condição mais subalterna, como no Oriente Médio e diversos outros lugares. Também existem locais onde as mulheres têm mais liberdade, porém a opressão do feminino faz-se perceptível, mesmo que de maneira sutil. No Brasil, esse fato é bastante recorrente no cotidiano das mulheres, aprofundando-se a partir dos recortes de raça, orientação sexual, vulnerabilidade socioeconômica, entre outros.

O Código Civil Brasileiro, aprovado em 1916 e implementado em 1917, anula as Ordenações Filipinas e determina a incapacidade feminina para muitos atos do cotidiano e a declara como relativamente inapta junto aos menores de idade, loucos e indígenas (COLLING, 2015).

Colling (2015) continua relatando que o conceito de honra é estabelecido nesse código e a honra da mulher é uma das principais razões existentes para seu assassinato. Esse conceito localiza o homem como legitimador da referida honra da mulher, ocorrendo através da verificação da virgindade e da fidelidade da esposa no casamento. Assim, o corpo feminino era propriedade do marido, que a partir de qualquer ato de desconfiança da esposa poderia agir com violência, muitas vezes, exterminando-lhe a vida.

O princípio cristão “não matarás” não é levado em consideração para que os homens não cometessem o assassinato de suas esposas e companheiras. Matava-se em nome da honra, crime que era absolvido pela sociedade, já que o marido era o proprietário da esposa. A tese jurídica da legítima defesa da honra inocentou milhares de criminosos, demonstrando convivência social em relação a violência doméstica, persistindo, dessa forma, a hierarquia sexual. Alguns países adotaram a norma da impunidade total favorecendo o marido que exercesse atos de “vingança” ao surpreender a mulher em adultério (COLLING, 2015).

A Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, o Estatuto da Mulher Casada, modificou o Código Civil de 1916 em vários artigos. Aboliu a ideia de capacidade relativa da mulher e ampliou seu poder na família, sendo o homem e a mulher responsáveis pelas decisões do núcleo familiar. Nesse sentido, melhorou a posição da mulher na sociedade conjugal em relação aos filhos (MATOS; GITAHY, 2007).

Continuando com a mesma fonte, na continuação da evolução legislativa, surgiu a Lei do Divórcio. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foi anexa ao Código Civil Brasileiro de 1916, gerindo casos de dissolução da sociedade conjugal e suas consequências. Nesse período, ainda se acreditava na família composta excepcionalmente pelo casamento, no matrimônio indissolúvel e na impossibilidade de uma nova união.

De acordo com os mesmos autores, a lei do divórcio desobrigou a mulher de portar o sobrenome do marido. Porém, o comando da sociedade conjugal prosseguiu pertencendo ao homem, sendo concedido, inclusive, o direito de ordenar pensão alimentícia da mulher, se fosse necessário.

A Constituição Federal de 1988 originou dispositivos muito importantes para o término da discriminação sofrida pelas mulheres, ao garantir-lhes, de maneira expressa, o direito à igualdade, nos termos do art. 5º, inciso I, e ao assegurar-lhes o título de plena cidadania, ocasionando, assim, a possibilidade de inserção feminina nos espaços sociais. Até 1988, ainda existiam os empecilhos legais dos artigos 233 e 380 do Código Civil, que afirmavam que a representação legal da família era responsabilidade do marido, do pai no exercício do pátrio poder e, no caso de divórcio, prevalecia a vontade do homem; e a mulher se não concordasse, deveria buscar o judiciário (SANTOS, 2009).

Após um histórico de lutas feministas, foi criada a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que fortalece e origina equipamentos que compõe a rede de apoio a mulheres em situação de violência. A referida lei, fala de cindo tipos de violência contra a mulher, que são: a física, a patrimonial, psicológica, moral e a sexual. A partir desse marco legal, instituem-se de maneira mais organizada e sistematizada os Centros de Referência, as Casas Abrigo, as Delegacias de Defesa da Mulher e os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Anteriormente a Lei 11.340/2006, os casos de violência doméstica eram encaminhados aos juizados especiais cíveis e criminais – JEC e JECRIM, instituídos pela Lei 9.099/1995, que julgavam os crimes de “menor potencial ofensivo”, que tinham pena menor ou igual a 1 ano. Quando ocorria a punição do agressor (o que acontecia raramente), este era comumente condenado a entregar uma cesta básica a alguma instituição filantrópica (CORTES; CALAZANS, 2011).

Para elucidar a extrema violência a que as mulheres estão submetidas, o Atlas da Violência (2018) traz alguns dados acerca dessa violação dos direitos humanos. Em 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa uma taxa de 4,5 feminicídios para cada 100 mil brasileiras. Em dez anos, no período de 2006 a 2016, observa-se um aumento de 6,4%.

Parece-me evidente que as constantes violências e discriminações de gênero e relativas à orientação sexual, frequentes tanto em casa como no trabalho, na escola e na rua, põem em xeque as condições de vida de certos sujeitos: mulheres, homossexuais, lésbicas, travestis e transexuais são mortos sem maiores consequências porque seus agressores, assim como as instituições jurídico-penais e boa parte da própria população, tendem a não os reconhecer como totalmente humanos, de modo que suas mortes, frequentemente, deixam de ser investigadas e seus assassinos permanecem impunes (DUARTE, 2017, p. 256).

O Atlas da Violência (2018) também revela que no estado do Ceará, no ano de 2016, houve um total de 218 feminicídios. Entre o ano de 2006 (134) e 2016, ocorreu um aumento de 62,7%. Já entre os anos de 2015 (254) e 2016 houve uma diminuição das mortes em 14,2%.

Desagregando-se a população feminina pela variável raça/cor, confirma-se um fenômeno já amplamente conhecido: considerando-

-se os dados de 2016, a taxa de feminicídios é maior entre as mulheres negras (5,3) que entre as não negras (3,1) – a diferença é de 71%. Em relação aos dez anos da série, que ocorreu entre 2006 e 2016, a taxa de feminicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto que entre as não negras houve queda de 8% (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2018).

Assim, de acordo com esses dados, podemos perceber que a violência contra o gênero feminino se faz constante no Brasil, mesmo após a Lei Maria da Penha que rege os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (2006). Nesse contexto, as mulheres negras são as mais violadas, somando-se a outras categorias que aprofundam a subalternização das mulheres, como orientação sexual, classe social, deficiência física e intelectual, entre outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo esse histórico de lutas feministas, passando pelas reivindicações dos direitos de cidadania, políticos, civis, de liberdade sexual, contracepção, aborto legal, etc. O patriarcado ainda se faz presente na contemporaneidade, destinando ao homem o poder de decidir sobre o corpo e as escolhas da mulher, tendo uma de suas grandes expressões a família nuclear burguesa que submete a mulher e filhos à autoridade concedida ao pai/marido de impor sua vontade nesse modelo familiar opressor.

Portanto, com essas mais diversas legislações, podemos perceber o histórico de violações de direitos das mulheres na história do Brasil e do Mundo. Mesmo com as diversas conquistas dos movimentos sociais, a desigualdade entre os gêneros faz-se muito presente no cotidiano de mulheres e meninas em todo o globo, que vão desde formas mais sutis de violência, como a simbólica, até o feminicídio.

Por isso, é de extrema importância que ocorra o planejamento das políticas para as mulheres, a conscientização desse extrato da população sobre como se configura a violência, a efetivação de projetos que tenham como finalidade a emancipação feminina e a criação de programas que visem diminuir e em maior prazo acabar com a violência de gênero.

REFERÊNCIAS

- ASSMANN, Selvino José. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA CIDADÃ. **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**, Florianópolis, v. 4, n. 1, jan/jun 2007.
- BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n.11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.
- BUTLER, Judith. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In **O CORPO EDUCADO PEDAGOGIAS DA SEXUALIDADE**, Belo Horizonte, Autêntica, 2000. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1230/Guacira-Lopes-Louro-O-Corpo-Educado-pdf-rev.pdf?sequencia=1>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (ORG.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2018**. Rio de Janeiro, IPEA e FBSP, 2018. 93 p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 04 de agosto de 2018.
- COLLING, Ana Maria. **O lastro Jurídico e cultural da violência contra a mulher no Brasil**. XXVIII Simpósio Nacional de História, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1427675369_ARQUIVO_anpuh2015.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2018.
- DEL PRIORE, Mary. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil colônia**. Editora UNESP- 2°. Ed: São Paulo, 2009.

- DUARTE, André de Macedo. **Reler Foucault à luz de Butler: repensar a Biopolítica e o Dispositivo da Sexualidade. Dois pontos:**, Curitiba, São Carlos, volume 14, número 1, p. 253-264, abril de 2017.
- FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade: a vontade de saber.** Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 1999. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.
- GREGORI, Juciane de. **Reflexões sobre gênero e direitos humanos a partir do Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres.** Bauru, v. 4, n. 2, p. 111-126, jul./dez., 2016.
- LOURO, Guacira Lopes. **Pedagogias das Sexualidades.** In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O Corpo Educado.* Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Disponível em: <<https://territoriosdefilosofia.wordpress.com/2015/07/01/pedagogias-da-sexualidade-guacira-lobes-louro/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2018>.
- MATOS, Maureen Lessa; GITAHY, Raquel Rosan Christino. **A evolução dos direitos da mulher.** Colloquium Humanarum, v. 4, n.1, Jun. 2007, p. 74-90. DOI: 10.5747/ch.2007.v04.n1/h037. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/viewFile/223/606>>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.
- MARINHO, Cristiane Maria; VERAS, Elias Ferreira. **Michel Foucault e a teoria queer.** BAGOAS n. 16 | 2017 | p. 21-28.
- MARTINS, Ana Paula Antunes. **O Sujeito “nas ondas” do Feminismo e o lugar do corpo na contemporaneidade.** Revista Café com Sociologia. Vol.4, Nº1. Jan. - abr. 2015. Disponível em: <<file:///D:/Users/Meus%20Documentos/Downloads/443-1633-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.
- PEREIRA, Bérengère Marques. Cidadania. In: HIRATA, Helena et alii. (org). **Dicionário Crítico do Feminismo.** São Paulo: Editora UNESP, 2009.

PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. **In: Diferenças, igualdade.** São Paulo, Berlendis Editores Ltda, 2009.

ROCHA, Cássio Bruno Araujo. **Um pequeno guia ao pensamento, aos conceitos e à obra de Judith Butler.** Cadernos pagu (43), julho-dezembro de 2014:507-516.

SIQUEIRA, Kamilla Karla Barbosa. **AS TRÊS ONDAS DO MOVIMENTO FEMINISTA E SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO BRASILEIRO.** XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/ARu8H4M8AmpZnw1Z.pdf>>. Acesso em: 25 de agosto de 2018.

SCOTT, Joan W. **A Cidadã Paradoxal:** as feministas francesas e os direitos do homem. Tradução de Élvio Antônio Funck. Florianópolis: Mulheres, 2002. 312 p.

SILVA, Sergio Gomes da. **Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher.** Psicologia Ciência e Profissão, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v30n3/v30n3a09.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

TEDESCHI, Losandro Antonio; COLLING, Ana Maria. **Os Direitos Humanos e as questões de Gênero.** *Hist. R.*, Goiânia, v. 19, n. 3, 2014. Disponível em: <<file:///D:/Users/Meus%20Documentos/Downloads/32992-193867-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

TERRA, João; PRADO, André. Contra-hegemonia: **Direitos Humanos da População LGBT diante dos discursos jurídicos heteropatriarcais.** *Revista Gênero e Direito* (1) 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/18295/10592>>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

EM TEMPOS CONSERVADORES: OMISSÃO DE OBJETIVOS CLAROS NA POLÍTICA IDENTITÁRIA DAS MINORIAS SEXUAIS E DE GÊNERO QUE COMPÕEM O SEGMENTO LGBTQ+

Paulo Roberto de Souza Junior

Introdução

Este artigo traz como preocupação central o debate sobre omissão de objetivos claros dentro das políticas identitárias em relação das minorias sexuais e de gênero que compõem o segmento LGBTQ+, em tempos conservadores, já que estes ao não seguirem a relação tradicional de gênero são considerados pessoas dissidentes ou discordantes desta relação e, por conseguinte, são colocados a margem de direitos e ações que garantam a diversidade sexual.

Para entendermos a proposta deste artigo, deveremos conceituar estas minorias, para tanto utilizaremos o conceito de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti,

As minorias sexuais são aquelas que são discriminadas social e/ou juridicamente em razão de sua orientação sexual ou de práticas sexuais dissonantes daquelas aceitas pelo moralismo majoritário, desde que consensuais/lescentes de equivalente capacidade civil). As tradicionais minorias sexuais, em termos identitários, são formadas por homossexuais (lésbicas e gays), bissexuais, pansexuais e

assexuais. *Heterossexuais* configuram-se como maioria sexual. As minorias de gênero são aquelas que são discriminadas social e/ou juridicamente em razão de sua identidade de gênero dissonante da cisgeneridade, ou em razão de hierarquias sociais que privilegiam um gênero em detrimento do(s) outro(s).

Gênero se refere ao conjunto de características socialmente atribuídas e esperadas de uma pessoa em razão de seu genital, ao nascer. No binarismo de gênero culturalmente hegemônico, refere-se à dicotomia masculinidade/feminilidade. Então, a identidade de gênero se refere à autopercepção de uma pessoa enquanto pertence a um gênero. Transgênero é a pessoa que não se identifica com o gênero que lhe é atribuído ao nascer (em razão que não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer (em razão de seu genital, nas culturas ocidentais). Cisgênera é a pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer (é a pessoa que não é trans para simplificar). Então as tradicionais minorias de gênero são as mulheres cisgênero e as pessoas transgênero – travestis, mulheres transexuais e homens trans. Cisgêneros configuram-se como a maioria de gênero (VECCHIATTI, 2018, p. 452).

Trata-se da análise da omissão de objetivos claros dentro políticas identitárias que eliminem a desigualdade sexual e de gênero e suas consequências ao movimento LGBTQ+.

Desta forma, temos como hipótese a seguinte afirmação: que as construções sociais realizadas em sociedade deverão ter como base o respeito aos minorias sexuais e de gênero devido a possuir uma identidade diversa da relação binária de gênero, ou seja, quais os caminhos para a preservação de políticas identitárias das minorias sexuais e de gênero que constituem-se como sujeitos que integram o segmento LGBTQ+, devido à ausência de objetivos claros dentro das políticas específicas, em tempos conservadores, destinadas aos mesmos.

O conservadorismo surge diretamente da sensação de pertencimento a alguma ordem social contínua e preexistente e da percepção de que esse fato é importantíssimo para determinar o que fazer. A ‘ordem’ pode ser de um clube, de um sociedade, a de uma classe, a de uma comunidade, a de uma igreja, a de um governo ou de uma nação (SCRUTON, 2015, p. 51), ou seja, busca-se a continuidade de seu

mundo social, sem mudanças ou revoluções sociais para responder ao clamor da sociedade.

A presente onda conservadora, ou, mais propriamente, o neoconservadorismo, que é representado pela extra direita, no Brasil, o qual se une ao fundamentalismo religioso moralista, retirando, assim, das minorias, seus direitos e voz.

Este se alimenta das diversas crises existentes em sociedade, e, aponta a esquerda, como “bandido”. Desta forma, xs neoconservadorxs “criam dispositivos de poder e regime de verdade baseados no padrão burguês, branco, heterossexual e masculino” (SEPULVEDA e SEPULVEDA, 2018, p. 500), onde seu ataque tem se concentrado principalmente, segundo Ivanderson Pereira da Silva,

[...] em torno da deturpação do argumento lançado por Simone de Beauvoir de que ‘não se nasce mulher: torna-se mulher’ (BEAUVOIR, 1980). Para arregimentar forças, a Igreja Católica, sob o slogan da ideologia de Gênero’, passou a anunciar o prelúdio do apocalipse moral disseminando a tese de que os movimentos feministas e de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais (LGBTI) estariam promovendo a destruição da família e incentivando toda sorte de libertinagens sexuais dentre as quais a pedofilia, a zoofilia e a necrofilia” (SILVA, 2018).

Uma forma de combatermos este posicionamento será através da sociedade civil organizada, que deverá pautar políticas identitárias que enumerem as características necessárias para resguardar e definir xs sujeitxs integrantes do segmento LGBTQ+, suas performances e identidades, como forma de coibir o discurso de ódio e suas práticas.

A definição trazida por Marta M. Assumpção Rodrigues (2010) expressa bem essa relação entre Estado e sociedade na formulação de políticas públicas:

Política Pública é o processo pelo qual os diversos grupos que compõem a sociedade –cujos interesses, valores e objetivos são diferentes –tomam decisões coletivas que condicionam o conjunto dessa sociedade. Quando decisões coletivas são tomadas, elas se conver-

tem em algo a ser compartilhado, isto é, em uma política comum (RODRIGUES, 2010, p.13)

O atual governo federal, de viés fundamentalista e conservador definiu que as políticas ao referido segmento estarão a cargo do Ministério de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, entretanto, inicialmente, não foram apresentadas políticas destinadas ao segmento em epígrafe, já que o segmento não constava dentro das atribuições da referida pasta, que era constituída de “mulheres, crianças e adolescentes, juventude, idosos, pessoas com deficiência, população negra, minorias étnicas e sociais e índios”.

A sociedade civil questionou a ausência do segmento LGBTQ+, na diretriz do referido Ministério, ao Presidente da República e ao próprio Ministério e, estes, em resposta, salientaram que estaria a cargo de uma diretoria subordinada à Secretaria Nacional de Proteção Global do Ministério. Hoje, tal missão é executada pela Diretoria de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (DPLGBT).

O artigo se justifica por propor um debate acerca da ausência de objetivos claros das políticas públicas a este segmento, que visam a garantia da diversidade sexual e a eliminação do preconceito e da discriminação a estes e como a sociedade civil organizada deverá agir. O instrumento utilizado dentro deste estudo será a pesquisa bibliográfica sobre a temática, onde serão apreciados estudos de artigos e as políticas públicas na busca de condições para sintetizar uma análise correta e coerente desta política com finalidade de traçar os referidos caminhos para sua revisão. O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como, BUTLER (2017), BIANCHI (2016), SEPULVEDA e SEPULVEDA (2018).

1- O conservadorismo nos tempos atuais: neoconservadorismo?

Os valores conservadores modernos foram adaptados à realidade brasileira devido a características e dogmas de seus interlocutores.

A eleição de Fernando Henrique Cardoso e de sua equipe, na década de 1990, trouxe consigo uma onda conservadora da qual participavam diversos segmentos da classe dominante, bem como a maioria da classe média e num número grande de pessoas da classe popular.

Buscava-se derrotar eleitoralmente a esquerda e implantar o programa político neoliberal, defendo, assim, um amplo programa de privatizações; uma reforma constitucional realizada com base no neoliberalismo (quebra de monopólios, saneamento da previdência social e da administração pública); e, abertura da economia ao capital internacional.

Este neoliberalismo, na visão disciplinar, não seria propriamente uma renovação do velho liberalismo, mas uma “racionalidade global de novo tipo engajada na criação de políticas de apoio às empresas, de custos trabalhistas, de desmantelamento do direito do trabalho e de estímulo do empreendedorismo individual” (BRAGA, 2016, p. 14).

Hoje, notamos que este conservadorismo cedeu lugar a extrema direita e ao neoconservadorismo (novo conservadorismo), o qual peca por falta de uma identidade própria, diante disso, foram importadas características tanto da Europa como dos EUA, como mencionado por Felipe Araújo Castro,

Dos movimentos da Europa Oriental reproduzem a luta contra o comunismo e o antagonismo às minorias, mas num país que nunca teve um governo comunista, ou mesmo esteve sob a ameaça efetiva de um levante “vermelho”. Do debate norte-americano, com meio século de atraso, ressuscitam o discurso sobre a necessidade de combater os “ativismos”, que teriam hegemonizado as universidades por meio do “marxismo cultural” e seriam responsáveis pela degradação dos valores da verdadeira Nação brasileira ... É nos Estados Unidos da América que a renovação do conservadorismo assumirá formas semelhantes à ideologia que hegemonizou as eleições brasileiras de 2018. Abandonando o campo da regulação da economia, uma série de autores endossarão projetos de regulação da moral e dos costumes, a partir da leitura que o grande “mal” do Ocidente seria a profunda crise de valores que destrói as fundações da moralidade social (CASTRO, 2018).

Concordamos, entretanto, com Gabriel Romero Lyra Trigueiro (2017) que a presente corrente é carregada de problemas conceituais, por se tratar de uma corrente sem qualquer base econômica, eleitoral ou religiosa de caráter fixo, devido a importação acima mencionada,

Aqui no entanto convém recordar que se a tradição neoconservadora, ao longo das décadas, foi se tornando cada vez mais intervencionista, internacionalista e militarista, havia igualmente amplos segmentos do movimento conservador norte-americano que iam na direção inversa—ao menos desde o início do século XX. Este era o caso, por exemplo da chamada Velha Direita (ou dos paleoconservadores, o segmento da tradição conservadora norte-americana que, ao criar a sua genealogia própria, se filiou filosoficamente à Velha Direita, em oposição aos demais segmentos do movimento conservador), uma franja do movimento conservador detentora de uma agenda anti-intervencionista, anti-imigração e antiglobalização, bem diversa do cosmopolitismo e globalismo neocon, a propósito. O ponto principal da agenda da Velha Direita, e dos paleoconservadores, entretanto, era uma severa crítica ao forte militarismo, sobretudo no pós-Segunda Guerra Mundial—de modo suprapartidário, é bom salientar. Em comparação aos neoconservadores, a Velha Direita e os paleocons sempre receberam pouca atenção da mídia. Isso se explica sobretudo pelo fato de que enquanto os primeiros receberam grande escrutínio da imprensa no pós-11 de Setembro, sobretudo pelo fato de terem sido ligados com frequência ao governo Bush, o segundo grupo jamais alcançou o status de corrente majoritária, quer fosse dentro do movimento conservador, quer fosse no interior da máquina Republicana. (TRIGUEIRO, 2017, p. 153).

Este neoconservadorismo une-se ao neofundamentalismo, onde o novo fundamentalismo não busca seguir suas raízes, já que se ampara na bancada religiosa das igrejas pentecostais presente na política brasileira, e, por isso importa posições ideológicas da mesma, segundo Alvaro Bianchi

[...] abraçam os valores da sociedade capitalista e fazem do empreendedorismo e da prosperidade de sua ideologia” (op cit, p. 18), enaltecem a ordem e a hierarquia, vê na família a célula fundamental da sociedade e considera a civilização ocidental ameaçada pela secularização de valores Defendem a “escolas sem partido”, contestam o ensino da “ideologia de gênero”, atacam a adoção do “kit-gay” e advogam contra as religiões de matriz africana. As políticas de reconhecimento contrapõem o discurso da negação das diferenças ((BIANCHI, 2016, p. 19).

Trata-se da batalha de ideias, mais especificamente do processo de hegemonia pelo qual a classe dominante se conserva, criando novos terrenos ideológicos na disputa de classe (OLIVEIRA, 2018, p. 252/253), sendo um terreno onde se busca a retirada das políticas sociais, já que estamos diante do Estado mínimo, onde sem busca a não interferência do Estado em sociedade.

2- As políticas públicas em tempos conservadores

A submissão das minorias a exploração do capitalismo, que é impregnado pela ideologia patriarcal, ocorre em grande parte dos casos por não terem condições de saírem desta situação, devido à falta de qualificação profissional, espaço no mercado de trabalho e, na própria sociedade, onde permanecem excluídas do processo de acumulação de capital, gerando dominação e perda de identidades destas e, por conseguinte, não permitindo sequer o acesso mínimo a subsistência.

Há necessidade de uma agenda de políticas públicas que vise coibir está exploração e garantir condições dignas de sobrevivência e de uma política identitária ao segmento em epígrafe.

Segundo Celina Souza (2006) não há como identificar um conceito único sobre as mesmas,

Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (SOUZA, 2006, p. 24).

O ato de elaboração destas políticas, compreende o esquema de organização de uma identificação do problema, formação de uma agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação e avaliação. As ponderações referentes ao ciclo das políticas possuem grande utilidade prática, pois são capazes de organizar ideias e apresentar com mais clareza

os esboços e intenções políticas aos administradores e outros envolvidos nas ações que compõem o ciclo das políticas (SILVA, MOTA, DORNELAS E LACERDA, 2017, p. 35).

Há exemplos de políticas sociais compensatórias, importantes para as minorias, entre elas, mesmo não sendo exclusivas a este segmento, tais como: cotas raciais (com fim de inclusão de negros em universidades), Lei Maria da Penha (direcionada para erradicar a violência contra o gênero mulher), PLC122 (projeto de lei que criminaliza a homofobia e transfobia nos termos das leis de combate à discriminação).

Em tempos conservadores, há gradativa diminuição de políticas setoriais destinadas a pessoas que não guardam posições coerentes com a heteronormatividade, onde há posição definida entre o masculino e feminino, pois se identificam como sendo discordantes ou divergentes da relação tradicional de gênero.

3- O público LGBTQ+: minorias sexuais ou de gênero?

Numa sociedade impregnada de exemplos de atitudes preconceituosas e discriminatórias, como, o discurso de ódio, a intolerância e o fascismo, que são grandes exemplos do desmonte da democracia que dá sinal de ser frágil, já que atuam diretamente numa parcela da sociedade, ou seja, nas minorias sexuais e de gênero que constituem-se nxs sujeitoxs discordantes ou divergentes da relação binária de gênero.

Gilles Deleuze e Felix Guattari mencionam que tanto as majorias como as minorias não se distinguem pelo número de seus integrantes e sim o modelo das mesmas,

As minorias e as majorias não se distinguem pelo número. Uma minoria pode ser mais numerosa que uma maioria. O que define uma maioria é um modelo ao qual é preciso estar conforme: por exemplo o europeu médio adulto macho habitante das cidades... Ao passo que uma minoria não é modelo, é um devir, um processo. Pode-se dizer que uma minoria não é ninguém. Todo mundo, sob um ou outro aspecto está tomado por um devir minoritário que o arrastaria por caminhos desconhecidos caso consentisse em segui-lo (DELEUZE, 1996, p. 214).

Neste mesmo caminho, pensar minorias é pensar devir:

[...] a ideia devir está ligada à possibilidade ou não de um processo se singularizar. Singularidades femininas, poéticas, homossexuais, negras, etc., podem entrar em ruptura com as estratificações dominantes. Para mim, esta é a mola-mestra da problemática das minorias; é uma problemática da multiplicidade e da pluralidade, e não uma questão de identidade cultural, de retorno ao idêntico, de retorno ao arcaico (GUATTARI; ROLNIK, 1986, p.74)

As reeferidas minorias sexuais se inserem no contexto dos grupos minoritários e vulneráveis, estas podem fazer alusão ao sexo, minorias sexuais e, ao gênero, minorias de gênero, aquelas são “formadas por pessoas de interesses multifacetados e que sofrem preconceito, discriminação e intolerância em razão de contrariarem a heteronormatividade ou de serem percebidas como “heterodiscordantes” (SILVA Jr, 2013, p. 23); já, e, estas, definem xs sujeitxs que não seguem a relação tradicional de gênero.

É dentro destas minorias é que a sexualidade se articula a outros marcadores sociais da diferença – classe social, gênero, geração, raça–cor–etnia, são esses enfeixamentos que determinam que alguns comportamentos são mais aceitos que outros, no campo da sexualidade experimentada pelas pessoas. Por exemplo, uma mulher lésbica masculinizada branca pode ser mais aceita que uma lésbica não masculinizada negra e pobre (SILVA, 2015, p. 5).

Esta identidade “é um significado – cultural e socialmente atribuído” (SILVA, 2014, p. 89) ao sujeitx em sociedade. Estes comportamentos são chamados de performances identitárias com os quais nos deparamos com sujeitxs que vivem e se apresentam de determinada forma socialmente, entretanto, devido à complexidade da vida, há necessidade que estes assumam diferentes identidades, as quais são criadas por marcadores de diferenciação, onde podemos incluir a: etnia, raça, gênero e sexualidade, entre outros fatores.

4- As políticas públicas, em tempos conservadores, destinadas as minorias sexuais e de gênero que compõem o segmento LGBTQ+

Olhar as minorias sexuais e de gênero na perspectiva da política pública é pensar também sobre a democracia e a inserção em nosso país e no

mundo contemporâneo de pessoas LGBTQ+, como determina a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 3º, IV e 5º, XLI, ao deixar de forma explícita que a população LGBTQ+ deverá ter sua identidade respeitada.

Diante desta obrigatoriedade o Ministério de Estado da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos responsável por políticas setoriais destinadas ao segmento LGBTQ+ menciona em seu site (<https://www.mdh.gov.br>) foi instituída a Diretoria de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (DPLGBT). tem a responsabilidade de coordenar a elaboração e implementação dos planos, programas e projetos relacionados aos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em âmbito nacional. É também competência da Diretoria a articulação de ações pró-LGBT junto aos demais órgãos da Administração Pública Federal. Já a Coordenação Geral do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos LGBT presta apoio logístico e institucional à atuação desse órgão colegiado, cumprindo a função legal de Secretária-Executiva do CNCD-LGBT” (<https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/lgbt/a-secretaria/institucional>, acessado em 11 de abr de 2019).

Por fim, o referido site apresenta as atribuições do Ministério,

- Coordenar os assuntos, as ações governamentais e as medidas referentes à promoção e defesa dos direitos da população LGBT;
- Coordenar as ações de implementação, monitoramento e aperfeiçoamento dos centros de referência em direitos humanos da população LGBT;
- Coordenar a produção, a sistematização e a difusão das informações relativas à população LGBT; e
- Propor e incentivar a realização de campanhas de conscientização pública, visando à inclusão social da população LGBT (*idem*).

Foi recepcionado do governo de Michel Temer, o Pacto Nacional, Portaria nº 202, de 10 de maio de 2018, que visa articular ações para o enfrentamento da violência perpetrada contra a população LGBT,

Art. 2º - O Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência LGB-Tfóbica tem por objetivo promover a articulação entre a União,

Estados e Distrito Federal nas ações de prevenção e combate à LGBTfobia.

Entretanto, até o presente momento, não há dados complementares de como tais políticas serão implementadas no atual governo e seus recursos, já que o referido Ministério não definiu objetivos claros de como será sua atuação para enfrentamentos a vulnerabilidade deste segmento, ou seja, a colocação em prática de todas atribuições relacionadas, bem como as campanhas que visam a promover o esclarecimento em relação à naturalidade das múltiplas orientações sexuais, também previstas no referido site.

Conclusão

No Brasil, estamos diante de um novo conservadorismo, ou seja, neoconservadorismo, este sem grandes características próprias e algumas importadas de outro países, utilizam da força para com os indivíduos inferiores, com finalidade de impor decisões e escolhas de uma vida de virtude e deveres, através de discursos que geram ódio e repúdio de seus seguidores a outros segmentos e grupos que não compartilham com suas ideias e dogmas.

Esta ala política possui grande influência no âmbito dos diversos poderes e comunga com os princípios judaico-cristã, onde notamos que há uma proliferação de atitudes fundamentalistas, tais como: a negação do aborto, a indissolubilidade do casamento e sua finalidade procriativa, discurso carregado de ódio ao público mencionado e a suas performances identitárias, entre outros. Esta última atitude traz consigo ações homofóbicas, sem a devida criminalização destes, por ausência legislativa. Não havendo respeito a identidade de gênero destes, pois destoam-se da relação tradicional de gênero.

Há necessidade de enfrentamento destas atitudes moralistas e a cobrança por parte da sociedade por políticas identitárias ao segmento em questão, pois fazer política é gerenciar conflitos e da opção por um determinado lado do conflito. Esta é composta de planos e ações desenvolvidas pelo Estado de modo a assegurar um direito do cidadão, onde há prioridades dos diferentes atores sociais e que irão entrar em conflito com os gestores na busca das mesmas, onde a diversidade sexual é respeitada.

Devemos meter a colher, sim, questionar, pleitear, unirmos em prol de políticas identitárias que privilegiam a diversidade sexual e, por conseguinte, a eliminação do preconceito e da discriminação.

Referências Bibliográficas

BENTO, Berenice. **Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos**. Salvador:

EDUFBA, 2017.

BIANCHI, Alvaro. Neoconservadorismo, Neoliberalismo e Neofundamentalismo. In: Revista CULT. Ano 19, dezembro, 2016, pp.18 a 21.

CAETANO, Marcio; SILVA Jr, Paulo Melgaço; GOULART, Treyce Ellen. Eu me sentia assim, meio que excluído: performances hegemônicas e as dissidências na escola. IN: Enlaçando sexualidades: uma tessitura interdisciplinar no reino das sexualidades e das relações de gênero. Suely Messeder, Mary Garcia Catro, Laura Moutinho (orgs.). Salvador: EDUFBA, 2016.

CASTRO, Felipe Araújo. Precisamos Falar Sobre O (Neo)Conservadorismo No Brasil. In: *Justificando – mentes inquietas pensam Direito*. 06 de nov 2018.

<http://www.justificando.com/autor/felipearaujoc/>, acesso em 03 nov 2019

DELEUZE, Gilles e GUATTARI, Felix. **Mil Platôs: Capitalismo e Esquizofrenia**. São Paulo: Editora 34,1996.

GUATTARI, Felix; ROLNIK, Suely. **Cartografias do desejo**. Petrópolis: Vozes, 1986.

MADUREIRA, Flávia do Amaral e BRANCO, Angela Maria Cristina Uchôa de Abreu. Identidades Sexuais Não-hegemônicas: Processos Identitários e Estratégias para Lidar com o Preconceito. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa*. Jan-Mar 2007, Vol. 23 n. 1, pp. 081090. <https://revistaptp.unb.br/index.php/ptp/article/viewFile/1664/574>, acesso em 30 de julho de 2018.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. **Inclusão escolar: o que é? Por quê? Como fazer?**

São Paulo: Editora Summus, 2015

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. **Políticas públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010. (Coleção Folha Explica).

SCRUTON, Roger. **O que é conservadorismo**. Trad. Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2015.

SEFFNER, Fernando. Equívocos e Armadilhas na Articulação entre diversidade Sexual e Políticas de Inclusão Escolar. In: Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: MEC/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009

SEPULVEDA, Denize e SEPULVEDA, José Antonio. Conservadorismo, gêneros e sexualidades: temáticas que se entrelaçam nas pesquisas do GESDI e do GEPCEB. In: Gêneros, sexualidades e educação na ordem do dia. Ivan Amaro e Denize Sepulveda (org). Curitiba: CRV, 2018.

SILVA, Allan Gustavo Freire da, MOTA, Leonardo de Araújo e, DORNELAS, Carina Seixas Maia e LACERDA, Alecksandra Vieira de. **A relação entre Estado e políticas públicas: uma análise teórica sobre o caso**. In: *Revista Debates*. Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 25-42, jan.-abr. 2017

SILVA, Cristiane Gonçalves da. **Semana 3 – orientação sexual, identidades sexuais e identidade de gênero**. 2013. http://www.comfor.unifesp.br/wp-content/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/GDE/mod3/Semana3_Mod3_GDE.pdf, acessado em 30 de mar de 2019.

SILVA, Ivanderson Pereira da Silva. Em busca de significados para a expressão “ideologia de gênero”. In: *Educ. Rev.* . vol.34. Belo Horizonte, 2018, Epub Dec 13, 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-4698190810>, acesso em 24 de mar de 2019.

SILVA Jr., Assis Moreira. *As minorias sexuais e as políticas públicas do governo federal: entre avanços e retrocessos*. In: *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*. Vol. 1, nº2, 2013, p. 21/34

SOUZA, Celina. **Introdução Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>, acesso em 27 de mar de 2019.

TRIGUEIRO, Gabriel Romero Lyra. **Neoconservadorismo versus Paleoconservadorismo: um estudo sobre a genealogia do movimento conservador norte-americano no pósSegunda Guerra e suas principais disputas identitárias**. Orientadora: Sabrina Evangelista Medeiros. Tese (doutorado) -Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de História, Programa de Pós Graduação em História Comparada, 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Mobilização judicial pelos direitos da diversidade sexual e de gênero no Brasil**. In: *História do Movimento LGBT no Brasil*. James N. Green. Renan Quinalha. Marcio Caetano. Marisda Fernandes (orgs.). São Paulo: Alameda, 2018, pp. 449-470.

#IDENTIDADES: PENSANDO NOS CONCEITOS DE IDENTIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DOS SUJEITXS INTEGRANTES DO SEGMENTO LGBTQ+

Paulo Roberto de Souza Junior

1- Introdução

Este artigo traz como preocupação central a análise das narrativas sobre o conceito de identidade sexual e de gênero e a necessidade de realização de políticas identitárias para preservar o público integrante do segmento LBTTQ+, para tanto foi realizada uma pesquisa com 20 sujeitos pesquisadores que responderam enquete única através da hashtag *#dialogosobregeneroesexualidades*, onde se indagava se há ou não diferenças entre os conceitos de identidades sexual e de gênero e suas repercussões no segmento LGBTQ+.

Desta forma, temos como hipótese a seguinte afirmação: que as construções sociais sobre suas identidades, atribuídas ao movimento LBTTQ+, ou seja, quais os papéis exercidos, pelo segmento, como sujeitos de direitos e obrigações, com finalidade de inclusão de seus membros, e, por conseguinte, a preservação dos mesmos de suas identidades em sociedade.

Os sujeitos aqui mencionados definem as formas de viver e de ser, as quais devem ser contestadas para a garantia das identidades sexuais existentes, identifica-los, como homem ou mulher, traduz-se em nomeação de marcas distintivas de uma cultura, definindo, direitos e deveres, privi-

légios ou desvantagens a estes, pois todas as pessoas são sexuadas, ou seja, são seres dotados de sexualidade.

Estes ao cruzarem a fronteira do gênero e da sexualidade talvez não “escolham” livremente essa travessia, pois podem se ver movidos por muitas razões e com isso podem atribuir a esse deslocamento distintos significados (LOURO, 2016, p. 19). A natureza daquele “é ser, desde sempre, cultura” (BENTO, 2017, p. 89), não estando a ver com uma ou outra genitália, já que este se traduz como o ponto basilar da análise dos desejos e das relações sexuais.

O gênero possui atributos performativos, a prática do dia a dia e o reconhecimento dos papéis que o ser humano desenvolve em sociedade, ou seja, fazemos gênero todos os dias, onde seu papel inclui tudo o que uma pessoa diz ou faz para se revelar a si própria como possuidora de condição de moça/rapaz; homem/mulher, inclui a sexualidade, todavia, não se restringe a ela, pois esta é tida como sensações corpóreas e subjetivas emocionais da pessoa.

O mais comum, para a maioria dos indivíduos, é a identidade de gênero em conformidade com o gênero sexual que lhe atribuem ao nascer. Assim, se os fatores físicos nos trazem um corpo do homem (sexo biológico) e a pessoa sente-se como tal (identidade de gênero), nenhuma dificuldade teremos nessa análise, entretanto, há pessoas que o sexo biológico não condiz com a identidade de gênero, estamos diante da transexualidade (SANCHES, 2015, 272) ou da pessoa travesti.

Neste contexto, procuramos discutir as reproduções das desigualdades sexuais produzidas por pessoas heterossexuais a pessoas LGTTQ+, em atos e normas, sobre gênero e sexualidades.

A pesquisa é justificada pelo fato de (re)avaliar a atuação do movimento LGTTQ+ na busca de uma política identitária voltada a diversidade e, por conseguinte, garantia da diversidade e eliminando o preconceito e a discriminação em sociedade a estes.

Os instrumentos utilizados dentro deste estudo foram a pesquisa de campo, onde é analisada, qualitativa e quantitativamente, as narrativas apresentadas e a pesquisa bibliográfica sobre a temática, onde serão apreciados estudos de artigos na busca de condições para sintetizar uma análise correta e coerente dos termos apresentados base desta política com finalidade de traçar os referidos caminhos para sua revisão. O texto final foi

fundamentado nas ideias e concepções de autores como, BENTO (2017), BUTLER (2017) e LOURO (2016).

2- Sexualidade, sexo e corpo

A cultura é a forma que nos situamos no mundo, o não reconhecimento da diversidade cultural poderá levar ao indivíduo a um cárcere em seu cotidiano, produzindo, um sujeito não crítico e com feições de autoritarismo, as quais são prejudiciais à sociedade.

Esta dita normas em relação ao corpo, às quais o indivíduo tenderá, à custa de castigos e recompensas, a se conformar, aceitar e aderir, assim, este é “uma construção social, cultural e histórica” (GOELLNER, 2013, p. 35) e, por fim, é considerada como “uma realidade biopolítica” (FOUCAULT, 1992, p. 77), já que, a partir deste, é produzida sua identidade, sua personalidade, virtudes e defeitos, traz consigo a marca da vida social, sendo visto como fruto das ideologias à sua volta, podendo, assim, ser identificada como um texto de cultura.

Por outro lado, a identidade cultural está inscrita no mesmo, através de seu formato e características, os quais identificam os sujeitos e suas identidades múltiplas, entre estes, podemos citar, o sexo, gênero, raça, etnia, nacionalidade, sexualidade, religião, etc.

2.1 – Os sujeitos e seus comportamentos em sociedade e a sexualidade, o sexo e o corpo como elemento primordial destes

A sexualidade é tida como sensações corpóreas e subjetivas emocionais, onde sua primeira abordagem inicia-se entre os cinco e seis anos e dar-se-á dentro do espaço privado, ou seja, em casa, quando as diferenças são interiorizadas, levando a organização dos papéis sexuais e demonstrando o lado que a sua sexualidade é orientada.

Esta tomou formas diferentes durante a história podendo ser descrita pela utilização do sexo como ferramenta da vida em sociedade ou por sua repressão.

Diferentemente da sexualidade, o sexo está ligado a práticas sexuais, ou seja, a questões genitais, sendo dividido em feminino, masculino ou intersexual. É a expressão biológica que define um conjunto de caracte-

rísticas anatômicas e funcionais, ou seja, “é uma interpretação política e cultural do corpo, não existe a distinção sexo/gênero em linhas convencionais; o gênero é embutido no sexo, e o sexo mostra ter sido gênero desde o início” (BUTLER, 2017, p. 197).

Há uma restrição visualizada dentro das características de sexo que pressupõe este atender as características reprodutivas previstas, dentro da heterossexualidade, barreira que deverá ser retirada para a garantia de um sexo livre.

Nesta esteira, precisamos entender a função dos corpos na relação entre gênero e sexualidade, onde estes podem ser entendidos como possíveis mensageiros, produzidos na pluralidade de culturas e práticas educativas, pois o primeiro local da identidade é corpo, pois é a partir dele que é visto o íntimo, a personalidade, virtudes e defeitos de seu sujeito, ou seja, como mencionado por Silvana Vilodre Goellner,

Falar de corpo é falar, também de nossa identidade dada a centralidade que este adquiriu na cultura contemporânea cujos desdobramentos podem ser observados, por exemplo, no crescente mercado de produtos e serviços relacionados ao corpo, a sua construção, aos seus cuidados, a sua libertação e, também, ao e seu controle (GOELLNER, 2017, p. 31).

Entretanto, o corpo foi sempre educado para produzir e reproduzir o padrão normativo vigente. É uma referência a ele que se fazem não apenas aos corpos que se conformam às regras de gênero e sexuais, mas também aos corpos que as subvertem (LOURO, 2016, p. 17), os quais são alvo de constante escrutínio e sofrerão as sanções sociais inerentes.

Por outro lado, os que desviarem da norma, serão alvo de constante escrutínio e sofrerão as sanções sociais inerentes e, por isso, devemos analisar suas identidades, como caso dos homossexuais, por exemplo, eles se tornam o foco de discursos homofóbicos que os desqualificam e deslegitimam em função de sua sexualidade desviante da heteronormatividade¹⁰⁹. Esses discursos se fundam em ideais moralistas, religiosos, higienistas, etc., e são mobilizados a fim de dizer a verdade sobre eles.

109 Norma que regula e legitima a heterossexualidade.

3- A questão de orientação sexual e a sua diferença em relação as identidades sexual e de gênero

Ao longo da vida, homens e mulheres são constituídos através de práticas sociais e das instituições, onde há a “cultura constrói e distingue corpos e sujeitos femininos, torna-se necessário admitir que isso se expressa pela articulação de gênero com outras ‘marcas’ sociais, tais como classe, raça/etnia, sexualidade, geração, religião, nacionalidade” (MEYER, 2013, p. 19).

Assim uma pessoa poderá experimentar várias situações, as quais poderão produzir uma identidade marginalizada ou central, estigmatizada ou com características coerentes com a relação binária de gênero heterossexual.

3.1 – O gênero: uma breve análise ao longo da história

Antes de falarmos sobre identidades, devemos conceituar gênero e situarmos sua função em sociedade.

Os arranjos de gênero são formados através de uma relação binária onde é apresentado o “conceito patriarcal de gênero” (SAFFIOTI, 2004), sendo considerado como um eixo estruturante de relações simbólicas e materiais do normatizado como ser ou estar homem ou mulher.

Este é marcado, como mencionado por Butler (2003), por um significado cultural e não apenas por um ato natural de caráter biológico, pois sempre será um fazer. Tal fato é reforçado por Foucault (1988) quando destaca o caráter normativo do sexo.

Para ele como para ela, o sexo é um “ideal regulatório” que não é parte de uma ‘prática regulatória’ que não funciona como norma, mas é parte de uma política reguladora que produz o que governa: o corpo (CAETANO, SILVA JUNIOR e GOULART, 2016, p. 129) e, o gênero “envolve a noção de que o poder é distribuído de maneira desigual entre os sexos, cabendo às mulheres uma posição subalterna na organização da vida social” (SORJ, 1992).

Seu debate é marcado por um espaço de lutas de interesses múltiplos, ou seja, este significa transitar por um conjunto de fatores que definem os termos: masculino e feminino, pois “a natureza do gênero é ser, desde sempre, cultura” (BENTO, 2017, p. 89), não estando a ver com uma ou

outra genitália, pois está relacionado à performance, a prática do dia a dia e ao reconhecimento dos papéis que o ser humano desenvolve em sociedade, ou seja, fazemos gênero todos os dias. Não sendo o entendimento de Guilherme Gomes Ferreira, Giovane Scherer e Beatriz Gershenson Aginsky:

O debate sobre o binarismo de gênero também nos leva a pensar sobre a construção da identidade de gênero, ou seja, pensar sobre a profunda sensação interior que cada indivíduo tem com relação a pertencer a um determinado gênero, e, nesse sentido, o gênero binário se apresentará apenas de duas formas: a masculina e a feminina, de acordo com a norma heterossexual (FERREIRA, SCHERER e AGUINSKY, 2012, p. 164).

A desconstrução da identidade não é a desconstrução política; ao invés disso, ela estabelece como políticos os próprios termos pelos quais as identidades é articulada (BUTLER, 2003, p. 213).

A marcação deste distanciamento se constitui no processo de desconstrução deste binarismo, o qual marca a produção de corpos ao problematizar os elementos estruturantes da relação de dominação existente.

Ao darmos um passeio pela História Mundial, notamos que foram construídas várias formas de utilização da relação de gênero, entre os vários séculos que antecederam a passagem das três ondas do movimento feminista e a política de gay e lésbica, presente no final dos anos de 1970, a qual vislumbra o debate entre “permanecer” ou “assumir, ou seja, ficar ou sair do armário.

Entretanto, hoje, no Brasil há um retrocesso em relação a questão gênero, pois estamos diante de uma gama de políticos com posição fundamentalista e conservadora presente à política nacional, tal fato tomou corpo a partir dos anos 1990, devido a busca da eleição para o Congresso Nacional de representantes das igrejas neopentecostais, a qual se alinha a pauta mundial da Igreja Católica, a qual é contra a suposta doutrinação ideológica chamada de “ideologia de gênero”.

Este conceito foi criado em 1998, pelo o Papa João Paulo II, na Conferência Episcopal do Peru, pois estava preocupado com a questão sobre a influência do conceito de gênero sobre a “família tradicional”, a “verdadeira feminilidade” ou a “verdadeira masculinidade” e, por isso, divulgou a encíclica (Carta Apostólica) intitulada “Sobre a dignidade e a vocação da mulher” (*Mulieris dignitatem*), onde lembrava a todos o papel da mulher

para a maternidade e que suas funções eram diversas aos homens. Nesta mesma linha, e com maior crítica a teoria de gênero, em 2012, o Papa Bento XVI, proferiu seu discurso de Natal.

Dentro deste contexto e, mais especificadamente, dentro da área educacional, o governo de Jair Bolsonaro, eleito pelo PSL - Partido Social Liberal, ultra conservador e de direita, possui dois grandes motores, quais sejam: o movimento Escola sem Partido e a ideologia de gênero, onde o primeiro prevê que,

A doutrinação política e ideológica em sala de aula ofende a liberdade de consciência do estudante; afronta o princípio da neutralidade política e ideológica do Estado; e ameaça o próprio regime democrático, na medida em que instrumentaliza o sistema de ensino com o objetivo de desequilibrar o jogo político em favor de um dos competidores.

Por outro lado, a exposição, em disciplina obrigatória, de conteúdos que possam estar em conflito com as convicções morais dos estudantes ou de seus pais, viola o art. 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual “os pais têm direito a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

Essas práticas, todavia, apesar de sua manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade, tomaram conta do sistema de ensino. A pretexto de “construir uma sociedade mais justa” ou de “combater o preconceito”, professores de todos os níveis vêm utilizando o tempo precioso de suas aulas para “fazer a cabeça” dos alunos sobre questões de natureza político-partidária, ideológica e mora (Movimento Escola Sem Partido, <https://www.programaescolasempartido.org/projeto>, acesso em 25 de janeiro de 2018).

O referido projeto privilegia alterações na legislação educacional visando promover o cerceamento do educador dentro de uma das suas mais nobres funções, a de ensinar, como mencionado por Gaudêncio Frigotto, para ele a “Liberdade de Ensinar” adicionada pelos idealizadores do movimento Escola Sem Partido a suas diretrizes, busca o contrário do que foi proposto,

“(…) O que se elimina e combate é justamente a liberdade de educar. O que era implícito desde a revolução burguesa, instruir sim, ainda que de forma diferenciada, mas educar não, agora é proclamado como programa de ação” ... “Decreta-se a idiotização dos docentes e dos alunos, autôma-

tos humanos a repetir conteúdos que o partido único, mas que se diz em partido, autoriza a ensinar” (FRIGOTTO, 2017).

3.2 – As identidades sexual e de gênero: suas diferenças

De acordo com HEILBORN (2004) a identidade sexual ganha sentido num contexto histórico-cultural delimitado ao se ancorar e se impregnar do lugar que a sexualidade ocupa nas sociedades ocidentais e adquire relevância na composição da identidade do sujeito.

Esta diz respeito à configuração entre a sexualidade do indivíduo e a compreensão que o mesmo tem dela (PEREIRA & LEAL, 2005) e se configura como a atração sexual e física do indivíduo em relação ao outro, seja ele do mesmo sexo ou do sexo oposto, estando diretamente ligadas ao jogo de poder, de forma mediada por uma relação social e de poder, o indivíduo que possui legitimidade e reconhecimento é quem está em posição de definir e atribuir papéis (CAETANO, SILVA JUNIOR e GOULART, 2016, p. 130), não sendo fixas e únicas, pois dependem da marcação de suas diferenças, constituindo-se numa construção performática e mutante, já que estão em processo de deslocamentos e subversões constantes.

Na construção desta identidade sexual é de fundamental importância considerarmos, também, as questões de gênero, pois estamos diante de pessoas inseridas em determinados contextos sociais. Nesta construção, o mais comum, para a maioria dos indivíduos, é a identidade de gênero em conformidade com o gênero sexual que lhe atribuem ao nascer. Assim, se os fatores físicos nos trazem um corpo do homem (sexo biológico) e a pessoa sente-se como tal (identidade de gênero) sendo considerada como cis, trans, intersex, queer, não-binário, gênero fluido etc.

As identidades mencionadas são construídas e constituídas pela linguagem, o que significa que não há identidade de gênero que proceda a linguagem. Não existe um “eu” fora da linguagem, uma vez que a identidade é uma prática significativa, e os sujeitos culturalmente inteligíveis são efeitos e não causa dos discursos que ocultam a sua atividade. É nesse sentido que a identidade de gênero é performativa (idem, p. 91) e as performances produzem as identidades através de gestos, falas dos seus sujei-

tos, onde são apresentadas socialmente, como mencionado por Gabriele dos Anjo, ao analisar o identidade homossexual:

Da mesma forma, a identidade homossexual tem seus atributos e significados nuançados segundo a posição social dos indivíduos. Assim, a auto-identificação como bicha (pédé) estaria relacionada às chamadas “classes populares”. É nelas que há a identificação entre homossexualidade e feminilidade, o que se observaria nas escolhas profissionais (cabelereiro, garçom, cozinheiro), que não correspondem às profissões manuais masculinas, na auto-apresentação corporal (a bicha-louca, ou, a manutenção da fachada heterossexual, o bofe brasileiro) e no exercício da dicotomia ativo/passivo. Entre as classes superiores, a homossexualidade também seria identificada com o “feminino”, mas seria uma condição menos enfatizada: haveria a valorização da discrição, acompanhada de uma certa aceitação social e um encaminhamento para profissões artísticas e intelectuais, relacionadas ao mesmo tempo à sensibilidade e à “distinção” (ANJOS, 2000, p. 2007).

Por outro lado, o termo orientação sexual difere tanto da identidade sexual como da identidade de gênero, e, segundo Cristiane Gonçalves da Silva,

(...) a definição de orientação sexual está diretamente relacionada com o sentido do desejo sexual: se para pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou para ambos. Não deve ser vista como algo fixo e/ou definitivo, já que o desejo não está previamente definido mesmo que haja um engendramento heteronormativo que procure capturá-lo (SILVA, 2015, p.3).

Assim, este termo difere tanto da identidade sexual como da identidade de gênero.

4- #dialogosobreidentidadedessexuaisdegenero: a pesquisa.

A pesquisa acadêmica, em sua relação com a vida cotidiana, especificamente a da juventude e a questão de gênero e sexualidade para estes/

neste local trará consigo pensamentos sobre a vida cotidiana, os saberes, as políticas presentes e os processos de conhecimento em geral.

Ao longo desta foram utilizadas as metodologias tanto de ordem quantitativa – ao número geral de diálogos na/as narrativas/comentários dos educandos na hashtag

“#dialogosobregeroesesexualidades” – quanto qualitativa – acerca dos documentos legais e os diálogos na/as narrativas/comentários dos conteúdos descritos nas postagens educandos.

O recurso interativo escolhido – *hashtag* - foi utilizado para identificar o tema do compartilhado, ou seja, identificar a pesquisa realizada.

O grupo foi escolhido aleatoriamente, sendo constituído de 20 participantes, onde estes participaram da *hashtag* #dialogosobreidentidadessexuaisedegenero. Esta ficou à disposição por 30 dias, entre os meses de novembro e dezembro de 2018, sendo construída através do conceito sobre identidades de gênero e sexuais dos divergentes ou dissidentes dentro dos estudos de gênero, para tanto foi criada uma página no facebook, destinada a pesquisa, intitulada, “como falar sobre gênero e sexualidade sem medo”.

A enquete utilizada foi “Utilizando a charge abaixo como parâmetro - O que entende sobre identidade sexual e de gênero? Estas o que definem? #dialogosobreidentidadessexuaisedegenero”:



Fonte: <https://www.google.com/search?q=papaleguas+vestido+de+mulher&tbm=isch&source=univ&client=firefox-b-d&sa=X&ved=2ahUKewjRtffWWhpngAhW-ILkGHR-2BCmIQ7Al6BAgAEA0&biw=1766&bih=930#imgrc=Vs2rQDD2DOvAkM>: acessado, em 16 de novembro de 2018.

Após a tabulação da mesma, treze sujeitos que a responderam demonstraram entender a diferença entre estas identidades e dois a definem da mesma forma e outros seis buscam mesclar tais conceitos ou demonstram confusão entre estes e com o termo orientação sexual.

Entre tais respostas, nos chamaram a atenção foi a resposta de quatro sujeitos-pesquisadores: “a identidade sexual seria a liberdade do indivíduo escolher a sua sexualidade”, demonstrando a confusão de termos/conceitos, já apresentados e um mencionou que não conhecia os conceitos.

Entretanto, a maioria se alia aos comentários transcritos abaixo:

Sujeito A: Identidade de gênero é uma construção discursiva, política e social que leva em conta diversos fatores subjetivos à pessoa no que tange a sua afirmação de gênero, podendo ser cis (relacionada à seu sexo biológico) ou trans, entre outras (como intersex, queer, não-binário, gênero fluido etc), enquanto que orientação sexual (que não vejo como identidade) é uma forma de manifestação da sexualidade humana, enquadrada socialmente em grupos pré-estabelecidos para organização da sociedade. a sexualidade humana foi absorvida na época moderna como uma forma de poder das populações. a charge traz o exemplo de variadas manifestações de expressões de gênero e de sexualidade.

Sujeito B: Identidade de gênero se refere a como a pessoa se identifica e se afirma diante da sociedade em relação ao seu gênero. Cada vez mais vem sendo desconstruídos classificações binárias e afirmadas as múltiplas possibilidades dessa identificação de gênero pelos sujeitos. Identidade sexual está ligada à atração sexual. Está pode ocorrer por indivíduos de identidades de gênero iguais ou diferentes.

5- Conclusão

Uma etapa importante para caracterizarmos uma política identitária do segmento LGBTQ+ coerente e digna é o debate em sociedade dos conceitos de identidade sexual e de gênero e a diferença destes para o termo orientação sexual para esclarecermos aos que confundem tais conceitos ou não os conhecem, já que é através do corpo que se traduz a identidade

da pessoa e as múltiplas dimensões de nossa experiência se entrecruzam, há reprodução da imagem, seus gestos, seus sentidos que se incorporam.

Para tanto, é importante a construção da identidade sexual dos dissidentes ou divergentes da relação binária de gênero e seu debate com as performances produzidas pelas identidades masculinas da referida relação, fato necessário para preservação da identidade e do respeito a suas diferenças, as quais são uma forma de demarcação de pensamentos e sujeitos.

Estas identidades múltiplas são dotadas de características que marcam diferentes situações e posições sociais, as quais podem indicar preconceito e discriminação em relação a determinadas pessoas ou suas performances em sociedade, como por exemplo, a mulher poderá ser lésbica, negra/branca, idosa/jovem ou pobre/rica.

Ao se pensar nestas performances identitárias nos deparamos com sujeitos que vivem e se apresentam de determinada forma socialmente, entretanto, devido à complexidade da vida, há necessidade que estes assumam diferentes identidades, as quais são criadas por marcadores de diferenciação, onde podemos incluir a: etnia, raça, gênero e sexualidade, entre outros fatores.

A identidade sexual é aquela que identifica a atração da pessoa por outra; já, a identidade de gênero é como a pessoa se identifica em sociedade, podendo ser cis ou trans.

Por outro lado, ao identificarmos uma pessoa como heterossexual, homossexual ou bissexual estaremos diante do conceito de orientação sexual, pois este observa como cada pessoa age, pensa sobre si mesma e em relação a sua sexualidade e por quem ela é atraída.

Entre o gênero e a sexualidade há diferenças, onde o primeiro é um conjunto de representações sociais, históricas e culturais, assim, não sendo determinados por estruturas biológicas e, por isso, não revelam a sexualidade do sujeito; e, a segunda, embora tenha fundamento num corpo biológico, dever ser observada como uma construção social.

Como forma de enfrentamento destes fatos, há necessidade de debatermos em Congressos, Seminários e através de nosso engajamento na luta pela busca do reconhecimento como sujeitos e membros da sociedade, as pessoas integrantes do movimento LGBTTTQ+, e, por conseguinte, o fortalecimento de políticas identitárias capazes de garantir à dignidade e o respeito às diferenças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENTO, Berenice. *Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos*. Salvador: EDUFBA, 2017.
- BUTLER, Judith. **Corpos que pesam**. In: LOURO, Guacira Lopes. *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999, p.151-172.
- FERREIRA, Guilherme Gomes, SCHERER, Giovane Scherer e AGUINSKY, Beatriz Gershenson. “Não tenho preconceito, desde que fique longe”: o discurso sobre gênero como construção social. In: *Violências e gênero: coisas a que não gostaria de saber*. Patrícia Krieger Grossi, org.: Ana Caroline Montezano Gonçalves Jardim ... [et al.]. 2ª ed. atual. ampl. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 2: o uso dos prazeres**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- _____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. **A gênese das teses da Escola sem Partido: esfinge e ovo de serpente que ameaçam a sociedade e a educação**. In: FRIGOTTO, Gaudêncio (org.). *Escola “sem” partido: esfinge que ameaça a educação e a sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: UERJ, LPP, 2017, pp 17-34.
- GOELLNER, Silvana Vilodre. **A produção cultural do corpo**. In: LOURO, Guacira Lopes,
- HEILBORN, Maria Luiza. **Dois é Par – Gênero e Identidade Sexual em Contexto Igualitário**. Rio de Janeiro, Garamond, 2004.
- LANZ, Leticia. **O corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos estudos transgêneros**. Curitiba: Transgente, 2015.

LOURO, Guacira Lopes. Sexualidade, gênero e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista. 3º ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **Currículo, gênero e sexualidade – O “normal”, o “diferente” e o “excêntrico”**. In: LOURO, Guacira Lopes, FELIPE, Jane, GOERLLNER, Silvana Vilodre (org). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 43 a 53.

_____. Um corpo estranho- ensaio sobre sexualidade e teoria queer. 2ª ed. 3º reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

MEYER, Dagmar Estermann. **Gênero e educação: teoria e prática**. In: LOURO, Guacira Lopes, FELIPE, Jane, GOERLLNER, Silvana Vilodre (org). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 11 a 29.

OLIVEIRA, João Manuel de. **Desobediência do gênero**. Slavador/BA: Editora Devires, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ANJOS, Gabriele dos. *Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências* IN: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 2, nº 4, jul/dez 2000, p.274-305. <http://www.scielo.br/pdf/soc/n4/socn4a11>, acesso em 26.01.2019.

MELO, e M.A.S. (2009). **A formação de uma identidade sexual**. [em linha] *PSICOLOGADO Artigos*. psicologado.com. Acedido a 11 de dezembro de 2016 em <https://psicologado.com/psicologia-geral/sexualidade/a-formacao-de-uma-identidade-sexual/>;

PEREIRA, Henrique e LEAL, Isabel Pereira. **A identidade (homo)sexual e os seus determinantes: Implicações para a saúde**. *Análise Psicológica* (2005), 3 (XXIII): 315-322. <http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v23n3/v23n3a09.pdf>, acesso em 20 de jan de 2019.

PIMENTEL, Sílvia. **Gênero e direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/genero-e-direito_58f835caa89eb.pdf, acesso em 18 de jan de 2019.

SILVA, Cristiane Gonçalves da. **Módulo 3 - Sexualidade e Orientação Sexual. Especialização em Gênero e Diversidade na Escola. 2015**. <http://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/39169/COMFOR-GDE-Mod3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acessado em 31 de jan de 2019.

SORJ, Bila. **O feminino como metáfora da natureza**. In: *Ref – Revista de Estudos Feministas*. V. o, n. 0, 1992. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/15806>, acesso em 12 de jan de 2019.

MEIO AMBIENTE

A GESTÃO AMBIENTAL PÚBLICA FRENTE ÀS DEMANDAS ECONÔMICAS PELA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO DA SOJA NO MUNICÍPIO DE SÃO SEPÉ/RS: NOVOS DILEMAS & VELHOS PROBLEMAS NA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Adriana Martini Correa Pedrosa
Diego Marques Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a questão ambiental passou a ser abordada por diversos autores de forma interdisciplinar e isso ocorre em razão da necessária tomada de consciência do urgente enfrentamento das questões relacionadas com o meio ambiente que, por sua vez, implica em abordar conexões entre as diversas áreas do conhecimento, como as ciências, a geografia, a economia e o direito com todo seu arcabouço legal. A partir das ideias de valorização da vida e desenvolvimento sustentável, surgem parâmetros que fundamentam a proteção e a busca, por um lado, do equilíbrio ambiental, e de outro, intensamente valorizado e perseguido pela gestão pública municipal, o desenvolvimento local.

O desenvolvimento local envolve fatores sociais, políticos e culturais e, neste sentido, o presente trabalho pretende analisar a gestão ambiental pública frente às demandas de desenvolvimento pela expansão do agrone-

gócio no município de São Sepé-RS. Modernamente, o desenvolvimento não pode estar atrelado apenas aos fins econômicos, e, portanto, para que haja desenvolvimento é necessário incorporar questões relacionadas à proteção ambiental. Os processos de apropriação e reapropriação de bens comuns e recursos naturais advindos da terra, matas nativas e águas, através do uso de meios especulativos ilícitos, podem produzir a destruição da propriedade social em benefício de uma minoria, através da lógica capitalista que atua em nome do desenvolvimento e que, muitas vezes, pode estar sendo sancionada pelo poder público local.

Nessa perspectiva, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: no contexto de expansão do agronegócio da soja, quais os dilemas enfrentados pela gestão pública municipal para a proteção do meio ambiente?

Compreender as imposições verticais próprias do mundo globalizado, que se insurgem nas diferentes regiões, tornou-se uma necessidade muito presente. Entre essas imposições, estão as demandas pela expansão de áreas do agronegócio, muitas vezes sem obediência às normas ambientais.

O objetivo deste estudo consiste em compreender de que forma o poder público municipal exerce sua gestão ambiental frente às demandas econômicas pela expansão do agronegócio. Nesse sentido, pretende-se pesquisar como ocorre o exercício da responsabilidade de fiscalização ambiental pelo poder público local, que, ao mesmo tempo que precisa incentivar o desenvolvimento, também deve controlar e fiscalizar possíveis infrações em prejuízo ao meio ambiente.

2. COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS NA CRFB/88

Até a década de 80, a proteção ambiental era vista sob um ângulo defensivo, baseada na busca de soluções decorrentes unicamente do cumprimento da legislação. No final dos anos 1980, a preocupação com o meio ambiente tornou-se um movimento globalizado e os novos debates inserindo as questões ambientais na temática do desenvolvimento trouxeram a necessidade de conciliar crescimento econômico com conservação ambiental, naquilo que passou a ser disseminado mundialmente como desenvolvimento sustentável (NASCIMENTO, 2012).

Foi nesse contexto de discussões mundiais acerca de maior proteção ambiental que a Constituição Federal trouxe em seu bojo uma forte in-

fluência dos novos conceitos de sustentabilidade ambiental iniciados nos anos 1980, de tal forma que a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88 também poderia ser denominada 'verde', tal o destaque que dá à proteção do meio ambiente (MILARÉ, 2009). A ideia de meio ambiente equilibrado para proporcionar qualidade de vida está disposta no artigo 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988, s/p).

O meio ambiente, como foi especificamente denominado pela Constituição - está previsto como sendo de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e, sob o aspecto da natureza da atividade, o regime constitucional comporta duas categorias básicas de competên-

cias: de um lado, a competência legislativa, em que o ente legislativo está autorizado a promulgar leis - artigos 22 e 24, CRFB/88 - e, de outro, a competência administrativa - artigos. 21 e 23 CRFB/88 - com a responsabilidade de executar funções tipicamente administrativas, sendo que o art. 23 consigna a competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger e preservar o meio ambiente, bem como para fomentar a produção agropecuária, o que se alinha diretamente ao tema desenvolvido desta pesquisa. De maneira direta:

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

[...] (BRASIL, 1988, s/p).

Para atender às peculiaridades próprias, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena, desde que não exista “lei federal sobre normas gerais”, em conformidade com o art.24, § 3º. Essa competência chamada “plena”, entretanto, sofre limitação, isto é, a norma estadual não pode exorbitar da peculiaridade ou do interesse próprio do Estado e terá que se ajustar ao disposto em norma federal ambiental superveniente (MACHADO, 2009).

Em âmbito municipal, a teor do artigo 24, poder-se ia entender que o município não possui competência para legislar, porém, este deve ser interpretado conjuntamente com o art. 30 da CRFB/88, que trata da competência do Município:

Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (BRASIL, 1988, s/p).

Desse modo, a omissão no art. 24 quanto a competência legislativa do Município é superada pelas competências do art. 30, sobretudo as dos incisos I e II – o primeiro inciso atribui ao Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local, ao passo que o segundo confere atribuição de “suplementar” a legislação federal e estadual no que couber.

Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municipal, no exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta (MENDES, 2012, pp. 885/886).

Assim, conclui-se do disposto na CRFB/88 que a competência legislativa é dos Estados e do Distrito Federal. Cabe ao município, a respeito da temática ambiental, somente suplementar as legislações estaduais e federais.

3. SISTEMA DE GESTÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No caso brasileiro, a gestão ambiental pública é regida pela Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), estabelecida pela Lei 6.938/81, regulamentada posteriormente à CRFB/88 pelo Decreto 99.274, de 06 de junho de 1990, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins

e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências”.

Nesta política pública, os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, são responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituindo em seu conjunto o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

O Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) é a estrutura adotada para a gestão ambiental no Brasil, sendo formado pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios responsáveis pela proteção, melhoria e recuperação da qualidade ambiental.

Foi a partir desta política que ficou instituído que, em Estados e Municípios, as Secretarias de Meio Ambiente são órgãos coordenadores e os Conselhos são órgãos consultivos e deliberativos (FLORIANO, 2007).

O Artigo 6º da Lei 6398/81 estabeleceu a estruturação do SISNAMA em seis níveis político-administrativos diferenciados, pelos quais cada órgão tem que desempenhar uma função específica. Assim, o SISNAMA é composto pela estrutura descrita no Quadro 1:

Quadro 1: Estrutura Sistema Nacional do Meio Ambiente

O Sisnama

Órgão Superior	Órgão Consultivo e Deliberativo	Órgão Central
Conselho de Governo	Conama	MMA
Órgãos Executores	Órgãos Seccionais	Órgãos Locais
Ibama e ICMBio	Estados	Municípios

Fonte: Ministério do Meio Ambiente, 2018.

Nesta estrutura, a Coordenação do SISNAMA no Ministério do Meio Ambiente tem como atribuições promover a articulação e a integração intra e intergovernamental de ações direcionadas à implementação de políticas públicas de meio ambiente e incentivar a descentralização da

gestão ambiental e a repartição de competências entre as três esferas de Governo, de modo a promover a gestão ambiental descentralizada, democrática e eficiente.

Porém, os mecanismos legais implementados pelo MMA, por si só, não dão conta de promover o desenvolvimento sustentável. A questão do desenvolvimento sustentável, entendido como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras, é um conceito que ganhou força a partir da Conferência Mundial para o Desenvolvimento e Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1992. Foi após a Rio-92 que a sociedade em geral, empresas e governo passaram a implementar uma nova concepção de desenvolvimento para além das questões econômicas, que conjugasse o esforço de produzir bens e serviços atendendo necessidades básicas dos seres humanos e a preservação ambiental (NASCIMENTO, 2012).

O desenvolvimento sustentável precisa ser economicamente sadio, socialmente justo, ambientalmente responsável e politicamente fundamentado na participação da sociedade, com crescimento e riquezas compartilhados, com modernização produtiva e competitiva, a fim de reduzir pobreza e desigualdades, mas sempre de forma sustentável (RABELO, 2008).

No Estado do Rio Grande do Sul, a resolução CONSEMA 372/2018 dispõe sobre o licenciamento de atividades de impacto local, delegando aos municípios a responsabilidade sobre:

os empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, passíveis de licenciamento ambiental no Estado do Rio Grande do Sul, **destacando os de impacto de âmbito local para o exercício da competência municipal no licenciamento ambiental** (grifo nosso).

[...]

Art. 1º. Os empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, passíveis de licenciamento ambiental no Estado do Rio Grande do Sul, com a definição de seus portes e potencial poluidor, são aqueles constantes do anexo I desta Resolução.

Parágrafo único. O anexo II desta Resolução detalha os conceitos relativos aos empreendimentos e atividades de que trata o anexo I, nos casos identificados pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente como necessários.

Art. 2º. Os empreendimentos e atividades que causem ou possam causar impacto de âmbito local, cuja competência de licenciamento é municipal, constam em destaque no anexo I desta Resolução.

Portanto, cabe ao poder público local aplicar as normas que disciplinam o licenciamento e fiscalização a um conjunto de atividades expostos na norma legal, sendo muitos deles relacionados ao agronegócio.

Porém, nos casos em que a área física do empreendimento e atividade licenciável ultrapassar os limites de um município, a competência para licenciamento será estadual, uma vez que o impacto deixa de ser de âmbito local.

Na perspectiva da gestão pública municipal, o poder de comando e controle ambiental das atividades se articula em torno do poder público, através de suas secretarias e departamentos, e do representante de Ministério Público na Comarca. Isso ocorre através do licenciamento e fiscalização ambiental, no âmbito das atribuições de cada ente.

4. GESTÃO AMBIENTAL E A PERSPECTIVA PÚBLICA: RESPONSABILIDADE DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DA GESTÃO PÚBLICA

Os governos podem reduzir drasticamente o dano ambiental causado pelo consumo desordenado de recursos vitais para a vida no planeta. O poder público tem o poder de punir, corrigir e incentivar medidas que, além de serem ambientalmente justas, fazem parte de seu interesse econômico (NASCIMENTO, 2012).

Os órgãos públicos possuem poder de comando e controle, os quais referem-se aos instrumentos de regulação que estabelecem o que está autorizado ou não fazer, bem como penalidades pelo cometimento de infrações (QUINTAS, 2008). Para que se cumpra a finalidade desses instrumentos de controle na esfera ambiental, é preciso verificar se efetivamente se estão sendo aplicados, o que se faz por meio da fiscalização.

A fiscalização ambiental se refere ao exercício do poder de polícia, a ser exercido pelo poder público, nas diferentes esferas de governo, e que está previsto na legislação ambiental. Trata da obrigação de fiscalizar as condutas que se apresentam em desacordo com a legislação em vigor, e que se configurem como potenciais ou efetivos poluidores e consumidores dos recursos naturais.

De forma a garantir a preservação do meio ambiente para a coletividade, o poder de polícia é a competência do Estado, por meio da Administração Pública para conservar e limitar o exercício de direitos individuais em favor do bem comum, utilizando-se dos seguintes atributos: discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade.

A fiscalização ambiental busca induzir a mudança do comportamento das pessoas por meio da coerção e do uso de sanções, pecuniárias e não pecuniárias, para induzir o comportamento social de conformidade com a legislação e de dissuasão na prática de danos ambientais (IBAMA,2018).

A discricionariedade expressa a liberdade de atuação da Administração Pública, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato e da graduação das sanções aplicáveis. A autoexecutoriedade significa a aplicação de medidas ou sanções de polícia administrativa necessárias à repressão de atividades lesivas ao interesse geral. Por fim, a coercibilidade caracteriza-se pela imposição das medidas adotadas pela Administração Pública diante do descumprimento das normas legais.

A fiscalização ambiental é necessária para reprimir e prevenir a ocorrência de condutas lesivas ao meio ambiente. Ao punir aqueles que causam danos ambientais, a fiscalização ambiental promove a dissuasão. A aplicação de multas, advertências, apreensões, embargos, interdições, entre outras medidas, tem o objetivo de impedir o dano ambiental, punir infratores e evitar futuras infrações ambientais (IBAMA, 2018).

O Setor de Fiscalização Ambiental é competente para lavrar auto de infração ambiental e instaurar o processo administrativo de apuração da infração na esfera municipal, conforme a Lei de Crimes Ambientais nº 9605, de 12 de fevereiro de 1998.

A fiscalização ambiental busca induzir a mudança do comportamento das pessoas por meio da coerção e do uso de sanções, pecuniárias e não-pecuniárias, para induzirem o comportamento so-

cial de conformidade com a legislação e de dissuasão na prática de danos ambientais (IBAMA, 2018, p.1)

No entanto, para garantir a ampla defesa do meio ambiente, a competência de fiscalização ambiental é compartilhada com os demais entes. Para delimitar o exercício da competência comum de fiscalização e garantir maior proteção ambiental, a Lei Complementar nº. 140, de 8 de dezembro de 2011, definiu que ações administrativas competem a cada ente. A Polícia Militar Ambiental também possui atribuição para agir na fiscalização dentro dos limites do Município. A fiscalização ambiental busca induzir a mudança do comportamento das pessoas por meio da coerção e do uso de sanções, pecuniárias e não-pecuniárias, para induzirem o comportamento social de conformidade com a legislação e de dissuasão na prática de danos ambientais.

5. METODOLOGIA

A pesquisa é exploratória, uma vez que permite que o pesquisador aumente sua experiência em torno de determinado problema, levantando possíveis problemas de pesquisa a partir de hipóteses ou perguntas norteadoras e, assim, aprofundar o estudo (TRIVINOS, 1987; GIL, 2007).

Optou-se por realizar esta pesquisa tendo o materialismo histórico dialético como o marco teórico-metodológico para discutir as complexas relações entre a proteção ambiental, frente às demandas de desenvolvimento pela expansão do agronegócio no município de São Sepé-RS.

O método dialético tem o objetivo de investigar contradições inerentes aos fenômenos pesquisados, assim como a mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade (LAKATOS; MARCONI, 2003; TRIVINOS, 1987).

Nesse sentido, o presente estudo investiga, por meio do desenvolvimento local, a questão do dano ambiental frente às demandas de desenvolvimento pela expansão do agronegócio no município de São Sepé-RS. Para que se possa compreender este fenômeno em profundidade, utilizou-se a pesquisa qualitativa (MALHOTRA, 2006; LAKATOS; MARCONI, 2003; QUIVY; CAMPENHOUDT, 1995).

A técnica utilizada foi a de estudo de caso, na qual o objeto é uma unidade analisada em profundidade (TRIVINOS, 2001).

Foram utilizadas a revisão bibliográfica e a pesquisa documental para um melhor entendimento do fenômeno estudado. (GIL, 2007; LAKATOS; MARCONI, 2003). Já a pesquisa documental é feita a partir da coleta de dados de fontes primárias e está restrita a documentos, escritos ou não (LAKATOS; MARCONI, 2003).

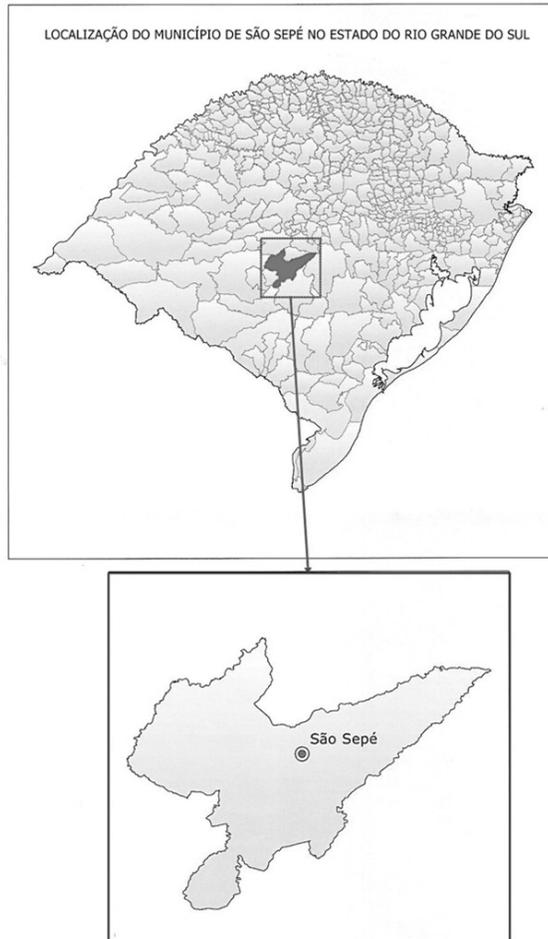
A coleta das informações empíricas, necessárias para possibilitar a construção de dados consistentes, foi realizada por meio das entrevistas individuais, concedidas pela gestão pública Municipal através de sua Secretaria Municipal de Meio Ambiente. A técnica de entrevista semiestruturada pode evidenciar, na prática, os comportamentos que interessam colocar em perspectiva ou verificar a ausência, integrando na pesquisa o trabalho dos gestores.

O recorte temporal e metodológico desta pesquisa ocorre no período compreendido entre os anos de 2015–2018 e, após a coleta, todos os materiais foram agrupados para a realização da sistematização dos dados coletados. Procedeu-se dessa forma para que se pudesse discutir a ação e posicionamento da gestão pública municipal em relação aos seus procedimentos e atribuições frente as demandas da gestão da gestão ambiental pública, no que concerne à expansão do agronegócio da soja.

6. RECORTE EMPÍRICO: O MUNICÍPIO DE SÃO SEPÉ

O município de São Sepé, conforme exposto na Figura 1, localiza-se na região central do Rio Grande do Sul e, segundo o Censo Demográfico de 2010 (IBGE, 2010), sua população é de aproximadamente 24 mil habitantes, com origem étnica entre italianos, alemães, turcos, libaneses, sírios, portugueses e negros. Apesar de ser um município pequeno, São Sepé já computa 140 anos de emancipação política e administrativa.

Figura 1 – Localização do município de São Sepé no Estado do Rio Grande do Sul



Fonte: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEPÉ, 2016.

Elaborado: PEDROSO, 2016.

A economia do município é voltada para as atividades agropastoris, com forte produção de grãos, tais como arroz e soja, dentre outras culturas. Nos últimos anos, intensificou-se a expansão do cultivo de soja em áreas antes utilizadas para pecuária e outras culturas, acompanhando as tendências da economia globalizada.

As informações dispostas em trabalho desenvolvido pela área de Gestão Estratégica do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE Rio Grande do Sul- fornecem dados importan-

tes sobre o perfil socioeconômico dos municípios gaúchos, apresentando uma análise, em percentuais, das cinco principais culturas agrícolas, em quantidade de hectares plantados no município de São Sepé em 2016. Os resultados estão assim dispostos: soja em grão - 71,4%; arroz em casca - 21,6%; milho - 2,6% trigo 1,9% e aveia- 1,9%. Esses dados corroboram o cenário de expansão relatado na pesquisa.

6.1. O CENÁRIO DO AGRONEGÓCIO DA SOJA E A GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL: PROTEÇÃO AMBIENTAL “VERSUS” DESENVOLVIMENTO

Foi partir da década de 80, com a consolidação da cadeia produtiva da soja brasileira como segmento dinâmico e moderno, que o processo de expansão da área cultivada começou a migrar da abertura de novas áreas para a substituição de atividades produtivas, como a bovinocultura de corte e o cultivo de arroz (EMBRAPA, 2014).

No âmbito interno, a produção de soja tem avançado continuamente, calcada no gradativo aumento de área e nos índices crescentes de produtividade. Na Região Sul do País, o avanço da sojicultura tem ocorrido pela incorporação de áreas de outros cultivos (e.g. milho verão) e pastagens (e.g. integração lavoura-pecuária) e pela inserção da cultura em sistemas de produção da qual a mesma não fazia parte (e.g. rotação com arroz no Rio Grande do Sul).[...] (IRAKURI; LAZZAROTTO, 2014, p. 67).

Atualmente, o cultivo da soja corresponde a 52,9% da área total de grãos do País e está concentrado nas regiões Sul e Centro-Oeste, constituindo estes os cinco estados maiores produtores nacionais da cultura: Mato Grosso, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Mato Grosso do Sul (EMBRAPA, 2014).

No Rio Grande do Sul, o agronegócio da soja constitui a terceira maior área em produção no Brasil. Esse avanço tem ocorrido em áreas de arroz e pastagem na porção sul do Estado. Contudo, o Rio Grande do Sul apresenta um dos menores rendimentos nacionais, em decorrência de fatores climáticos, sobretudo longos regimes de estiagem que ocorrem em fases vitais de desenvolvimento da planta. Aqui no Estado, a cultura, que

teve tetos de rendimento na casa de 2.000 kg/ha nos anos 1990, tem obtido, atualmente, picos de produtividade próximos a 2.850 kg/ha, embora este patamar ainda esteja aquém dos observados em outros estados produtores. Nesse contexto, a produção estadual avançou significativamente entre as safras 2000/01 e 2013/14 (5,4% ao ano).

Os dados preliminares do Censo Agropecuário 2017 já reforçam e comprovam a importância da Região Central do RS para o setor do agronegócio. Prova disso é que cinco municípios figuram entre os principais produtores da soja, uma das principais e mais lucrativas culturas do Estado. Na lista divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), São Sepé ocupa o 18º lugar, com um total de produção de 167 mil toneladas¹¹⁰.

O crescimento contínuo e diferenciado ocorrido nas últimas décadas com o agronegócio da soja, tanto no município de São Sepé quanto em todo o Estado do Rio Grande do Sul, pode ser atribuído a diversos fatores, sobretudo aqueles de natureza tecnológica e mercadológica, que vem definindo essa expansão.

No município de São Sepé/RS, as informações obtidas junto ao entrevistado A, representante do Departamento Técnico da Cooperativa Tritícola Sepeense Ltda, dão conta de que a área de soja cultivada no município, aumentou nas últimas três safras, em torno de 10.000 hectares/ano.

Porém, devido aos fatores climáticos, esse aumento de área cultivada não se reverteu em produtividade e conseqüentemente comercialização, o que poderia proporcionar retorno fiscal aos cofres públicos, conforme se verifica na Tabela 1:

Tabela 1: Agronegócio da Soja no município de São Sepé – 2015 -2018

Safra	Área Plantada	Produtividade
2015/2016	45.000	45 sacas
2016/2017	55.000	50 sacas
2017/2018	65.000	20 sacas

Elaborado por: PEDROSO, 2018.

110 Reportagem gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2018/08/municipios-das-regioes-central-noroeste-e-fronteira-oeste-lideram-producao-de-soja-no-estado-cjk07wap400g801qk0qpf33dk.html

6.2 Gestão das atividades do Departamento Municipal de Meio Ambiente

Paralelo a essa expansão da cultura no município, que acompanha uma tendência no cenário nacional, verificou-se que houve certo refreamento estrutural da gestão pública municipal no que se refere à atuação nas atividades de licenciamento e fiscalização ambiental.

A Gestão Ambiental local não pode perder de vista os problemas globais, isto é, ela deve ser formulada também com o objetivo de contribuir para solução ou redução desses problemas em seu nível de atuação espacial. Esse é o sentido da expressão *Pensar globalmente, e agir localmente*, que se tornou uma espécie de lema do Desenvolvimento Sustentável (BARBIERI, 2011, p. 60)

No início do ano de 2015, o Departamento de Meio Ambiente, que está vinculado à Secretaria de Agricultura e Meio Ambiente do Município de São Sepé, possuía uma estrutura funcional composta por um Coordenador contratado com formação em Engenharia Florestal, um Biólogo e um Fiscal Ambiental com graduação em Administração (ambos admitidos em concurso público) e um estagiário. Além disso, nos últimos 5 anos o serviço de licenciamento ambiental vem sendo realizado por uma empresa terceirizada – SANTA MARIA FLORESTAL – que possui em seu corpo técnico profissionais de diferentes áreas. A remuneração dos serviços é calculada em um percentual do valor das taxas de licenciamento cobradas pelo ente público.

No decorrer dos últimos dois anos, o cargo de coordenador foi extinto e houve vacância do cargo de biólogo sem que houvesse novo concurso para preenchimento da vaga. Restou o cargo de fiscal, que atualmente acumula a função de “Chefe do setor de fiscalização e Licenciamento”, com recebimento de função gratificada, concentrados em um único servidor. Ou seja, o mesmo servidor recebe os pedidos de licenciamento, encaminha à empresa Santa Maria Florestal, responsável pela análise dos pedidos, confecção de laudos e emissão das licenças, que são assinadas pelo Prefeito Municipal no ato de concessão.

O entrevistado B, atual Secretário de Agricultura e Meio Ambiente, ao ser questionado pelo visível desmantelamento do Departamento de

Meio Ambiente como política da atual gestão pública municipal refere que a questão ambiental x gestão pública é “questão delicada”, referindo-se às dificuldades de recursos para manter melhor estrutura funcional, que compromete recursos escassos para atendimento da folha de pagamento. Em sua fala, o entrevistado B não demonstra preocupações ambientais em relação à expansão das áreas de cultivo de soja, relatando com satisfação a rentabilidade da cultura, o que reforça o discurso do desenvolvimento puramente econômico, que vem sendo combatido por estudiosos e pesquisadores de diferentes áreas, especialmente na sociologia rural e desenvolvimento regional.

Entende o atual Secretário de Agricultura e Meio Ambiente que esta estrutura mínima do Departamento de Meio Ambiente dá conta das atividades de licenciamento e que os projetos e ações de educação Ambiental são de responsabilidade da Secretaria de Educação, no âmbito das escolas.

Assim, interesses meramente econômicos são facilmente aliados a interesses de quem detêm o poder público e raramente coincidem com uma ideia equitativa de democracia participativa, deliberativa e inclusiva ou suas reivindicações normativas em favor de um desenvolvimento sustentável (OLIVEIRA, 2014, p.85).

O entrevistado C, atual Chefe de fiscalização e Licenciamento, ao falar sobre sua atuação frente ao departamento, no momento da entrevista apresentou um folder, que trata do recolhimento de lixo seco, intitulada “CAMPANHA MEIO AMBIENTE 2018”. Ao ser questionado sobre o projeto da referida campanha, o mesmo indicou que somente foi elaborado o folder para distribuição nas escolas. Percebe-se que o material apenas reproduz roteiros de coleta existentes desde a administração anterior e que muitas vezes não são cumpridos pelo poder público, o que gera inúmeras críticas pelos munícipes quanto ao atendimento do serviço. A inexistência de projetos e ações revela a inércia menor preocupação do poder público municipal em relação as questões ambientais, configurando-se como projeto político da atual administração.

Em relação ao licenciamento e fiscalização ambiental relacionados ao agronegócio da soja, o fiscal refere que nos últimos três anos tramitou um único processo administrativo, originado por fiscalização ambiental, me-

diante denúncia à Polícia Ambiental - 2º Batalhão de Policiamento Ambiental da Brigada Militar - com sede no município de Santa Maria. A ocorrência está tratada no BO 556188/2015, indicando supressão indevida de vegetação natural (mata nativa) em área aproximada de 0,5 hectares, sem antecedência de licenciamento ambiental em área de preservação permanente (APP). Foi encaminhada ao Departamento de Meio Ambiente e ao Ministério público para providências. Por parte do Ministério Público foi proposto Termo de Ajustamento de Conduta para reparação do dano Ambiental.

Essas são estratégias perenes e ordinárias no curso do capitalismo, conforme afirma Brandao (2014, p. 13):

Os processos de apropriação e reapropriação dos bens comuns e recursos naturais (terra, florestas, água e solo), o uso da fraude e das manobras especulativas, dentre outros, são meios ilícitos, ilegítimos ou violentos de destituir a propriedade social para o benefício de uma pequena minoria.

No âmbito da gestão pública municipal, esse acontecimento do ano de 2015 acertadamente acarretou abertura do Processo Administrativo e consequente lavratura do Auto de Infração nº 002-2016 por parte do Departamento Municipal de Meio Ambiente. O suposto infrator apresentou Projeto Técnico para Recuperação da área degradada (PRAD), solicitando redução da multa, conforme prevê a lei municipal 2.498 de 21 de novembro de 2002. Em análise no Departamento de Meio Ambiente, foi verificado que se tratava de uma compensação ambiental e não recuperação da área degradada. Foi indeferido o pedido de redução da multa, sendo esta aplicada no patamar máximo, fixando o *quantum* em 10.000,00 (dez mil reais).

Do relato apresentado, percebe-se a correção dos procedimentos realizados pelo poder público municipal diante da ocorrência de dano ambiental; porém, percebe-se que possivelmente a fiscalização não tem se mostrado eficiente ou praticamente inexistente diante da expansão do agonegocio da soja no município, já relatada pelo entrevistado A, no início dessa seção.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto mundial e brasileiro, mudanças significativas nos fatores estruturais, tecnológicos e mercadológicos do agronegócio da soja fazem do Brasil o maior exportador desta planta em grãos, com resultados econômicos relevantes do agronegócio mundial da *commodity*.

Não obstante, verifica-se que esta expansão das áreas cultivadas não vem acompanhada da devida fiscalização ambiental no que concerne às questões de supressão da vegetação natural para aumento das áreas de plantio. Prevalece o entendimento econômico por parte de gestão pública, em épocas de escassez de recursos, mais preocupada com a necessidade de ingressos de recursos aos cofres públicos do que propriamente atender aos comandos constitucionais de proteção ambiental que lhe são conferidos.

Percebe-se que a eficácia dos instrumentos de política pública ambiental dependem dos instrumentos de outras políticas públicas em nível local, sob pena de incentivar práticas ambientais insustentáveis por parte dos agentes privados.

O sistema jurídico brasileiro introduziu, a partir da Constituição Federal de 1988, um conjunto de normas legais, aptas a produzirem efeito na regulação da vida em sociedade e exercício das atividades econômicas. É nesse sentido que esse trabalho traz como novo dilema as demandas econômicas pela expansão do agronegócio da soja, mas como velho problema a exploração desenfreada dos recursos naturais, tendo por justificativa o desenvolvimento.

8. REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. Gestão Ambiental empresarial: conceitos, métodos e instrumentos. 3. Ed. atual e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO. Carlos. Crise do(s) Capitalismo(s) e os Espaços Produzidos nas Escalas Nacional, Mundial e Regional. In: Crises do Capitalismo, Estado e Desenvolvimento Regional. Organizadores: Virginia Elisabeta Etges, Silvio Cezar Arend. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. IBAMA. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2018.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE Disponível em: <http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/sistema-nacional-do-meio-ambiente> . Acesso em: 27 jun. 2018.
- EMBRAPA. Tecnologias de produção de soja – Região Central do Brasil 2014. –
Londrina: Embrapa Soja, 2013. (Sistemas de Produção / Embrapa Soja, ISSN 2176- 2902; n.16).
- FLORIANO, Eduardo Pagel. Políticas de gestão ambiental, 3ed. Santa Maria: UFSM-DCF, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2010.
- HIRAKURI, Marcelo Hiroshi; LAZZAROTTO, Joelsio José. O agonegócio da soja nos contextos mundial e brasileiro – Londrina: Embrapa Soja, 2014.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br>>
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Advocacia Ambiental: Segurança Jurídica para Empreender. Coordenadores; Edson de Oliverira Filho, Flávio Ahmed, Luiz Carlos Aceti Jr., Samir Jorge Murad e Werner Grau Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2009.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Direito Ambiental. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Págs. 885/886.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em foco. 6.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NASCIMENTO. Luís Felipe. Gestão Ambiental e Sustentabilidade. Florianópolis. 2ª Ed. UFSC. CAPES UAB, 2012.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEPÉ. Disponível em: <www.saosepe.rs.gov.br>

OLIVEIRA. Nythamar. Governança, Equidade e Competitividade: O Déficit Normativo do Ethos Democrático. In: Crises do Capitalismo, Estado e Desenvolvimento Regional. Organizadores: Virginia Elisabeta Etges, Silvio Cezar Arend. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

QUINTAS, José Silva. A educação ambiental no contexto da Gestão pública Ambiental. 2008. Disponível em : <[Http://Www.Emformação.Biqmed.Ufrj.Br/03/Conexoes.Html](http://Www.Emformação.Biqmed.Ufrj.Br/03/Conexoes.Html)>.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. Manual de investigação em ciências sociais. Lisboa: Gradiva, 1995.

RABELO. Laudemira. Indicadores de Sustentabilidade: a possibilidade do desenvolvimento sustentável. Fortaleza: PRODEMA. UFC, 2008

SECRETARIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução CONSEMA 372/2018. Disponível em <http://www.sema.rs.gov.br/upload/arquivos/201804/18092406-372-2018-atividades-licenciavies-compilada.pdf>

SEBRAE. Perfil das Cidades Gaúchas - São Sepé Disponível em http://datasebrae.com.br/municipios/rs/Perfil_Cidades_Gauchas-Sao_Sepe.pdf

HJORT, Larissa Cristina et al. Aspectos da gestão ambiental pública e privada. Análise e Comparação. Revista Ciência, Tecnologia & Ambiente. Vol. 3, No. 1, 73-81. Setembro , 2016. ISSN 2359-6643. Disponível em: www.revistacta.ufscar.br/index.php/revistacta/article/download/28/32

HULLER, Alexandre. Educação ambiental em órgãos públicos municipais através da A3P (agenda ambiental na administração pública) como uma nova ferramenta de gestão. Rev. eletrônica Mestrado. Educação. Ambiental. ISSN 1517-1256, v. 25, julho a dezembro de 2010.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em Ciências Sociais: pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

UM PANORAMA INTERNACIONAL DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

Adriana Xavier Ferreira Lopes

I. INTRODUÇÃO

O intuito primordial do estudo é apreciar as possíveis interpretações dos direitos humanos e sua respectiva proteção, em nível interno e global. Para tanto, inclui-se a tutela do meio ambiente como elemento basilar para o alcance dos demais direitos fundamentais, entendendo-o não mais como um aspecto isolado, e sim como uma parte substancialmente integrante do processo internacional de desenvolvimento das nações.

A conformação de uma comunidade internacional que busca a proteção dos direitos humanos, não existia quando da positivação dos direitos fundamentais, pois, no prisma da soberania estatal, entendia-se que as normas internas de cada estado seriam efetivas e cumpridas. Todavia, somente as normas internas não cumpriam satisfatoriamente a tutela dos direitos fundamentais, o que resultou na criação de uma nova ordem jurídica, com normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A proteção do homem e do meio ambiente, portanto, aflora-se com princípios próprios de autonomia e especificidade, e graças ao seu caráter

expansivo, não é mais matéria de domínio exclusivo da legislação estatal, e sim dever de toda a sociedade internacional. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana possuindo natureza transnacional, é o que norteia os novos critérios de legitimidade e comportamentos dos Estados.

Assim, revela que as normas de proteção internacional do meio ambiente são consideradas um complemento aos direitos fundamentais e que, o bem jurídico vida depende, para a sua integridade, de um ambiente equilibrado, devendo, portanto, estar no mesmo patamar de importância de outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica. Além do mais, este novo paradigma rompe com a hirta divisão entre direito público e privado, libertando-se de suas clássicas molduras.

A pesquisa se encerra com a apresentação de um caso preambular, em que se evidencia claramente a aplicação dos direitos humanos na segurança ambiental em âmbito internacional, com a análise da cascata de impactos advindos da degradação ambiental e as consequentes violações dos direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

II. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONCEPÇÃO FUNDAMENTAL DO MEIOAMBIENTE

Os sistemas normativos das nossas sociedades formam um conjunto de normas, que são um reflexo de suas preocupações e necessidades. A globalização foi elemento crucial para que o direito humanitário ultrapassasse suas próprias limitações, trazendo como consequência direta, a intensificação das relações interestatais e com ela, a uma pluralidade de direitos dedicada a uma sociedade, agora analisada em aspecto internacional e uno.

Partindo deste entendimento, reconheceu-se a capacidade de representação dos indivíduos nas relações regionais, mas também nas relações internacionais, o que, inevitavelmente, cria um espaço público internacional próspero para a garantia dos direitos fundamentais. A ascensão e construção da nova dimensão dos direitos humanos, ocorreu de forma dinâmica e adaptável, sensível a cristalização de valores até então desconhecidos (AMARAL, 2011, p478). Dessa forma, a aquisição de novos direitos não anula aqueles já previamente reconhecidos, pois se organiza de forma qualitativa, comutativa e complementar, em busca de satisfazer efetivamente as necessidades do homem.

Assim, crescia a premência de se definir e tutelar, em ordem interna e internacional, valores axiológicos fundamentais, que concretizassem e legitimassem uma ordem jurídica que vise a aquisição de direitos universais e indivisíveis.

Para a negociação de acordos bi e multilaterais requer-se bastante presteza, ao mesmo tempo demanda uma certa flexibilidade, por ser afetado pelos nuances da sociedade, determinando a regulamentação dos comportamentos por normas jurídicas não obrigatórias. Sendo essas duas importantes razões que fomentam a utilização da *soft law*, espelhando-se não apenas no interesse público plurifacetado, bem como na atuação dos Estados e dos demais sujeitos internacionais.

Princípios internacionais acerca do direito humanitário são debatidos neste novo espaço público internacional, em que, a proteção destes direitos é tremendamente valiosa para assegurar a democracia cosmopolita. Evidencia-se, portanto, que a coexistência e cooperação foram princípios inspiradores direito humanitário internacional, sendo notórias as tentativas dos Estados em avançar, no que tange a maior amplitude dos direitos humanos. Importante destacar que, a atuação das organizações não governamentais também foram elementares para reivindicar o cumprimento das necessidades humanas.

Os pactos internacionais se avivaram na perspectiva de juridicização, a medida que ampliam e detalham a quem e quais os direitos se abrange, formando um processo aberto e sensível compostos de diversas gerações de direitos que interagem entre si.

O fenômeno da internacionalização dos direitos humanos ocorreu em 1948, quando adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (*DUDH*), por meio da Resolução 217 da Assembléia Geral da ONU, e assim, expandiu-se uma grande gama de possibilidades para o constante desenvolvimento dos direitos humanos em âmbito global.

A UDHR determina em seu preâmbulo:

~ Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”

Da mesma forma, ao longo do texto compreende-se que “todo ser humano tem direito à vida”, e dentre os muitos aspectos que contribuem para que se alcance este objetivo e este direito, o meio ambiente se configura como peça notoriamente fundamental, sem o qual torna-se impossível a própria vida humana. As obrigações elencadas na DUDH possuem caráter *erga omnes*, em que pese ter sido elaborada observando os valores considerados fundamentais, analisando a comunidade internacional como um todo, e ainda pode ser exigida por qualquer Estado ou sujeito internacional, independente da aquiescência do Estado opressor (FERNANDES, 2014, p100)

A expansão das discussões das questões ambientais ocorreu justamente em vista do crescimento exponencial da degradação ambiental, gerada não só pela apropriação exagerada dos seus elementos não renováveis como recursos produtivos, mas também da produção de resíduos e sobras não aproveitáveis. Isto tudo resultou em catástrofes inquietantes, que afetavam diretamente a economia mundial, agravando o modelo produtivo e aprofundando as mazelas sociais. Portanto, o que antes era interesse nacional, torna-se, a partir deste momento, interesse internacional, provocando uma grande reflexão acerca de sua preservação e medidas de precaução, o que fez a temática ganhar espaço e presença nos fóruns internacionais.

O reconhecimento em assegurar o bem estar do meio ambiente nasce com o entendimento de que os impactos que este bem sofre, repercutirá diretamente e indiretamente na vida dos seres humanos, não exclusivamente nos direitos individuais, e sim na vida da esfera coletiva, tendo, sobretudo, o entendimento de que ele é a condição primária de existência da vida, e que ainda pode diminuir a fruição de diversos outros direitos. Logo, ampliou-se o sujeito processual, e o direito pleiteado não é meramente individual, e sim difuso e sem delimitação, sendo uma forma de garantir a dignidade humana.

A partir do momento que se obteve maior foco nas temáticas ambientais e exigia-se urgentemente soluções concretas e efetivas, começou-se a questionar o modelo de funcionamento da relação entre o homem e a natureza, culminando na necessidade da tutela jurídica internacional do meio ambiente, que ganhou contornos próprios e papéis especializados na vida social e econômica das Nações.

Duas décadas após a proclamação da DUDH, a Assembléia Geral da ONU aprovou a Resolução 2.398 (XXIII), em dezembro de 1968, que em seu teor, reconhece as transformações entre o ser humano e o meio ambiente, e o novo arranjo desta relação, em face dos avanços científicos e tecnológicos. Concluiu-se que os impactos destes avanços poderão acarretar sérios riscos ao bem estar social e à saúde, não somente física, mas também mental do homem, além de impedir o gozo dos direitos fundamentais em países desenvolvidos e sub desenvolvidos.

Assim, com a constatação de que as questões ambientais não poderiam ser mais tratadas como problemas regionais ou locais, em virtude de sua abrangência em âmbito global, a Resolução determinou a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também chamada de Declaração de Estocolmo, que ocorreu em 1972, na cidade que lhe deu o nome. Os ilustres princípios redigidos na Declaração foram um marco imprescindível na conexão entre a proteção internacional do meio ambiente e a proteção internacional dos direitos humanos.

Estabelece em seu Princípio 1:

“O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.”

O papel da Declaração de Estocolmo, conforme classificação unanimemente da doutrina internacionalista, foi de crucial importância para a segurança e proteção ambiental, da mesma forma que a Declaração de Direitos Humanos foi essencial para a defesa internacional dos interesses e necessidades da pessoa humana (SOARES, 2003, p44)

Posteriormente, o entendimento do *ethos* ambiental foi reforçado pela adoção de vários instrumentos de *soft law*, que revelam a ligação intrínseca da tutela do meio ambiente com a garantia dos direitos humanos, determinando que as nações busquem, em conjunto, a cooperação entre si em favor das gerações futuras e também garantir que a população intergeracional tenha qualidade de vida.

Diante de uma breve realidade em que o meio ambiente se encontrará saturado e esgotado, a fruição de seus recursos e serviços encontram-se ameaçadas, assim como o proveito deste direito fundamental. Assim, o *modus vivendi* da sociedade internacional contemporânea está em potencial risco de insegurança interna e global, tendo o meio ambiente como motivo gerador de conflitos, disputas e tensões sociais.

III. O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO MANUTENÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

A dinâmica contemporânea configura-se cada vez mais problemática, e a busca de soluções jurídicas para as novas adversidades tornam visíveis as incertezas e inseguranças defronte uma desafiadora realidade.

É fato que a população ou até mesmo os menores organismos estão

interligados em um complexo sistema de interdependência, cuja dinâmica é afetada pelas interações dos fatores físicos de seu ambiente, aliado as outras atividades que o rodeiam e, por conseguinte, interfere em sua performance. Dessa forma, percebe-se que as atitudes humanas intercedem de forma a fragilizar ou interromper os laços de dependências criados naturalmente, aumentando a vulnerabilidade e a exposição de riscos.

Destarte, a função do direito, mormente nos casos de risco e vulnerabilidade ambiental, é de assegurar a segurança jurídica, e para a efetividade deste direito, é necessário ações do Estado e da coletividade, de forma que as liberdades individuais se apresentem indissociáveis das liberdades sociais e coletivas.

A DUDH possui a crescente importância de aprofundar a correlação dos Estados para que busquem objetivos e destinos comum, e oferecer qualidade de vida para a sociedade. Constata-se que, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma ramificação dos Direitos Humanos funciona como uma ordem jurídica que opera entre os Estados, e apesar de não ter caráter vinculativo, pretende a coexistência harmoniosa entre eles.

A magnitude dos impactos da degradação ambiental se dá em diferentes níveis e formas, variando em escassez recursos naturais e/ou valiosos, inóxia de terra fértil, diminuição da biodiversidade, doenças crônicas, poluição exacerbada, contaminação de rios e mares e até mesmo pela indisponibilidade de recursos vitais, como água e comida, que potencialmente levam a eclosão de conflitos.

No ano de 1994, o Relatório *An Agenda for Development* foi alvo de olhares da comunidade internacional, firmando o meio ambiente como a base do desenvolvimento:

“The environment, like peace, the economy, society and democracy, permeates all aspects of development, and has an impact on countries at all levels of development. In the developing world, ecological pressure threatens to undermine long-term development.

O Relatório ainda aborda:

“Development and environment are not separate concepts, nor can one be successfully addressed without reference to the other. The environment is a resource for development. Its condition is an important measure and its preservation a constant concern of development. Successful development requires policies that incorporate environmental considerations”

Nesse prisma, por ser um assunto transversal e multidisciplinar, emaranhado por diversos aspectos da vida humana, cujos efeitos são diretos e colaterais, a discussão ambiental ocupa um espaço normativo indispensável, em que se busca proteger os danos ambientais futuros, certos, previsíveis e possíveis, de maneira que diminua ou evite as dimensões dos risco a estabilidade, a defesa e a segurança em âmbito regional e internacional.

O que se percebe é que, a maior atenção a esses fatores se deu não somente ao papel essencial que eles possuem na manutenção da vida e dignidade humana, mas também ao receio de serem elementos que colocam em risco a estabilidade, a defesa e a segurança em âmbito regional e internacional.

A proteção do meio ambiente é um tema contumaz e delicado, e conforme suas implicações para a no planeta foram sendo reveladas como

condicionantes para o desenvolvimento dos Estados, delineou-se contornos jurídicos mais acentuados e ampliados. Esta evolução alicerçou a interconexão da questão ambiental, com a matéria dos direitos humanos e da segurança global, e ainda com a ideia de desenvolvimento sustentável.

As novas políticas globais de governança derivam da estreita necessidade de cooperação e engajamento das nações, pois, na nova realidade mundial, concebe-se que uma ameaça a um Estado, também é uma ameaça para os outros Estados. De modo que coloca-os de forma mais efetiva na gestão das ações de prevenção e erradicação, daquilo que pode possivelmente ameaçar a paz e a segurança internacional.

Então, os principais órgãos internacionais buscaram adotar normas que colimem a conservação e a proteção do meio ambiente, tanto para evitar a destruição ambiental, quanto para diminuir ou extinguir seus riscos e consequências para a segurança da sociedade internacional. Como prova de tal raciocínio, o Relatório de Desenvolvimento Humano de 1994, abordou a insegurança ambiental como uma das dimensões da segurança humana. Outrossim, a Assembléia Geral da ONU, realizada em dezembro de 2010, aprovou uma resolução nomeada “As Nações Unidas na Governança Global”, que reforça a obrigatoriedade de persistir na busca de soluções que tenham uma faceta multilateral e inclusiva, ao mesmo tempo que transparente e efetiva para se adaptar aos desafios hodiernos.

IV. AMEAÇAS AMBIENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NA PAZ E SEGURANÇA INTERNACIONAL

A reflexão central acerca da preservação do meio ambiente é sobre a influência desse bem estar na vida humana e como suas consequências violam os direitos humanos internacionais, pois, conforme já abordado, a degradação ambiental possui desdobramentos em níveis locais e internacionais. As peculiaridades físico-geográficas juntamente com o contexto de fragilidade social, política e econômica de um local, garantem a ele um determinado tipo de risco ambiental e suas respectivas vulnerabilidades. Em uma perspectiva mais englobada, a degradação destrói ecossistemas terrenos e aquáticos e aumenta os gases do efeito estufa, o que faz com que essa poluição transfroteiriça provoque desequilíbrios climáticos

e ambientais em todo o globo, com profundas repercussões nas condições de vida, saúde, dignidade e identidade das pessoas, que, por muitas vezes, se encontram forçadas a se deslocarem para buscar outros meios de sobreviver.

A conexão dos direitos humanos ao meio ambiente não mais se resume apenas em aspectos físicos e ontológicos, carecendo também de ganhar bases jurídicas, em que se explicita que esses direitos são indivisíveis e sua efetividade depende de ações que reduzam a vulnerabilidade. Portanto, a proteção satisfatória do meio ambiente, invocado como fundamental, requer que o Estado assuma a posição de tomar medidas suficientes que previna, não só a poluição em seus diversos modos, mas também englobe meios de um uso mais sustentáveis para os recursos naturais.

Os tratados de proteção internacionais, tal como a DUDH e a Declaração de Estocolmo, apresentam em seus dispositivos, os princípios aplicados pelos tribunais internacionais, que reconhecem a violação dos direitos humanos, sobretudo no tocante do direito à vida, saúde, propriedade, à privacidade, a vida familiar e a autopreservação das pessoas. O direito a vida também é garantido pelo art 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e consta no seio constitucional de diversos países.

Não obstante aos tratados e convenções, a implementação desse direito, enquanto fundamental, é refletido em jurisprudências, que fornece essa proteção complementar e associa a interpretação do direito à vida vinculados com os direitos sociais, econômicos e culturais, com clara natureza humanitária e solidária.

A interligação da temática ambiental com os direitos humanos, provocou o desenvolvimento de fortes requisitos procedimentais e diferentes padrões, que fazem sentido em face da nova organização da realidade, em que a sociedade como um todo experimenta os prejuízos e benefícios de atividades que causam degradação ambiental. O dever de cooperação é exigido ainda mais fortemente, nos casos em que se aplicam os danos transfronteiriços, depreende-se, portanto, que os Estados devem tentar atuar como um único objetivo comum, qual seja, enfrentar a ameaça ambientais de forma extensa e responsável. A ideia concebida solidariamente é de que, sob nenhuma condição os Estados poderiam permitir

que a degradação ambiental derrubasse os direitos humanos, máxime os mais vulneráveis.

A constante recorrência da temática ambiental fez com que seu lugar na agenda da ONU se concretizasse, sendo assim, em 2002, incluiu-se na agenda um tópico que versa sobre os recursos naturais compartilhados. Em seguida, em 2003, o Painel sobre Ameaças, Desafios e Mudanças buscou analisar as demandas de políticas e governanças internacionais necessárias para combater a nova realidade mundial, não apenas no intuito de tornar a ONU mais efetiva na sua gestão, mas também apontar intuições e medidas que promovam a segurança ambiental e combatam os conflitos e tensões internos, que possuem possibilidade concreta de se internacionalizarem.

No ano de 2010, incluiu-se também em pauta, temas relacionados a Proteção da Atmosfera e à Proteção do Meio Ambiente em Relação aos Conflitos Armados, para fixar parâmetros e formas de cooperação entre os Estados, objetivando a tutela dos direitos fundamentais transnacionais.

IV.1 Disputa pelos recursos naturais como violação dos Direitos Humanos

É inegável a associação dos recursos naturais com a qualidade de vida de uma população em seus vários níveis. A ameaça a paz e a segurança internacional não reside apenas no fator individual da disputa pelo recurso em si, mas também na guerra do controle da região onde existem estes recursos, sendo portanto, não apenas associada com a escassez, mas também com sua abundância.

É fato histórico que a ameaça ambiental mais constante permeia a escassez de recursos naturais vitais, como água ou comida, bem como é certo que é este o motivo que acirra mais profundamente as tensões e atritos entre indivíduos e grupos sociais. Entretanto, a Resolução 37/7 da Assembleia Geral da ONU reconheceu que em regiões nas quais o recurso natural é abundante ou exclusivo, há, igualmente, uma feroz disputa para se obter o controle das reservas, afirmando que “a competição por recursos naturais cria conflitos, enquanto a preservação e conservação da natureza e dos recursos naturais contribui para a justiça e manutenção da paz”.

Diversas guerras civis e tortuosos conflitos, que antes eram tensões étnicas ou religiosas, eclodiram e se acentuaram intensamente devido a ameaças ambientais, emergindo da distribuição e a alocação dos recursos naturais, como nascentes e cursos d'água e disputa por terras férteis, assim como nas tentativas de obtenção do controle de *commodities* de alto valor econômico, como madeira, diamantes e petróleo. A Comissão para a Construção da Paz das Nações Unidas (CPP) possui a distinta função de elaborar esforços em prol da paz em países abalados por conflitos, e por meio da nota elaborada pelo *Working Group on Lessons Learn*⁵, revelou dados que comprovam que os recursos naturais são, reiteradamente, o foco central das guerras e conflitos civis.

O continente africano, desde 1990, teve em seu território diversas guerras civis, bem como foi cenário de grandes conflitos, marcados pela luta sobre o domínio de fontes de água doce e terras agrícolas e outros recursos naturais, como na Etiópia, Sudão, Nigéria e na Somália. Ainda assim, a rivalidade se estende para outros países, como Nepal e Oriente Médio, que também lutam por petróleo e água, contexto este que deve se comprometer ainda mais, em vista do contínuo crescimento populacional e as mudanças climáticas, que afetam diretamente a segurança alimentar e hídrica no nas próximas décadas.

Sendo importante ressaltar que a guerra civil no Sudão, o conflito da Nigéria, e as condições no Iêmen e na Somália, estão entre os mais pungentes exemplos de má administração dos recursos naturais que levam, se firmando o prolongamento da insegurança. Além disso, a miséria, conjuntamente com a seca, são catalisadores das grandes migrações internas que ocorrem no continente, em 2009, várias centenas de milhares de africanos abandonaram suas casas, fazendas e pastagens devido à seca, pois não havia mais condições de se viver lá.

A interdependência existente entre meio ambiente, recursos naturais e conflitos já foi tema de debate pelo Secretário-Geral da ONU, em que se ratifica o entendimento dessa interligação, na medida em que, tanto nas guerras civis quanto nas intraestatais, o controle ou a interrupção de fontes e suprimentos de alimentos é frequentemente usado como meio de travar a guerra e/ou de privar civis dos grupos opostos. Além disso, o deslocamento impede que as pessoas se envolvam em atividades normais de produção e aquisição de alimentos⁶. Tendo, inclusive repercussão

no Conselho de Segurança da ONU, sendo um entendimento mútuo de que o papel do meio ambiente é crucial na busca da consolidação da paz de conflitos armados e tensões pós-conflitos. Firmando-se a Resolução A/55/985:

“O foco seria em questões transfronteiriças que constituem ameaças potenciais à paz e segurança internacionais, tais como fluxos de armas ilícitas, recursos naturais, refugiados, mercenários, forças irregulares e as implicações de segurança de sua interação. O relatório também sugeriria prioridades de ação para o Conselho, identificando e reagindo a essas ameaças regionais à paz e à segurança internacionais.

IV.II African Union Mission in Sudan (AMIS)

Compreender o hermético mosaico de conflitos do Sudão é essencial para determinar a relação entre o conflito e ambiente nesta região, e apesar de não ser a única causa de tensão, é categórica a magnitude das questões ambientais e de gestão de recursos naturais na história dessa região.

Ao longo da história do Sudão, não houveram muitas hostilidades noticiadas, mas sabe-se que se caracterizavam por serem restritas a tensões tribais de pequena escala, e por conseguinte, locais e parcialmente interligadas. Contudo, em 2003, esses conflitos se transformaram em um confronto militar mais amplo e violento, relacionado a questões de marginalização política e econômica, à medida que diferentes grupos de meios de subsistência procuravam adaptar seus modos de vida, diante da progressiva escassez de recursos. O conflito, anteriormente regional, se projetou em todos os três estados de Darfur e também se estendeu aos países vizinhos.

É imperioso, em um primeiro momento, expor as quatro categorias de recursos naturais que contribuem especificamente para o conflito:

- i. Reservas de petróleo e gás;
- ii. Águas do rio Nilo;
- iii. Extração de madeira;
- iv. Terras agrícolas e para pastagens e pontos de água disponível.

Os potenciais conflitos sobre petróleo, madeira e as tratativas relacionadas as águas do Rio Nilo, são assuntos que, em bem verdade, devido ao seu alto valor econômico e singularidades políticas, já possuem uma dimensão nacional.

No que tange as tensões sobre as terras agrícolas e pastoris, insta esclarecer que também há, no decorrer do desenvolvimento do Sudão, registros de disputas por terras em que a ocorrência de chuva é maior, pois o clima rigoroso de Darfur fez com que essas tribos precisassem de compartilhar água e suas escassas terras para pastoreio e a agricultura. E, caso o cenário se permanecesse intacto, isto é, na ausência de mudanças demográficas e ambientais, tais conflitos seriam geralmente considerados uma questão social, e limitados a uma determinada localidade, e não justificariam uma avaliação puramente por razões ambientais.

Não obstante, a degradação ambiental continuou a ser uma prática intensa entre toda a comunidade internacional, e seus efeitos não necessariamente se restringem a um determinado território, sendo seus efeitos, portanto, transfronteiriços.

A população sempre foi relativamente vulnerável devido as chuvas irregulares, entretanto, o aumento da desertificação e da seca severa, forçaram o delicado equilíbrio de Darfur e, desde então, a instabilidade política e o conflito interno, confrontado com o esgotamento das terras e com o empobrecimento generalizado da população, foram constantes, impulsionando milhares de pessoas a uma espiral negativa de pobreza, deslocamento e, no pior dos casos, guerras e conflitos.

Basil Ikouébé, de Congo-Brazzaville, aborda a ironia do fato da África ser a região menos responsável pelas emissões globais de gases de efeito estufa, calculando-se que a média africana produz menos que a vigésima das emissões do americano médio, e mesmo assim é uma das mais afetadas pelas mudanças climáticas. (Brown O, 2007, p142)

O Relatório “*The Jonglei Canal Project: A case study on water security in southern Sudan*” da *Peace Operations Training Institute* possibilitou uma compreensão mais profunda a cerca da segurança da água no sul do Sudão, e corrobora com o entendimento trazido. In verbis:

“While climate change and desertification can be considered two distinct issues facing Sudan, they remain so inter-linked that it would be impossible to discuss one without the other.”

Além do declínio, o continente africano é marcado por uma competição impetuosa pelos benefícios advindos do uso de águas, que conjuntamente serviu como um importante fator contribuinte da guerra civil. Além disso, as realidades da geografia, da mudança climática e a desertificação da bacia do Rio Nilo acrescentaram um maior grau de urgência à necessidade de desenvolvimento de recursos hídricos sustentáveis. A análise do Programa das Nações Unidas do Meio Ambiente (PNUMA), revelou que a mudança climática da região, conjuntamente com a escassez de água e a constante perda de fertilidade dos solos, foram fatores extremamente agravantes nas outras questões sociais, políticas e econômicas, aumentando a pressão demográfica e perpetuando a violência.

Posteriormente, a *United Nations Environment Programme* (UNEP) elaborou o relatório “*From Conflict to Peacebuilding*”, expondo que os estresses ambientais estão implícitos em todas as fases do ciclo de conflito, desde a contribuição para o surto e até perpetuação da violência. Desde o início dos conflitos em escala mais ampla e devastadora, a ONU estima-se que mais de trezentas mil pessoas morreram e mais de dois milhões de pessoas foram forçadas a deixar seus lares. E ainda afirma que a gestão dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, de fato contribuem para a construção da paz, por meio do desenvolvimento econômico e social da região, enquanto a cooperação sobre a gestão dos recursos compartilhados oferece novas oportunidades para estabelecer os frágeis fundamentos da paz. Assim, reforça que integrar o meio ambiente e os recursos naturais na construção da paz não é mais opcional, e sim um imperativo de segurança.

Por fim, assevera:

“While the causes of conflict in Darfur are many and complex, UNEP’s environment and conflict analysis found that regional climate variability, water scarcity and the steady loss of fertile land are important underlying factors. The decrease in the availability of fertile land and water has been compounded by the arrival of people displaced from conflict-affected areas in southern Sudan during the civil war.

(...)

Overgrazing and deforestation have reduced the vegetation cover, leading to a decrease of topsoil volume and quality. The lack

of sheltering trees and vegetation has in turn undermined natural defences against shifting sands. In addition, the region has experienced a marked decline in rainfall. In northern Darfur, sixteen of the twenty driest years on record have occurred since 1972. With higher population density and growing demand for resources, recurring drought under conditions of near anarchy has fostered violent competition between agriculturalists, nomads and pastoralists in a region where some 75 percent of the population are directly dependent on natural resources for their livelihoods.”

V. CONCLUSÃO

Sabe-se que a proteção ambiental e os direitos humanos foram, durante um muito tempo, entendidos em uma dicotomia, contudo, nas últimas décadas eles se apresentaram indissociáveis das liberdades, tanto individuais, quanto coletivas. A reincidência das crises ambientais que atingiram o planeta, evidenciou que, em bem verdade, ambos os direitos estão cada vez mais interligados.

Na esteira dessa assertiva, percebe-se que dentre os muitos aspectos que contribuem para que se alcance a dignidade da vida humana, o meio ambiente aparece como peça fundamental, sem o qual torna-se impossível a própria vida humana. Logo, o direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, se projeta como condição *sine quo non* para a promoção de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, propriedade e autopreservação.

Diante dos materiais e estudos acima colacionados, tem-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos coliga direitos fundamentais de diferentes dimensões, que são conectados entre si, com o papel fundamental de promover o desenvolvimento e o bem estar para todos os Estados e para a sociedade, com alcance local e internacional, o que faz com que recaia diretamente como uma obrigação para com a comunidade internacional como um todo.

Dessa forma, impõe-se a necessidade das colaborações e das cooperações internacionais legítimas, negociadas e substanciais, aliadas com o desenvolvimento de políticas integradas que visem o desenvolvi-

mento sustentável, eliminando ou diminuindo as vulnerabilidades e evitando riscos de colapso.

Ademais, há de se frisar que a natureza é uma aliada fundamental na conquista da paz. A utilização dos recursos naturais de forma sustentável e equitativa possui grande potencial de prover benefícios de dimensões sociais, econômicas e culturais, em escala global, caso seja bem planejada, coordenada e baseada em ciência e análise concretas.

À luz das considerações acima expendidas, legitima-se a inegável interação simbiótica entre direitos humanos frente a proteção ambiental que, além disto, também serve como mecanismo de regulamentação da paz e da segurança internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM. João Alberto Alves. 2015. **A Onu e o Meio Ambiente**

Baptista. Zulmira M. De Castro. 2008. **Direito Internacional Público Contemporâneo - Interesses Difusos.**

FERNANDES. Elizabeth Alves. 2014. **Meio Ambiente e Direitos Humanos.**

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 1993. **Direitos humanos e meio ambiente**

SOARES. Guido Fernando Silva. 2003. **A Proteção Internacional do Meio Ambiente.**

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

<<Declaração de Direitos Humanos - acessado em 02/04/2019>>

<http://web.unep.org/divisions/delc/human-rights-and-environment>

<<acessado em 04/04/2019>>

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> <<acessado em 01/04/2019>>

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/209/22/IMG/N9420922.pdf?OpenElement> << *An Agenda for Development - acessado em 01/04/2019*>>

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1480120 << *acessado em 28/03/2019*>>

<https://d1quhl37gh6ot5.cloudfront.net/theses/doran.pdf> << *acessado em 02/04/2019*>>

https://postconflict.unep.ch/publications/sudan/04_conflict.pdf << *acessado em 02/04/2019*>>

https://books.google.com.br/books?id=n-XwgI6nmGvoC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=new+york+6+november+2006+secretary+general%27s+message+on+the+international+day+for+preventing+the+exploitation&source=bl&ots=ZRgQVCyyd1&sig=ACfU3U2op-NOeHvDwYIFdvUK_a5alb_Xk4VQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKewjZ1r-x6rnhAhUYI7kGHZKdDug-Q6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q=new%20york%206%20november%202006%20secretary%20general's%20message%20on%20the%20international%20day%20for%20preventing%20the%20exploitation&f=false

[20november%202006%20secretary%20general's%20message%20on%20the%20international%20day%20for%20preventing%20the%20exploitation&f=false](https://books.google.com.br/books?id=n-XwgI6nmGvoC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=new+york+6+november+2006+secretary+general's%20message%20on%20the%20international%20day%20for%20preventing%20the%20exploitation&f=false)

<< *acessado em 22/03/2019*>>

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/404/64/PDF/N0140464.pdf?OpenElement> < *acessado em 02/04/2019*>>

AVANÇOS NA GARANTIA DO DIREITO AO ACESSO A ÁGUA E A IGUALDADE DE GÊNERO

Alexsandra Matilde Resende Rosa

Vera Lúcia de Miranda Guarda

Kerley dos Santos Alves

1 Introdução

A água potável é um recurso natural fundamental para a manutenção dos ecossistemas e para a vida do planeta. É um bem de valor econômico, ambiental e social. Não existe vida sem água e a água não possui um substituto. Ao mesmo tempo, se trata de um recurso finito.

O acesso à água é considerado um direito humano fundamental e indispensável a vida com dignidade. Em 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou-o como condição para o gozo pleno da vida e dos demais direitos humanos. A água é um bem comum, direito de todos e todos tem o dever de preservar esse recurso.

Um dos problemas mais preocupantes do mundo, hoje, é a escassez hídrica. A tendência é que o processo de escassez se amplie, tornando o acesso cada vez mais difícil (BARROS; AMIN, 2008).

De acordo com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO (2016), o consumo elevado de água, devido ao alto crescimento populacional e formas atuais de urbanização e consumo em associação com as variações hidrológicas promovem a escassez. No entanto, há autores (ZINATO, 2008; EMPINOTTI, 2011;

FICHER, 2017) que, afirmam que a crise hídrica não ocorre apenas pela falta de água, mas por problemas na sua gestão ou governança. Assim, é preciso uma preocupação não só com a escassez física, mas com problemas econômicos e sociais que afetam o acesso.

A governança da água de forma global é um dos objetivos atuais da humanidade, busca-se a participação de todos na sua gestão e um uso sustentável do recurso. A governança objetiva uma ação integrada entre o Estado (competente para a implementação de políticas de Recursos Hídricos); gestores (responsáveis pela coleta e disponibilização de informações sobre a água, uso dessas informações para basear suas decisões e prestação de contas de sua atuação para a sociedade); usuários (que contribuem financeiramente para a implementação das políticas, por meio da cobrança) e a sociedade civil (participantes de colegiados responsáveis pela formulação de políticas).

De acordo com Villar (2012), a governança está relacionada aos arranjos capazes de influenciar no processo de gestão dos recursos hídricos. A gestão compreende o conjunto de ações criadas para disciplinar as relações de uso da água diante do contexto socioambiental existente. Assim, a governança determina como a gestão será estruturada ou efetivada. Os objetivos dessa prática são: eficiência na utilização do recurso, igualdade no acesso às águas por todos os grupos socioeconômicos e a proteção integrada dos recursos hídricos e ecossistema.

Com base nas discussões internacionais, o Brasil foi implementando essas concepções na legislação, dando origem a legislação ambiental, e também a dos recursos hídricos. A proposta de gestão dos recursos hídricos no país tem como base o modelo de gestão das águas da França, que foi adaptado para a realidade brasileira (MIRANDA, 2004; SOUSA, 2005).

No Brasil, através da Política Nacional de Recursos Hídricos, foi proposto um modelo de gestão da água integrado, descentralizado e participativo, com o objetivo de solucionar problemas na má gestão, governança e possibilitar a todos o acesso à água potável. Porém, garantir a participação da comunidade na gestão das águas é um desafio enfrentado pelos gestores ambientais (WOLKMER, M. F. S.; FREIBERGER, N, 2012).

As ideias de descentralização e democratização das decisões são importantes e é necessária a participação de todas as pessoas na formulação e implementação de políticas públicas sobre a água, com o intuito de garan-

tir a legitimidade e o alcance dos objetivos dessas políticas. A participação nas decisões sobre a água deve ocorrer de forma equitativa entre homens e mulheres. A governança é um papel comum a todos os cidadãos que precisam se comprometer e criar ações com o objetivo de preservar esse recurso.

Esse artigo procura compreender a evolução das legislações quanto ao direito ao acesso a água e avaliar o que os eventos e documentos internacionais vêm trazendo sobre a participação das mulheres na gestão dos recursos hídricos e o que está sendo realizado no Brasil para garantir a igualdade de gênero no acesso a água e na participação nos processos decisórios sobre ela.

2 Metodologia

O presente trabalho foi realizado a partir de um estudo exploratório, através de uma pesquisa bibliográfica em livros, documentos internacionais e artigos científicos. As bases de dados utilizadas para a realização da busca de artigos sobre o tema foram Google Acadêmico e SCIELO. Os descritores usados foram: Gênero, água, legislação.

Para a coleta de dados foi inicialmente realizada a leitura exploratória do material encontrado, para verificar a pertinência dos trabalhos com o tema proposto. Neste momento foram destacadas as partes de maior importância para o estudo. E então, através de uma leitura seletiva foram extraídas as informações relevantes, que foram registradas para uma análise posterior.

Após a obtenção das informações na literatura pesquisada, estas foram ordenadas e organizadas de modo a permitir uma análise dos dados e a formulação de respostas para o problema da pesquisa. O referencial teórico encontrado foi discutido e analisado, tendo como resultado a construção desse trabalho.

3 Gênero e Água nos Encontros Internacionais

As grandes preocupações com as questões ambientais no mundo ganharam destaque por volta do século XIX, devido à denúncia de desequilíbrios ambientais percebidos na época (FRANCO, 2008). O ativismo ambientalista e os movimentos sociais foram essenciais

para o início da discussão sobre o direito à água e a justiça hídrica (CORTE, 2015).

Nesse século, iniciou-se, também, a configuração de um subsistema do Direito Internacional, o Direito Internacional Ambiental, que estabelece diretrizes para questões ligadas a ecologia, a sustentabilidade e a proteção ao meio ambiente. (FONSECA, 2007). A água é um tema central desse ramo do direito, que a incorporou como um direito fundamental do homem.

A necessidade da gestão compartilhada dos recursos hídricos emergiu a partir dos anos de 1970, com a Conferência de Estocolmo. Após essa Conferência, a água foi tema de diversos documentos internacionais (PASSOS, 2009). Devido à preocupação com a sua possível escassez, os recursos hídricos foram deixando de ser um assunto exclusivo dos Estados e passaram a fazer parte das pautas das reuniões internacionais.

No final dos anos de 1990, a preocupação era manter uma maior eficácia no uso dos recursos hídricos, o que gerou preocupações dos representantes do governo. Nessa época, a discussão sobre fatores de justiça socioambiental se tornou um dos fundamentos do ambientalismo, o que refletiu na governança da água. Houve o reconhecimento do direito das pessoas em se envolverem na determinação do processo hídrico.

O fundamental papel das mulheres como usuárias e provedoras da água e a necessidade de considerar a inserção de gênero na gestão das águas começou a ganhar destaque. Os principais instrumentos internacionais que relacionam água e mulheres são:

3.1 Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

Em 1979, ocorreu a Convenção intitulada Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Dessa convenção, teve origem o Tratado Internacional com o mesmo título. Os países signatários se comprometeram a garantir condições dignas de vida a toda população.

A importância de garantir o acesso a água, saneamento, habitação, e a eletricidade, especificamente às mulheres foi enfatizada (BARREIRO, 2017). Os Estados participantes se comprometeram a garantir às mulheres,

principalmente as que residem em zonas rurais, o direito ao abastecimento de água.

3.2 Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente

Em 1992, ocorreu a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente em Dublin, Irlanda. Essa conferência, resultou na Declaração de Dublin, que prevê um plano de ação e quatro princípios sobre o tema. Dois dos princípios estabelecidos se destacam na garantia da participação das mulheres nos processos decisórios sobre a água (SOARES, 2009).

Os princípios são: 1° “A água doce é um recurso finito e vulnerável, essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente”. 2° “Gerenciamento e desenvolvimento da água deverá ser baseado numa abordagem participativa, envolvendo usuários, planejadores e legisladores em todos os níveis”. (SOARES, 2009, p. 60). 3° “As mulheres desempenham papel principal na provisão, gerenciamento e proteção da água”. 4° “A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico” (SOARES, 2009, p. 61).

O papel central e estratégico das mulheres na provisão, na manutenção e na gestão da água foi reconhecido. E foi enfatizado que as mulheres devem ter participação na proteção e gestão das águas.

3.3 Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente

Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, foi criada a Agenda 21. A Agenda 21 dedica o capítulo 23 ao papel das mulheres no desenvolvimento sustentável e justo. Destaca o papel fundamental das mulheres na promoção do desenvolvimento sustentável e a importância do incentivo da participação delas na gestão de recursos hídricos.

As diretrizes estabelecidas destacam a importância da consolidação do direito de todos os povos à água potável e também, o papel das mulheres no desenvolvimento sustentável. A criação de técnicas de participação do público e o fortalecimento do papel da mulher nas tomadas de decisão foi expresso no texto.

3.4 Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação

Em 1994, ocorreu a Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação. Nessa convenção, foi destacada a importância do papel das mulheres nas regiões “afetadas pela desertificação e/ou por secas, particularmente nas áreas rurais de países em desenvolvimento”. (Brasil, 1998, p. 6). A importância de assegurar a participação integral de homens e mulheres, em todos os níveis de decisão sobre a água, também, foi defendida.

3.5 Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher

Em 1995, foi realizada IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher, em Pequim. Foi criada a Plataforma de Ação que é um programa destinado ao empoderamento da mulher:

Tem por objetivo acelerar a aplicação das Estratégias e Perspectivas de Nairóbi para o Avanço da Mulher e a eliminação de todos os obstáculos que dificultam a participação ativa da mulher em todas as esferas da vida pública e privada, mediante uma participação plena e em igualdade de condições no processo de tomada de decisões econômicas, sociais, culturais e políticas. Isto supõe o estabelecimento do princípio de que mulheres e homens devem compartilhar o poder e as responsabilidades no lar, no local de trabalho e, em termos mais amplos, na comunidade nacional e internacional. A igualdade entre mulheres e homens é uma questão de direitos humanos e constitui uma condição para o êxito da justiça social, além de ser um requisito prévio necessário e fundamental para a igualdade, o desenvolvimento e a paz. (VIOTTI, 2012, p. 08).

As medidas estabelecidas, nessa reunião, buscam solucionar as desigualdades de gênero que impedem a equidade social e o desenvolvimento sustentável.

3.6 Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social

A Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social foi realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995. A Declaração e o Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social foram os documentos elaborados no encontro.

Nesse encontro foi demonstrado que as mulheres sofrem mais com a pobreza e que muitas famílias de baixa renda são sustentadas por mulheres. A pobreza absoluta leva a privação aguda das necessidades básicas do ser humano, incluindo água potável segura e instalações sanitárias.

3.7 Declaração do Milênio das Nações Unidas

As metas de desenvolvimento do milênio (MDM) e os objetivos de desenvolvimento do milênio (ODM), foram elaborados a partir da Declaração do Milênio das Nações Unidas. Essa declaração foi adotada por 191 estados membros, em 2000.

Os objetivos incluem a igualdade de gênero e o empoderamento às mulheres. Uma das metas estabelecidas nessa declaração foi a redução pela metade da população sem acesso à água e ao saneamento básico (NOGUEIRA, 2009).

3.8 Conferência Internacional sobre Água Doce

Em 2001, na Alemanha, ocorreu a Conferência Internacional sobre Água Doce. Foi elaborada a Declaração Ministerial sobre *Água Doce*.

O documento determinou a importância dos dados referentes a água sejam desagregados por sexo. Isso possibilitaria a criação de políticas de água e sistemas de gestão que levem em conta necessidades específicas de ambos os sexos.

3.9 Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável

A partir da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo, na África do Sul, em 2002, foi elaborada a Declaração de Joanesburgo e o Plano de Implementação. Esses documentos

apresentaram metas como promover a utilização de energias renováveis e a redução pela metade, até 2015, da proporção de pessoas sem acesso à água potável no mundo (BARREIRO, 2017).

No seu Plano de Implementações governos dos países participantes se comprometeram a apoiarem o desenvolvimento de infraestrutura e serviços de água e saneamento, garantindo que atendam às necessidades dos pobres e que possuam sensibilidade de gênero. Houve o compromisso de promover a igualdade entre os sexos e empoderar as mulheres através dos Planos Nacionais de Água, para garantir a sustentabilidade do uso da água e a preservação ambiental.

3. 10 Declaração Ministerial sobre a Segurança da Água no Século XXI

A Declaração Ministerial sobre a Segurança da Água no Século XXI foi criada em Haia, 2002. Destaca o “importante papel das mulheres na produção, no armazenamento e na preparação de alimentos e no aprimoramento do valor nutricional do alimento” (ZINATO, 2008).

3.11 Resoluções e Relatórios da Assembleia Geral das Nações Unidas

Através das Assembleia Geral das Nações Unidas foram criadas várias resoluções que incentivam a participação das mulheres na gestão das águas. A Resolução 58/217, de 2003, da Assembleia Geral das Nações Unidas abordou a importância de assegurar a participação e intervenção de mulheres em medidas de desenvolvimento relacionadas a água.

Em 2008 e 2009, foram criadas as resoluções A/HRC/7/22, de 28 de março de 2008 e A/HRC/RES/12/8, de 1º de outubro de 2009 que estabeleceram que é dever dos Estados assegurar e eliminar as desigualdades no acesso à água doce potável e ao saneamento. E que os planos de ação adotados pelos Estados devem incentivar a participação das comunidades, levando em consideração o gênero feminino.

O Relatório da ONU de 2012 sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio informou que mulheres na África subsaariana passam uma média de 200 milhões de horas todos os dias buscando água, e mais de dois terços do trabalho relativo à água e ao saneamento recaem sobre as mulheres e as meninas.

4 Gênero, sustentabilidade e igualdade ao acesso a água no Brasil

A importância da criação de ações que fortaleça o processo de mobilização da sociedade para a gestão das águas é destacada nos eventos internacionais. O Brasil deve buscar alcançar os objetivos acordados nos tratados, nos quais é signatário, garantir o uso sustentável da água e permitir que todos tenham acesso ao recurso.

Para o preenchimento de lacunas relativas a gênero é necessário que seja concedido às mulheres, os direitos e as oportunidades iguais aos dos homens. Assim, políticas e instrumentos legais devem ser adaptados para incentivar a participação significativa das mulheres em todos os setores da sociedade.

No Brasil, houve um aumento na presença de mulheres nos debates sobre a água, porém na participação de processos decisórios essa presença ainda é reduzida. A temática hídrica vem ganhando relevância nas discussões e fóruns do país, buscando-se medidas que garantam a sua gestão de forma democrática e ética.

O fortalecimento do papel da mulher na gestão da água começou a ganhar destaque somente nos últimos anos. Ainda não há nada explícito sobre o tema na legislação brasileira. Na criação da Lei Federal n. 9.433/97 foi discutida a inclusão desse tema, mas foi rejeitado, sem explicações.

Não existem dados sobre a relação água e gênero nas bases de dados do governo e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o que dificulta estudos sobre o assunto. Conforme Barban (2009), dados desagregados sobre gênero são essenciais para o planejamento e a tomada de decisão em relação a gênero e ao fortalecimento das mulheres no setor da água. Nos últimos anos, houve avanços para a inclusão do tema no texto da legislação brasileira e algumas ações e planos para incentivar as mulheres a assumirem seu papel na gestão da água e para diminuir as desigualdades existentes se destacam em nível de Brasil: Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; Política Nacional de Recursos Hídricos, de 1997; Programa Água para Todos; Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça; Programa “Um Milhão de Cisternas” para regiões semiáridas;; Academia Embaixadoras da Água; Fórum Alternativo Mundial da Água – FAMA; Comitê Pró-Equidade de Gênero; Projeto Legado. Em nível global destacam-se o programa hidrológico internacional da UNESCO; a Cátedra UNESCO: Água, mulhe-

res e desenvolvimento; e a Estratégia de Gênero da Global Water Partnership (GWP) E os Fóruns mundiais da água.

4.1 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

A importância da participação da sociedade nos processos decisórios foi deliberada na Constituição de 1988. Inicialmente, é importante destacar que já em seu artigo 1º a constituição adota o princípio democrático com a afirmação: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. O princípio democrático exprime a exigência da participação de todos na vida do país, efetivando a democracia participativa.

No artigo, 225, caput, está expresso no texto constitucional: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Esse artigo reforça a previsão da participação popular, sem distinção de sexo, nas decisões que influam na vida em comunidade. Além disso, garante a todos o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado.

4.2 Política Nacional de Recursos Hídricos, de 1997

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) foi instituída pela Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Ela ficou conhecida por seu caráter descentralizador e participativo. A lei levou a criação de um sistema nacional que integra união, estados e municípios, e a instalação de comitês de bacias hidrográficas que une os poderes públicos, usuários e sociedade civil na gestão de recursos hídricos.

A participação social é considerada peça fundamental para o alcance dos objetivos comuns. Através dela, busca-se soluções ou minimização dos problemas ambientais, através da participação efetiva da população.

4.3 Programa Água para Todos

O Programa Água para Todos (decreto nº 7535, de 26 de julho de 2011) foi proposto com o objetivo de aumentar a disponibilidade hídrica

em regiões secas do país, principalmente nas zonas rurais da região Nordeste e do Norte de Minas Gerais. No âmbito do programa, entre 2011 e 2015, 823 mil cisternas de placas e de polietileno foram construídas, com capacidade de armazenamento de 16.000 litros cada, melhorando as condições de vida de pelo menos 750 mil famílias em situação de extrema pobreza.

O Programa Um Milhão de Cisternas, também, foi implementado em 2003, no Nordeste pelo Governo Federal, através do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). O Governo apoiou o projeto para a construção de cisternas para as famílias da zona rural, a partir do reconhecimento pelo programa Fome Zero de que o acesso à água é importante na garantia da segurança alimentar e nutricional.

O objetivo do Programa foi construir um milhão de cisternas no semiárido. As cisternas foram criadas para armazenar água para consumo básico das famílias rurais. No decorrer do programa, além da construção das cisternas, foram trabalhadas questões relacionadas à sustentabilidade e as relações de gênero com as famílias beneficiadas.

4.4 Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça

O Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça (iniciativa do Governo Federal e coordenação pela Secretaria de Políticas para as Mulheres em parceria com a SEPPPIR, a ONU Mulheres e a Organização Internacional do Trabalho) tem o objetivo de promover a equidade de gênero e raça no ambiente laboral, pela propagação de novas concepções na gestão de pessoas e na cultura organizacional. O programa prevê a certificação das organizações com um selo “Pró-Equidade de Gênero e Raça” a ser concedido para as organizações que cumprirem ao menos 70% do plano proposto.

4.5 Academia Embaixadoras da Água

A *Academia de Embaixadoras da Água* é um projeto criado pela Associação de Mulheres de Negócios e Profissionais do Brasil (BPW) em parceria com o *Brazil Women for Water*, o *Soroptimist International* e o *Women for Water Partnership*. O projeto tem como objetivo desenvolver diretrizes e conhecimentos sobre água e gênero.

Através do projeto foram organizadas várias oficinas com o título “Academia de Capacitação das Embaixadoras pela Água” que objetivaram sensibilizar as mulheres a serem protagonistas em ações voltadas para a gestão sustentável dos recursos hídricos. Esse projeto também, visa a criação de um espaço específico feminino, que resulta do princípio 3 da Declaração de Dublin.

No 8º Fórum Mundial das Águas, a oficina certificou 70 mulheres para serem Embaixadoras. Elas assumiram a responsabilidade de multiplicar ações para o uso consciente da Água.

4.6 Fórum Alternativo Mundial da Água - FAMA

Durante o Fórum Alternativo Mundial da Água – FAMA, o Grupo de Mulheres do FAMA lançou uma Carta denominada Água e mulheres não são mercadorias! Essa carta tem como objetivo estimular o protagonismo feminino e sua efetiva participação em todos os espaços de decisão política. Além dessa carta, alguns participantes do FAMA organizaram uma marcha se manifestando contra as privatizações de mananciais e as barragens. Defenderam que as políticas públicas sobre as águas devem ser debatidas de forma democrática com toda a população, buscando o controle social do uso da água e sua preservação.

4.7 Comitê Pró-Equidade de Gênero

A Portaria da ANA (Agência Nacional de Águas) nº 326, de 22 de dezembro de 2016, regulou a instalação do Comitê Pró-Equidade de Gênero, com o objetivo de dar força às políticas e instrumentos que buscam fortalecer a equidade de gênero na gestão de água e acompanhar as ações propostas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (DIAS, 2018).

Esse comitê, também, foi responsável pela realização, no final de 2017, de um curso denominado “Água e Gênero”. O curso abordou as assimetrias de gênero relacionadas à água e, uma oficina denominada “Construindo uma Agenda de Água e Gênero para o Brasil e para a América Latina”. O Comitê tem como objetivo o fortalecimento da equidade de gênero nas políticas e instrumentos de gestão da água.

4.8 Projeto Legado

A ANA divulgou que foi criado um projeto, em dezembro de 2017, denominado Projeto Legado, que tem como finalidade levantar propostas de melhorias na gestão de recursos hídricos.

Uma das ênfases do projeto é o papel da mulher na gestão da água, e uma das propostas é alterar a Lei 9.433/1997, para adicionar um novo inciso, contendo o 3º princípio de Dublin: “as mulheres desempenham papel central no fornecimento, gestão e proteção da água”.

4.9 Estratégia de Gênero da Global Water Partnership (GWP)

A GWP busca incentivar ações de apoio às mulheres na gestão e proteção dos recursos hídricos. Para isso, foi criada uma estratégia dedicada ao gênero com o objetivo de nortear as ações da GWP, em busca de um mundo com segurança hídrica e a integração entre gênero, água e desenvolvimento.

As ações propostas buscam maximizar o potencial de ambos os sexos na gestão das águas, adotando abordagens inclusivas e participativas. Principalmente, incentivando as mulheres a participarem dos processos de tomada de decisão em todos os níveis.

4.10 Programa Hidrológico Internacional

O Programa Hidrológico Internacional (PHI) é o programa intergovernamental de cooperação científica da UNESCO. Tem como objetivo investigar questões relacionadas a água, gestão, educação e capacitação em recursos hídricos. Com ações globais, nota-se a existência de vários escritórios distribuídos pelo mundo e o Brasil integra o escritório para a América Latina e Caribe, do qual fazem parte os Comitês Nacionais de Recursos Hídricos latino-americanos bem como os países insulares do Caribe.

4.11 Cátedra UNESCO: Água, mulheres e desenvolvimento

O projeto Cátedra UNESCO: Água, Mulheres e Desenvolvimento, é um projeto desenvolvido a partir de uma parceria entre a Universidade

Federal de Ouro Preto (UFOP) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Esse projeto busca uma articulação entre o ensino, a pesquisa e a extensão.

Entre objetivos estão: criar uma rede nacional e regional que incentive as mulheres para que tenham poder de decisão em assuntos relacionados à água para que atuem de forma efetiva na melhoria da qualidade da água em suas comunidades; difundir conhecimentos e informações necessários para se alcançar um ambiente sustentável e equilibrado; informar os riscos sanitários e hídricos que atingem as mulheres que residem na região da cidade de Ouro Preto; facilitar a colaboração entre pesquisadores do Brasil, da América Latina e do Caribe.

4.12 Oitavo Fórum Mundial da Água

Outro avanço, foi a importância que foi dada ao tema, água e gênero, no 8º Fórum Mundial da Água, em março de 2018, sediado no Brasil; no II Seminário Internacional sobre *Água* e Transdisciplinaridade; no Fórum Alternativo Mundial da Água (FAMA) e, em várias palestras referentes à semana da água, realizadas em 2018, no país.

Assim, é possível observar que o tema vem ganhando importância nos discursos internacionais e nacionais. Esse fato, foi um grande avanço para garantir o acesso à água de forma mais igualitária e o seu uso mais sustentável.

5 Considerações Finais

Atualmente, o acesso à água é considerado um direito humano fundamental e indispensável à vida com dignidade. Esse direito foi conquistado aos poucos e precisa ser concretizado no cotidiano, garantindo o acesso a água potável para todos.

A articulação entre água e gênero já vem sendo cobrada e essa cobrança vem aumentando cada vez mais em conferências e fóruns internacionais, como: na Conferência sobre a Terra em 1992, na Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente em Dublin, no mesmo ano, na Conferência Mundial sobre as Mulheres, em Beijing, 1995.

No Brasil, com o objetivo de fortalecer o sistema de gestão da água, através da participação de todos, foram implementados os comitês de ba-

cia e outras formas de participação. Mas na prática observa-se que as mulheres não possuem igualdade de participação nesses órgãos. Pesquisas são necessárias para identificar, em cada região, o motivo das mulheres não estarem participando e criar políticas que incentivem essa participação.

Os governantes e as organizações internacionais vêm criando planos de ação em uma perspectiva global para a formação de políticas públicas que englobem a inclusão de gênero na avaliação e políticas de água. Há a orientação que as mulheres devem estar incluídas nos planos e políticas públicas, na qualidade de gestora dos recursos hídricos. Esses planos devem incluir medidas que visam saneamento básico e fornecimento de água potável para todos; fortalecimento das políticas públicas voltadas para equidade de gênero em todas as instâncias; mais mulheres nas instâncias deliberativas; igualdade de gênero no ambiente de trabalho; capacitação das mulheres, incluindo formação técnica e superior; campanhas e mobilização das mulheres em busca de espaço nos órgãos de gestão hídrica.

A participação das mulheres na tomada de decisões foi reconhecida como essencial para alcançar o desenvolvimento sustentável. Este reconhecimento decorreu da pressão pela participação política delas. No Brasil, algumas medidas já foram implantadas, mas muitas ainda são necessárias. As mulheres são importantes como provedoras e usuárias da água e guardiãs do meio em que vivem.

6 REFERÊNCIAS

- AGENDA 21. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, 1997, 598p.
- BARBAN, V.- Fórum Mundial da Água – questões fundamentais e muitas controvérsias. REDD, Revista Espaço de Diálogo e Desconexão, Araraquara, v.1, n.2, jan./ jul. 2009.
- BARREIRO, M. P. R. O direito humano à água e sua posituação: casos Brasil e Colômbia. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151260/romerobarreiro_mdp_me_soro.pdf?sequence=3>. Acesso em: 20 mar. 2018

BARROS, F. G. N.; AMIN, M. M. Água: um bem econômico de valor para o Brasil e o mundo. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 4, n. 1, p. 75-108, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº7.990, de 28 de dezembro de 1989. *Diário Oficial da União* 1997.

BRASIL. MMA. Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação. 2. Ed. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sedr_desertif/_arquivos/unccd_portugues.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto Federal nº 79.367, de 09 de março de 1977. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 mar. 1977

BRASIL. Senado Federal. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

CORTE, Thaís Dalla. (2015) A (re) definição do direito à água no século XXI: perspectiva sob os enfoques da justiça e da Governança Ambiental. Universidade Federal de Florianópolis, SC, 604p.

DIAS, C. O papel das mulheres na conservação e gestão da água, 2018. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/32530336/o-papel-das-mulheres-na-conservacao-e-gestao-da-agua>. Acesso em: 28 mar. 2018. EMPINOTTI, V.E se eu não quiser participar? O caso da não participação nas eleições do Comitê de Bacia do Rio São Francisco. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v.14, n.1, p.195-211, 2011.

EMPINOTTI, V.E se eu não quiser participar? O caso da não participação nas eleições do Comitê de Bacia do Rio São Francisco. **Ambiente e Sociedade**, Campinas, vol.14, n.1, p.195-211, 2011.

- FISCHER, I. R. A participação das mulheres na gestão da água no espaço público: rebatimentos nas relações familiares. In **Acta Científica XXIX Congreso de La Asociación Latino americana de Sociología**. ALAS, Santiago de Chile, 2013
- FONSECA, F.. (2007). A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- FRANCO, M. de A. R. (2008) Planejamento ambiental e cidade sustentável. 2 ed. São Paulo: Annablume, Fapesp, 2008, 258p.
- GLOBAL WATER PARTNERSHIP. (2002) Dialogue on effective water governance: learning from the dialogues. GWP. Stockholm, Sweden. Disponível online: <http://www.waterinfo.gr/pages/GWP-folderGovernance.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA [IBGE]. Dados da população por estados para o ano 2013. Disponíveis em: Acesso em: 28 mar. 2018.
- MIRANDA, C. O. (2004) O papel político-institucional dos Comitês de bacia hidrográfica no estado de São Paulo: um estudo de caso. In: FELICIDADE, N.; MARTINS, R. C.; LEME, A. A. Uso e gestão dos recursos hídricos no Brasil: velhos e novos desafios para a cidadania. 2. ed. São Carlos: RIMA. 238 p
- NAÇÕES UNIDAS. Declaração do milênio. Nova Iorque, 6-8 de setembro de 2000. Disponível em: Acesso em: 28 mar. 2018.
- NOGUEIRA, D. **Gênero e água** – desenhos do norte, alternativas do sul: análise da experiência do semiárido brasileiro na construção do desenvolvimento democrático. 2009. 350 f, il. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- ONU, Assembleia Geral. Resolução n. A/RES/51/229. Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de Navegação, adotada em 21 de maio de 1997.

ONU, Organização das Nações Unidas. Assembléia Geral. Resolução n. 64/292, 28 jul. 2010.

ONU. Declaração de Dublin. 1992. Disponível em: <<http://www.agda.pt/declaracao-de-dublin.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018

ONU. Resolução 54/175. Disponível em < http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175>. Acesso: 24/01/2018

ONU. Resolução 58/217. Disponível em <http://www.un-documents.net/a58r217.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PASSOS, P. N. C. de (2009). A conferência de estocolmo como ponto de partida para a proteção internacional do meio ambiente. ISSN, v. 6, p. 1982–496. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/18-19-1-pb.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SILVA, L. da; FISHER, I. R.; NASCIMENTO, E. C. S. do. (2010) A participação das mulheres na gestão democrática da água. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FUNDAJ. 2010, Recife. Anais... Recife. Disponível em< <http://www.contabeis.ufpe.br/conic/images/cd/joic/resumos/107021200SCNO.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE O SANEAMENTO BÁSICO (SNIS). Água e esgotos. 2012. Disponível em: <<http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRERterterTER-Ter=6>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

SOARES, D. N. *Gênero e Água* - Desenhos do Norte, Alternativas do Sul: Análise da Experiência do Semiárido Brasileiro na Construção do Desenvolvimento Democrático. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SOUZA, A. C. A. de. (2005). A evolução da Política Ambiental no Brasil do Século XX. Achegas. Disponível em: < http://www.achegas.net/numero/vinteeseis/ana_sousa_26.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

UNICEF, 2017. Thirsting for a Future Water and children in a changing climate. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/UNICEF_Thirsting_for_a_Future_REPORT.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018.

VILLAR, P. c. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

WOLKMER, M. F. S.; FREIBERGER, N. Política Nacional de Recursos Hídricos: Governança da Água e Cidadania Ambiental. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 2, nº 1, jun./dez. 2012 (p. 05-40). Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ZINATO, M. C. **A mulher na gestão das águas**. 2008. Disponível em: <http://www.tratamentodeagua.com.br/artigo/a-mulher-na-gestao-da-agua/>. Acesso em: 02 jun. 2018.

O COMPLIANCE AMBIENTAL COMO INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS EM PROL DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Bárbara Beatriz Rodrigues Afonso Chiste

I. INTRODUÇÃO

A história da humanidade por certo pode ser explicada de plurais formas. Mas talvez uma das mais interessantes repouse na ótica da relação homem-natureza. E nesse sentido, a Era das Navegações no século XVI é, entre outros triunfos prévios, uma das primeiras e mais grandiosas conquistas da Modernidade, que ao abrir novas rotas pelos mares ao Novo Mundo se via capaz enfim de dobrar as limitações impostas pela Natureza com os oceanos e seus acreditados monstros e abismos.

Um par de séculos após, um novo ponto-chave histórico no binômio homem-natureza se deu na Revolução Industrial: uma vez mais, eleva-se o poder de manipulação do meio pelo homem na balança da História. É pacífico o consenso de que dentre as principais resultantes deste evento encontram-se elencados: (i) o crescimento populacional, (ii) explosão dos níveis de consumo e aumento da demanda de recursos naturais e (iii) a concentração urbana. Em que pese não haver aqui qualquer intenção de contestação das benesses tecnológicas e econômicas igualmente derivadas deste episódio, no exercício de observação do legado social decorrente, salta aos olhos a constatação de que os três fatores enumerados seguem

ainda hoje ecoando com tamanha força que, aquilo que outrora fora tido como progresso, no presente causa alarme global.

Isso porque no decurso dos últimos três séculos, a ciência, a sociedade e organizações do mundo ocidental tomaram simultaneamente como estrutura para seus modelos de desenvolvimento o paradigma mecanicista surgido nos idos do século XVII, ilustrado pelo pensamento cartesiano e newtoniano (PADERES; RODRIGUES; GIUSTI, 2005). Em sua linearidade e racionalidade reducionista (e não seria de todo incorreto afirmar também antropocêntrica), tal paradigma entendia o mundo dos fatos como previsível. Mas o que a História revelou com o passar dos séculos foi que junto à complexificação das atividades econômicas e industriais, as relações humanas também complexificaram-se. E de tal modo que a utilização de uma lógica simplista apresenta cada vez mais lacunas ao se observarem não apenas as consequências de um desenvolvimento global desenfreado, mas o próprio desafio central do presente século à humanidade: encontrar o equilíbrio entre a demanda gerada por si mesma e a crescente escassez dos recursos naturais essenciais à sua sobrevivência, dado o atual estágio de sobrecarga exploratória.

Por esta motivação, aliás, teria nascido o Direito Ambiental, reconhecendo a necessidade de interceder o Direito à proteção, conservação e regulamentação da exploração do meio, uma vez que as consequências das atividades do ser humano em matéria ambiental geram efeitos complexos numa perspectiva ecossistêmica, capazes de pôr em xeque a própria sobrevivência humana. Exemplo disso é o cenário atual de alterações no clima global e a insurgência do Direito das Mudanças Climáticas como nova resposta jurídica a tal realidade.

Nesse sentido, a pessoa jurídica – que desde a supracitada Revolução Industrial figura como responsável pela criação e pelo atendimento da incessante e insustentável voracidade de desejos humanos consumeristas – vêm sendo cada vez mais apontada e pressionada a assumir seus impactos negativos externalizados à Natureza e à sociedade, seja pela própria atividade empresária, seja por eventuais erros e degradações ambientais decorrentes dela. Foi neste contexto de cobrança legal e do mercado por práticas que considerassem uma visão holística e integradora entre a empresa, o consumo, o homem, a ética, a natureza que sobreveio o *compliance* ambiental.

O propósito do presente artigo é, portanto, a um só tempo mobilizar e imergir na discussão acerca da relação entre o *compliance* ambiental e o Direito das Mudanças Climáticas, enquanto um ponto de encontro e cooperação em direção à consolidação de um desenvolvimento sustentável. Para tanto, estrutura-se a análise partindo da apresentação geral do caminho do Direito Ambiental até o hoje intitulado Direito das Mudanças Climáticas, delineando seu objeto e possíveis mecanismos promotores de sua observância na práxis, se destacando nesse sentido a figura do *compliance* ambiental, pauta do subseqüente capítulo.

Assim, como um desdobramento de tal exame bifásico, pretende-se por fim alcançar substrato passível de avaliação do potencial de interseção de ambos temas, núcleo central ao qual este trabalho orbita: investigar a hipótese de utilização do *compliance* em matéria ambiental como uma ferramenta apta a dar efetividade aos esforços do sistema jurídico-normativo perante a emergência de uma novas e urgentes demandas no contexto das mudanças climáticas.

II. DO DIREITO AMBIENTAL AO DIREITO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS – A EMERGÊNCIA DE UM NOVO DEBATE

Do mencionado marco temporal da Revolução Industrial adiante, o setor empresarial se destacou como o grande propulsor de uma nova era, comandada pela hoje denominada pessoa jurídica, a carregar o estandarte a uma nova lógica de produção e de consumo, instigando este último por mecanismos cada vez mais refinados, de modo a integrá-lo na própria cultura ocidental. Amparado no consumo, a população humana atual que ultrapassa os 7 bilhões aprendeu, assim, por estímulo a operar numa insaciável avidez por conforto, bens, serviços e tecnologias, criando um nível de demanda economicamente celebrável por aquele setor, mas que o decurso do tempo revelou ambientalmente insustentável.

A contrapartida ambiental do consumo desenfreado (e da produção que o torna possível) se mostra elemento de risco às condições de vida na Terra ao sobrecarregar os – por essência já escassos – recursos naturais, apropriados enquanto matéria-prima. Há aqui então um paradoxo na relação entre o homem e natureza: concomitantemente, o

indivíduo é elemento/parte desta e também dela dependente para sua sobrevivência.

Com o delinear do desenvolvimento, elevado em última potência pelo fenômeno da globalização, as contrapartidas ambientais por ele acarretadas intensificaram-se. Em simultâneo, a tecnologia e era informacional progredindo em velocidade galopante tornavam o mundo em si mesmo cada vez mais interligado e complexo, em suas relações e lógicas. E o Direito, na condição de agente regulador-orientador da sociedade e suas transformações, por sua própria razão de ser vê-se compelido a acompanhar tal movimento:

A forma como a humanidade evolui, alterando seus códigos sociais, tem algo de imprevisível pelo grande número de variáveis que interferem neste processo, posto que atua em rede numa sinergia permanente. Esta conexão, com número amplo de influências, pode ocasionar que duas situações com as mesmas características tenham desfechos distintos. Para acompanhar essas alterações, o Direito varia no tempo e no espaço, na dependência do avanço da teoria do conhecimento das práticas sociais, numa autopoiese imponderável e que traz surpresas.

(SÉGUIN; SOARES, 2011)

Não diferentemente, esta necessidade apresentou-se de forma muito clara com a eclosão da questão ambiental e dos desafios e contrapontos ao desenvolvimento. O que num primeiro momento aparentava suscitar apenas uma discussão econômica se mostrou muito mais profundo ao próprio nível social e, por consequência, jurídico.

Cumprir observar que o novel Direito Ambiental *lato sensu* nascia do contexto dessa necessidade de uma resposta jurídico-normativa ao dilema ambiental:

A gênese do Direito Ambiental ocorreu devido às várias reivindicações sociais que buscavam e ainda buscam uma nova forma e qualidade de vida. Os cidadãos passaram atuar ativamente nas questões pertinentes ao meio ambiente. O Direito Ambiental, em harmonia com os Direitos Humanos, deve tutelar o direito dos cidadãos viverem com qualidade em um ambiente ecologicamente correto e saudável.

(SILVA, 2012)

Por essa razão, tradicionalmente classifica-se o Direito Ambiental como um direito fundamental de terceira geração, dado seu caráter difuso, inerente e condição à efetivação do próprio direito à vida. No entanto, uma análise contemporânea permite progredir ao entendimento de que hoje, já é possível compreender esta disciplina também como atrelada ao rol de direitos de quinta e sexta gerações:

A partir do raciocínio exposto, a doutrina passa a contemplar ao menos uma quinta e uma sexta gerações de Direitos Humanos Fundamentais, primados, respectivamente, na bioética – e, portanto, no direcionamento de pesquisas científicas pautadas na proteção da dignidade humana e do equilíbrio do ecossistema – e nos direitos dos animais e da própria natureza, como um todo – em nítida ampliação dos bens jurídicos tuteláveis por meio judicial.

Convivem, tanto no ordenamento jurídico ambiental brasileiro, quanto em ordenamentos estrangeiros, além de direitos de terceira geração – classicamente imputáveis ao direito ambiental –, direitos de quinta e sexta gerações.

[...]

Verifica-se, pelos argumentos expostos, que o fenômeno ambiental representa, a um só tempo, Direitos Fundamentais de terceira, quinta e sexta gerações, na medida em que novos dilemas bioéticos e os novos bens jurídicos (animais, rios e a própria natureza) passam a ocupar a ordem do dia no cenário nacional e internacional.

(MARIÚ, 2019)

Ainda sobre os contornos do Direito Ambiental, na concepção de Paulo Bessa Antunes, deve o mesmo ser conceituado de forma tridimensional:

Entendo que o Direito Ambiental pode ser definido como um direito que se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo direito ao meio ambiente, direito sobre o meio ambiente e direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o Direito Ambiental é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável

qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um direito autônomo, o Direito Ambiental é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O Direito Ambiental, portanto, tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que se devem harmonizar sob o conceito de desenvolvimento sustentável.

(ANTUNES *apud* SILVA, 2012)

Na seara internacional, a busca pela disciplina das relações humanas já em direção a um Direito Ambiental teve como primeiro passo a realização da Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente em 1972 com a Convenção de Estocolmo. No entanto, não obstante esse movimento de autocritica e consciência ecológica tenha se firmado através de tal marco global, seria só em 1987, com a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimentos das Nações Unidas apresentando publicamente o Relatório de Brundtland, que surgiria o conceito de sustentabilidade. Conhecido como “Nosso Futuro Comum”, o relatório resultava de processo desafiador e multifacetado, nascido de um esforço internacional em elevar a necessidade de transformação do paradigma de desenvolvimento humano até então existente para uma nova lógica sustentada pelo dito Tripé da Sustentabilidade, propondo soluções que consideradas socialmente justas, economicamente viáveis e ambientalmente corretas.

Passados vinte anos, em 1992 a ONU realiza o Segundo Encontro Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, conhecido também com a Cúpula da Terra, Rio-92 ou Eco-92, tendo como objetivo promover o desenvolvimento sustentável, elaborando a Carta da Terra (trazendo um conjunto de princípios norteadores) e a Agenda 21.

Por sua vez, a Agenda 21 criou ainda três convenções dentre as quais aqui destaca-se a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas. A Convenção, adotada na Sede das Nações Unidas, na cidade de Nova York em 9 de Maio de 1992, foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo n.º 1, de 03 de Fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto n.º 2.652, de 01 de Julho de 1998.

É interessante notar que ainda que o primeiro artigo científico suscitando a possibilidade de um aquecimento global resultante das emissões

de CO² date de 1896¹¹¹, o tema é historicamente controverso e ainda hoje alvo de acaloradas discussões e resistências. Não surpreendentemente, foi somente em 1992 com este tratado ambiental internacional que a questão pareceu ganhar força. Visando assim dar um primeiro passo rumo a estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa (GEE), adotou para este fim a estratégia de não trazer inicialmente limites afixados.

Assim, na posterior COP-1 em Berlim em 1995, fortaleceu-se o compromisso dos países desenvolvidos em reduzir suas emissões de GEE e deu-se início ao esboço de um protocolo que (após oito encontros) fora encaminhado à COP-3, realizada na cidade de Kyoto e culminando na adoção do Protocolo de Kyoto, complementar à Convenção Quadro. Posteriormente, em 2015 o Acordo de Paris celebrado no contexto da COP-21 estabeleceu metas de redução de emissão de GEE a partir de 2020, a fim de conter o aquecimento global abaixo de 2º C, preferencialmente em 1,5º C.

Ainda que não seja o foco do presente artigo aprofundar na análise do conceito de mudanças climáticas, importa a esta altura registrar o entendimento aqui adotado sobre o termo, referente às alterações do clima através do tempo: compreende-se que “*as mudanças do clima estão associadas tanto à variabilidade natural quanto à variabilidade originada como consequência das atividades do homem (razões antropogênicas)*” (MACANA; COMIM, 2014).

Portanto, referimo-nos a um cenário em que o natural e vital efeito estufa passa a receber influências das atividades humanas, dada sua sobrecarga aos sistemas naturais da Terra:

Portanto, qualquer desequilíbrio causado por fatores externos dentro dos processos e componentes que interferem no sistema climático e seu balanceamento de energia, deve produzir alterações climáticas, as quais podem se manifestar através das mudanças da temperatura, de precipitações, umidade, aumento de eventos extremos e uma série de outros efeitos de realimentação (“*feedback*”), ou seja, efeitos que podem induzir a outro tipo de reações ao interagir com outros elementos do ambiente.

111 Cf. ARRHENIUS, Svante. On the Influence of Carbonic Acid in the Air upon the Temperature of the Ground. In: Philosophical Magazine and Journal of Science Series 5, v. 41, pp 237-276. 1896.

De acordo com a última publicação do IPCC (2007a), tem-se maior certeza hoje, comparada com relatórios anteriores, que os aumentos de temperatura e as variações do clima, são provavelmente causados por emissões antropogênicas de GEE. Similarmente, na referida publicação são associadas às atividades do homem, com alta probabilidade, os aumentos da temperatura do mar, a perda de massa de gelo e extremos padrões dos ventos.

(MACANA; COMIM, 2014).

Na seara nacional, por sua vez, vê-se a discussão ser internalizada pela Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei nº 12.187, de 29 de Dezembro de 2009), caracterizando a mudança do clima como direta ou indiretamente atribuída à atividade humana capaz de alterar a composição da atmosfera mundial e de provocar a variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis.

É, assim, na busca por tutelar juridicamente os fenômenos decorrentes das alterações do clima que sobrevém o Direito das Mudanças Climáticas. Para BELLO FILHO, trata-se de uma função pós-moderna do Direito Ambiental resultante de um olhar (eco)sistêmico, dotada de objeto normativo próprio, mas que não configura um novo direito (no sentido objetivo), mas sim a adoção de um novo e focalizado tratamento perante a constatação do alarmantes impactos climáticos:

O conteúdo da norma jurídica deve ser exatamente a proibição de determinados atos que importem na emissão de gases do efeito estufa, sejam eles vinculados à queima de combustíveis fósseis, ou ao desmatamento. É neste ponto que o sistema jurídico oferece sua contribuição ao projeto global de redução das emissões de gases do efeito estufa.

[...]

Em outras palavras, o direito proibia a poluição atmosférica, mas não atribuída àquele ilícito a real consequência que a ciência foi capaz de constatar. O direito das mudanças climáticas é, antes de tudo, uma nova tomada de postura do discurso jurídico frente a uma realidade que as ciências duras são agora capazes de demonstrar.

(BELLO FILHO, 2009)

Por fim, cabe ainda destacar que o Direito Internacional das Mudanças Climáticas se estrutura, assim, a partir de quatro pilares básicos (BODANSKY; BRUNNÉE; RAJAMANI, 2017): (i) mitigação das mudanças climáticas, pela limitação e prevenção; (ii) adaptação às mudanças climáticas, para limitar seus efeitos prejudiciais; (iii) financeiro e outros meios de suporte à mitigação e adaptação; e (iv) supervisão internacional para promover a implementação, a efetividade e o *compliance*, tema de análise a seguir.

III. COMPLIANCE AMBIENTAL E A PROMOÇÃO DE UMA NOVA CULTURA ORGANIZACIONAL SUSTENTÁVEL

Conforme mencionado na seção anterior, o ano de 1992 inaugura um novo passo no histórico do Direito Ambiental Internacional a partir da mencionada Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, em que se reconhece que as atividades humanas (principalmente nos países desenvolvidos com alto índice de industrialização) estariam elevando consideravelmente as concentrações atmosféricas de gases de efeito estufa, intensificando por essa razão o efeito estufa natural e resultando no aquecimento adicional da superfície e da atmosfera da Terra. A esse propósito, o Direito Ambiental ganhou força e expansão, desenvolvendo-se desde então em efervescência no plano internacional e nacional de inúmeros Estados ao redor do globo.

No caso brasileiro, não se abstendo de vislumbres anteriores ensaiando um caminho ao tratamento da matéria, contempla-se como marco insigne e histórico a Política Nacional de Meio Ambiente, promulgada pela Lei nº 6.938 de 31 de Janeiro de 1981. Mas foi somente em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, é que se tornou expressamente previsto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com relevante previsão de responsabilização da pessoa jurídica em hipóteses de lesão ao meio, como se observa:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, aplicando-se relativamente os crimes contra o meio ambiente, o disposto no art. 202, parágrafo 5º.

(BRASIL, 1988)

E em sinergia, vem posteriormente a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998), prevendo já em suas disposições gerais a responsabilização administrativa, civil e penal da pessoa jurídica em caso de infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Ora, em que pese o *status* ainda relativamente novo e em construção do Direito Ambiental, os avanços legislativos não parecem suficientemente capazes de coibir ou impedir a ocorrência de infrações e episódios indicando resistências e/ou falhas principalmente do setor empresarial em absorver internamente a disciplina. Exemplo disto são as tragédias ambientais no setor da mineração em 2015 em Mariana/MG¹¹², e recentemente em 2019, desta vez em Brumadinho/MG. Sobre este último episódio, o rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão foi responsável pela contaminação do Rio Paraopeba, um dos afluentes do Rio São Francisco, deixando até o momento retumbantes 225 mortes (PLATONOW, 2019), suscitando com plausibilidade o questionamento quanto à eficácia do Direito Ambiental:

O sistema normativo ambiental possui uma vasta legislação, faltando eficácia, sendo imprescindível [...] a constante busca por um meio ambiente saudável, propiciando condições dignas para a atual

112 Considerado o pior acidente da mineração brasileira, o rompimento da barragem de Fundão no município de Mariana/MG, no dia 5 de novembro de 2015 ganhou a atenção do mundo. Sob administração da empresa Samarco, o rompimento liberou 34 bilhões de litros de rejeitos de minérios de ferro, água e outros materiais, e devastou grande parte da bacia hidrográfica do rio Doce. (SENADO FEDERAL, 2016)

e para as futuras gerações, por meio de ações preventivas, repressivas e reparatórias, ou como fiscais da lei, zelando sempre pelos interesses difusos e coletivos.

Os novos desafios do Direito Ambiental superam a edição de leis, tratados, convenções, normas e protocolos, que ficam restritos à discussão de teorias e a informações pertinentes ao atual caos ambiental. A realidade necessita de ações urgentes e eficazes, em que o Direito contribua para que o mundo se torne democrático, humano e tenha consciência ambiental, possibilitando a continuidade da vida, em especial da espécie humana.

(SILVA, 2012)

E dentre as indagações postas a partir de ambos eventos, destacaram-se justamente um dos núcleos do presente trabalho: é possível se pensar num *compliance* ambiental como ferramenta de efetividade ao Direito Ambiental?

Pois bem.

Introdutoriamente, é mister destacar que a figura do *compliance* originalmente remonta ao setor bancário:

O termo *compliance* origina-se do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, observar, satisfazer o que lhe foi imposto. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.

O *compliance* passou a existir a partir da década de noventa através da Lei nº 9.613/98 e da Resolução nº 2.552/98 do CMN. De acordo com um estudo realizado pela Febraban, a função de *compliance* teve origem no início dos anos 70, com a criação do Comitê da Basileia, que objetivava supervisionar bancos, fortalecendo o Sistema Financeiro por meio de maior conceituação sistemática de suas atividades, utilizando como padrão a adoção das boas práticas financeiras, empregando procedimentos de prevenção na sua atuação.

(BARBOSA, 2013)

Dito isso, em linhas gerais quanto ao objetivo do *compliance*, inicialmente temos a busca pela minimização, mitigação e reparo de possíveis e eventuais danos, que acarretariam a aplicabilidade de possíveis penalidades pela não observância de boas práticas corporativas ou cometimento de crimes. Para tanto, seriam utilizados controles internos, sistemas de informações, estabelecimento de princípios éticos, medidas de prevenção à lavagem de dinheiro¹¹³, entre outros.

Por seu sucesso e resultados, esta prática se espalha e se reproduz em demais áreas, adaptando-se às suas especificidades e necessidades. E no caso ambiental, se tornou integrada à própria governança corporativa (sistema de políticas e ações pelo qual uma organização se relaciona com seus *stakeholders* internos e externos):

Um programa efetivo de *compliance* ambiental, embora dialogue intimamente com o jurídico especializado na área, vai além da mera obediência à normas e regulamentos administrativos ou de políticas voluntárias de responsabilidade socioambiental. Contribui para uma redução significativa dos riscos de desastres e escândalos ambientais com proteção da imagem, para o aprimoramento de processos voltando-se à racionalização do uso de recursos naturais e do barateamento os custos de produção; viabiliza maior acessibilidade a processos seletivos e licitações; reduz custos processuais, com controle preventivo de responsabilização, aprimora as relações com os agentes e órgãos ambientais.

(MARCHEZINI, 2018)

O *compliance* ambiental se propõe a mirar na consideração dos fatores ambientais não só no momento dos cálculos de custo de transação, mas também previamente na consideração das externalidades, da construção da cultura empresarial e da marca como um todo. Neste ponto, contribuiu significativamente a criação em 2005 do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), iniciativa pioneira na América Latina e hoje administrada pela B³ - Brasil Bolsa Balcão, que pretendeu fomentar um ambiente de investimento alinhado às crescentes demandas por desenvolvimento sustentável da sociedade contemporânea.

113 Cf. Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro - Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998.

Um segundo exemplo que merece destaque ao tema em foco é a Rio+20 ocorrida em 2015, cujas discussões resultaram na elaboração nos dezessete Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), sucessores dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Através dos ODS, sobreveio o Guia dos ODS para as Empresas, exclusivamente motivado a orientar as empresas a alinharem, mensurarem e administrarem suas estratégias em contribuição aos ODS.

A relevância deste documento e do ISE importam aqui pela expressa valorização à sustentabilidade corporativa. Ambos ilustram um movimento em que a intensificação da percepção da relevância de uma responsabilização ambiental do setor empresarial vem assim superando o caráter sancionador legal e alcançando também estratégias de incentivo atreladas à sustentabilidade, promovendo um cenário em que ser “ambientalmente correto” não apenas satisfaz requisitos legais, mas passa a ser também visto como economicamente viável e socialmente impactante.

Esta aparente digressão proposital serviu para fornecer material ao questionamento levantado: é possível se pensar num *compliance* ambiental como ferramenta de efetividade ao Direito Ambiental? A resposta parece apontar a uma afirmativa. Ao se inserir no âmbito da governança corporativa, o *compliance* ambiental carrega e consubstancializa o Direito Ambiental para dentro dos entraves concretos à sua observância.

Sua prática, em tais termos, apresenta vigor capaz de estimular uma nova cadeia estrutural-organizacional que culmina na desejável nova lógica desenvolvimentista, erguida sobre o tripé da sustentabilidade. E é nessa toada que avança-se, afinal, à contemplação da potencialidade do *compliance* ambiental frente às mudanças climáticas.

IV. COMPLIANCE AMBIENTAL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS – CAMINHOS PARA UM DIÁLOGO

A realidade fática dos impactos ambientais às ações humanas parece ter alcançado um ápice planetário com a decorrência das mudanças climáticas. Estas, se consolidando como palco de demandas socioambientais, impugnam de maneira inédita lógicas-chave do *modus operandi* econômico vigente, bem como do(s) modelo(s) desenvolvimentistas das sociedades.

Retomando o recurso elucidativo do binômio homem-natureza, vê-se na história da Humanidade o império de uma trajetória de celebração do desequilíbrio em tal relação. O anseio por domar o que lhe parecia selvagem e extravasar seus anseios levou o homem a interpor-se em posição adversária à Natureza para que alcance o apogeu idealizado em que “homem > Natureza” (homem maior que natureza).

As mudanças climáticas trazem como talvez maior revelação a percepção de que tal pretensão fora alcançada e, ao contrário do que se julgava, as consequências não são tão promissoras. Ao se tornar cada vez mais capaz de manipular o meio, o ser humano desvinculou-se da auto-assimilação enquanto espécie e elemento integrante do conjunto Natureza/Todo, e por essa simples condição incapaz de escapar às adversidades consequentes de seus atos nesse sentido.

Destarte, pensar hoje na promoção desenvolvimento sustentável que reequilibre aquela relação exige verdadeiras reestruturações no próprio modo de pensar do homem sobre si e sobre o meio que integra, abandonando a visão reducionista para dar lugar a um novo olhar ecossistêmico, inclusive no âmbito jurídico:

Assim, a natureza e o ser humano não se constituem em apenas um conjunto de objetos, mas sim numa teia de relações. É necessário o acoplamento estrutural entre o ser humano e o meio ambiente/ecologia para que se torne possível a sobrevivência planetária.

[,,,]

A questão maior está na instauração de uma ideia de equilíbrio entre o crescimento econômico desordenado e a busca desenfreada de poder com o meio ambiente, sob uma ótica autopoiética. Assim, o entendimento de qualidade de vida deve constituir-se de uma visão dos seres humanos como participantes de uma sociedade industrial/econômica no gerenciamento dos problemas existentes.

Portanto, na busca do desenvolvimento, existe uma preocupação um tanto especial para que o mesmo seja sustentável, ou seja, necessita-se de adoções de práticas de produção e de circulação de riquezas, de tal maneira que as mesmas não se afastem dos padrões ambientais e que possa existir um equilíbrio entre ambos. Por ou-

tro lado, a forma de se trabalhar o Direito dentro dessa sociedade transnacional deve adotar, também, novos parâmetros hermenêuticos [...]

(PEREIRA; CALGARO; PEREIRA, 2012)

A necessidade, por conseguinte, de novos paradigmas jurídicos nessa transição pede disruptura e espaço à inovação:

É de grande urgência neste momento, uma vez que os maiores problemas de nossa época são sistêmicos e nossa crise global é ecológica, no sentido amplo do termo. Neste livro, clamamos por uma profunda mudança de paradigma no mundo jurídico, que levará, por sua vez, a uma nova ordem ecológica no direito humano.

(CAPRA; MATTEI, 2018)

Nesse sentido, as novas perspectivas para o estabelecimento de um Direito alinhado aos dilemas ambientais que despontam nessa transição pedem a ultrapassagem de um posicionamento predominantemente mandatório e sancionador no momento *a priori* de criação normativa, para uma aproximação da efetividade do dever-ser *a posteriori*. É a esta atividade que o *compliance* ambiental se propõe, na condição de mediador entre as prescrições legais e a prática institucional. Oferta, desse modo, caminhos à incorporação de um Direito às Mudanças Climáticas à lógica organizacional.

Se considerado a partir de seus dois elementos estruturantes – Governança e Justiça Ambiental – o *compliance* se revela verdadeira ferramenta de consolidação interna (a nível nacional e corporativo) dos princípios, orientações e legislações trazidos pelo insurgente Direito das Mudanças Climáticas a nível internacional – agora compreendido como diretamente ligada à manutenção digna do próprio ecossistema planetário.

Assim, em última instância, faz-se possível propor que tal movimento é possível porque é o Direito das Mudanças Climáticas, em essência, o nascimento de um verdadeiro regime de *compliance* global em si, compactuado pelos Estados-Nações na seara internacional e orientador, nos limites das soberanias internas, dos modelos de *compliance* ambiental desenvolvidos.

Rather than a specific regime precluding the application of general international law, this article contends that the climate regime is what could be called a “compliance regime” – a legal regime the main purpose of which is to promote state conduct that conforms to pre-existing norms. A compliance regime seeks to initiate processes of international socialization that are intended to raise awareness, set political agendas, and build momentum for action. Compliance regimes are established in issue areas in which applicable pre-existing norms have frequently been disregarded by relevant actors and where systemic challenges to compliance exist. In the context of a compliance regime, a group of states agree that they should work together to fundamentally alter their individual conduct and adopt transitory rules that are less demanding, although often more specific, and the ambition of which can gradually be enhanced to reflect increasing engagement.

(MAYER, 2017)

O Direito das Mudanças Climáticas requer, nesses termos, uma verdadeira governança multinível e descentralizada, na contramão de uma lógica *top-down* hierarquizante da esfera internacional à nacional, que tende a comprometer a absorção e efetividade jurídica internacional à esfera interna dos Estados.

Mobilizar, portanto, um *compliance* ambiental aliado ao Direito das Mudanças Climáticas revela-se não apenas possível como necessário ao se pensar na construção de lógicas e práticas mais sustentáveis, num processo sincrônico internacional e interno, e amparado pelo ordenamento jurídico-normativo frente aos desafios transversais do novo cenário climático global.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A persecução do desenvolvimento sustentável se propõe a assegurar sadia qualidade de vida a todos os seres, nas gerações presentes e futuras, prevenindo e mitigando ações potencialmente degradantes nesse sentido. Conforme analisado ao longo do presente trabalho, o Direito Ambiental e o insurgente Direito das Mudanças Climáticas constituem respostas jurídicas a tal demanda fática.

Demanda essa resultante de um padrão comportamental e exploratório humano, por muitos autores já classificado como caracterizador do atual Antropoceno. No entanto, se por uma via as consequências de um desenvolvimento humano desenfreado fazem hoje eclodir o debate ambiental, por outra cria-se aí uma lacuna permissiva a repensar o curso da trajetória humana e estabelecerem-se no presente novas bases rumo a um futuro sustentável.

É nesse sentido que a prática do *compliance* ambiental se revela uma estratégica e promissora ferramenta de concretização de um Direito das Mudanças Climáticas, alinhado (i) à promoção da sustentabilidade, (ii) à garantia de todos os núcleos-chave abarcados pelos Direitos Humanos e, em última instância, (iii) à recomposição do equilíbrio da relação homem-natureza a partir da constituição de um novo paradigma ambiental-ecossistêmico, imprescindível ao nosso século.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Michelle Santos. **Compliance Ambiental**. Porto Alegre: LEX Editora, 2013. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24923022_COMPLIANCE_AMBIENTAL.aspx. Acesso em: mar. 2019.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental das Mudanças Climáticas: novos paradigmas da atuação judicial**. 2009. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=artigos>. Acesso: mar. 2019.

BODANSKY, Daniel. BRUNNÉE, Jutta. RAJAMANI, Lavanya. **International Climate Change Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

- GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Warley Ribeiro. **A aplicação da boa governança, do compliance e do princípio da cooperação no licenciamento ambiental brasileiro.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 173-197, dez. 2018. ISSN 2179-8214. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/23345>. Acesso em: abr. 2019.
- MACANA, Esmeralda. COMIM, Flavio. **Impactos Potenciais da Mudança Climática no Desenvolvimento Humano.** 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228770444>. Acesso: abr. 2019.
- MARCHEZINI, Flávia de Souza. 2018. **Precisamos falar sobre compliance ambiental.** Disponível em: <http://www.lecnews.com.br/blog/precisamos-falar-sobre-compliance-ambiental/>. Acesso: abr. 2019.
- MARIÚ, Pedro Rabello. **A tutela penal do ambiente e os contornos e fundamentos do crime de ecocídio no Direito Comparado.** 2019. Dissertação (Pós-Graduação em Ciências Penais) - IEP, Ministério Público do Estado do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro.
- MAYER, Benoit. **Construing International Climate Change Law as a Compliance Regime.** Maio, 2017. Transnational Environmental Law (Forthcoming). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2968364>. Acesso em: abr. 2019.
- PADERES, Adriana Marques. RODRIGUES, Regina de Brito. GIUSTI, Sonia Regina. **Teoria da Complexidade: Percursos e Desafios para a Pesquisa em Educação.** In: Revista de Educação, v.8, n.8, pp. 1-13, 2005.
- PEEL, Jacqueline. **Climate Change Law: The Emergence of a New Legal Discipline.** Melbourne Univeristy Law Review, v. 32, n. 3, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2030523> Acesso em: abr. 2019

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. CALGARO, Cleide. PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. **A sustentabilidade ambiental e a teoria dos sistemas na sociedade transnacional.** In: Revista NEJ - Eletrônica, v. 17, n. 1, p. 70-8, jan-abr 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3639>. Acesso: mar. 2019.

PLATONOW, Vladimir. **Número de mortes confirmadas em Brumadinho sobe para 225.** Agência Brasil, 2019. Disponível em: <http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2019-04/numero-de-mortes-confirmadas-em-brumadinho-sobe-para-225>. Acesso: abr. 2019.

SÉGUIN, Elida. SOARES, Evanna. **Meio Ambiente do Trabalho e o Acesso à Justiça.** Revista da EMERJ, v. 14, n. 53, 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_40.pdf. Acesso: mar. 2019.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final nº 9, de 2016.** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4105073&-disposition=inline>. Acesso em: mar. 2019

SILVA, Rodrigo Zouain da. **Os desafios do Direito Ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro.** In: Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.9 n.18 pp.57-87. jul-dez de 2012. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/238/231>. Acesso: mar. 2019

DIREITOS HUMANOS PARA NÃO HUMANOS

Beatriz Borges Maia

Carlos Alberto Maciel Públio

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos são direitos que tutelam, em linhas gerais, a dignidade da pessoa humana. Essa expressão, defendida como cláusula pétreia no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, contém uma série de entendimentos. Porém uma coisa é comum em qualquer interpretação, assim como elenca Faria e Rosenvald, (2017, p. 172), ao definir o que é dignidade da pessoa humana: “[...] todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.”

Entretanto, Dorfe e Tribe (1988) salientam que, para extrair um verdadeiro significado desses termos vagos da Constituição, é preciso que se olhe além da Constituição. De forma sucinta, eles afirmam que um bom jurista necessita de amplo conhecimento dos métodos hermenêuticos para que se compreenda a norma. Um desses métodos é o social, em que o juiz entende a lei conforme os acontecimentos e entendimentos da comunidade em que ele está inserido, a partir de uma visão sistêmica e holística.

Alguns países começaram a usar essa linha de raciocínio no que toca os Direitos Humanos. Eles perceberam que, por conta do agravamento dos problemas socioambientais advindos do desenvolvimento, seria necessária uma nova consciência ecológica em que a titularidade desses direitos

fosse repensada. É fato que o direito não pode se mostrar indiferente a essa nova realidade ambiental que pugna por uma visão prática e respeitosa da intervenção humana no meio ambiente. Assim, Bolívia e Nova Zelândia, por exemplo, concederam à algumas florestas e a alguns rios de seus países a titularidade dos Direitos Humanos.

Essa medida, à primeira vista estranha não só para a classe jurídica, mas também mundial, traz em si um teor de vanguarda de relevante consideração. Isso porque o meio ambiente já não suporta o discurso, muitas vezes fictício, do desenvolvimento sustentável. As grandes empresas e potências globais continuam matando e extinguindo não só a fauna e a flora, mas também história e cultura de povos que habitam as áreas que são violentamente atacadas.

Medidas como essas ainda não chegaram no Brasil. Porém, com toda a ameaça que a Amazônia, pulmão do mundo, vêm sofrendo, seria uma possibilidade de recuperação e proteção, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro ambiental persiste em falhar e ser, cada vez mais, desprezado pelos responsáveis por essa crise que se instaurou no ecossistema do Brasil.

Logo, para que esse artigo cumpra seu objetivo de entender como esses pensamentos vanguardistas vêm ganhando força no mundo, será adotada uma metodologia bibliográfica investigativa, utilizando-se de livros, artigos e sites que mencionem métodos hermenêuticos, meio ambiente, dignidade humana e direitos humanos. Assim, poderá ser construído em liame entre esses conceitos para que seja comprovada a necessidade de titularidade dos direitos humanos para o meio ambiente.

2. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Desde a Era Mesopotâmica o Direito já se firmava como um instrumento indispensável para regulação do comportamento humano em sociedade. Seja para estabelecer alguns crimes, seja para definir procedimentos de mumificação (como estabelecia o Código de Hamurabi), a sociedade via no Direito uma forma de conviver pacífica e harmoniosamente.

Na Grécia, com o advento da pólis e da ágora, o cidadão ganhou voz para poder, principalmente, opinar sobre as decisões que seus chefes esta-

beleciam para o povo. A democracia, ainda que muito precária e elitizada, já abria espaço para novos paradigmas sobre o que era o Direito e como ele deveria ser construído.

Nesses momentos históricos, pode-se ver a presença da direito como base para o desenvolvimento social. Mas, um aspecto comum deve ser mencionado: o direito natural. Mesmo que essa denominação formal não existisse em todos os períodos e mesmo que os governantes não soubessem, eles estavam a todo o momento protegendo o direito natural de seus cidadãos. O direito a integridade física e dignidade do de cujus na Babilônia e a liberdade de expressão na Grécia são apenas alguns exemplos de como o Direito Natural sempre esteve presente na vida das pessoas.

Entretanto, no início da Idade Moderna, surge uma nova corrente. Uma que acredita na postulação de um direito natural pautado na razão e que seriam inatos ao ser humanos: o jusnaturalismo. Grandes pensadores como Hobbes (contrato social para que a luta de todos contra todos seja controlada), Rousseau (a lei, a partir da vontade geral, emana do povo para que evitar guerras, conflitos e injustiças) e Montesquieu (separação dos três poderes e para evitar a concentração de poder na mão de apenas uma pessoa) emitem suas visões de como o Direito deveria se transformar e, assim, os Estados modificam sua estrutura para se adaptar às novas aspirações da população, principalmente da burguesia por meio das revoluções do século XVIII.

Já no século XIX, o Positivismo Jurídico ganha espaço por meio de um teórico austríaco chamado Hans Kelsen, que teve relevância atenuada para esta escola. Sua teoria foi utilizada por muitos países positivistas no que toca no aspecto de que a Constituição era o documento máximo na pirâmide do ordenamento jurídico. Kelsen desenvolveu uma teoria que afirma que o direito não deve ser influenciado pelo social, político ou histórico, ou seja, deve ser estudado a partir de si mesmo; a chamada teoria pura do direito.

Dois séculos depois, o mundo se depara com uma das maiores catástrofes humanitárias já existentes. A segunda guerra mundial foi um marco na história global por ser uma das guerras mais violentas que já existiu. Com, em média, quarenta e sete milhões de mortes, esta guerra trouxe mais do que um enorme desenvolvimento armamentista e tecnológico; trouxe também a convicção de que o homem havia “desaprendido” o que era *ser humano*, por ser capaz de desenvolver e utilizar contra os seus as câmaras de gás e as bombas nucleares.

O totalitarismo, junto com toda a sua violência, era algo válido, segundo o sistema positivista vigente. Seguir a lei que estava escrita no Código Normativo Alemão era a obrigação de todo e qualquer soldado e cidadão. Não havia as interpretações sobre o que as normas diziam e sobre o que elas poderiam dar espaço para se entender. Assim, a segurança jurídica era completamente afastada.

A ideia de que os soldados nazistas estavam apenas seguindo as normas positivadas e, portanto “válidas”, foi, inclusive, usado no Tribunal de Nuremberg. O julgamento dos crimes da segunda guerra foi bastante polêmico por ter sido repleto de situações que as normas internacionais não previam, mas que precisavam ser estabelecidas. Isso porque apenas ter leis escritas não eram mais suficientes para organizar e administrar uma nação de maneira humana e justa.

Urgiu então a necessidade, ao final da guerra, que os países se unissem e criassem a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, que tinha como objetivo inicial estabelecer em lei os Direitos Fundamentais, a fim de proteger as pessoas de todo o mundo e proibir certas práticas, que agora, mesmo que fossem legalizadas, não seriam mais legitimadas. Portanto, não seriam válidas e passíveis de cumprimento, tal como faziam os nazistas contra os judeus.

Três anos após a sua criação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, no dia dez de dezembro como “uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações” (ONU, 1948), estabelecendo, assim, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

Essa Declaração é interessante por um motivo muito particular. O conceito originário de soberania, que vigorava até então, em que uma nação teria liberdade para reger seu ordenamento, administração e relações internas e externas foi substituído em muitos aspectos. Não mais pode uma nação comandar suas ações como melhor convir. É preciso agora, seguir uma norma internacional do qual muitos países são signatários.

Nesse sentido, Berndt e Júnior (2017, p. 40) afirmam que:

A busca pela superação do positivismo jurídico, naquilo que vem sendo denominado como a era das constituições normativas e dos princípios jurídicos, ou seja, teorias que vem sendo denominadas

de pós-positivistas ou teorias do neoconstitucionalismo, é o mote da construção desse novo Direito.

O Neoconstitucionalismo é um movimento que visa estabelecer normas que não visem apenas à letra da lei e seu cumprimento pela população, mas sim o estabelecimento de normas que possam atender às necessidades básicas de cada indivíduo, bem como proteger seus direitos fundamentais. Vale ressaltar que tais normas são válidas para os cidadãos e os estrangeiros dentro e fora do território de cada país. Assim, o Constitucionalismo Contemporâneo reformula as fontes do Direito, que agora são os princípios antes das leis; e a própria teoria geral do Estado, que passa a aderir ao título de Estado Democrático de Direito.

O que se pode entender é que o Pós-Positivismo fez surgir mudanças em diversos âmbitos e compreender as suas diferenciações capacita o indivíduo em requerer melhor seus direitos e, conseqüentemente, alcançar a justiça.

3. DIREITOS HUMANOS E PERSONALIDADE JURÍDICA: UMA NOVA INTERPRETAÇÃO

Como foi debatido, possuir Direitos Humanos é, em poucas palavras, preservar a dignidade humana. Porém, precisa-se entender também que é um mecanismo de limitação do poder, assim como afirma Marmelstein (2018). Isso decorre da ideia inicial que os Direitos Humanos nasceram como forma de evitar que o Estado, por meios de leis ilegítimas, controlasse de forma abusiva a administração da nação e violassem os interesses e garantias dos indivíduos, elegendo, assim, o ser humano como centro da proteção no ordenamento jurídico.

Como já é adotado em quase todos os países do globo, as pessoas físicas e jurídicas gozam de diversos direitos da personalidade como: direito ao nome, direito à propriedade privada, direito à privacidade, entre outros. Todos os direitos que são compatíveis com a sua natureza. No Brasil, isso é tipificado no art. 52 do Código Civil: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Por conta da necessidade e importância que as pessoas jurídicas vinham adquirindo, em 2002 o Código Civil Brasileiro implementou essa regra em seu ordenamento. Dessa forma, pode-se perguntar: por que o mesmo raciocínio não foi aplicado também ao meio ambiente?

A Constituição Brasileira, no seu artigo 225 cita:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Como se pode observar, defender e preservar o meio ambiente de uso comum incumbe, não só ao Estado, mas também ao povo, que precisam, de forma coesa, tomar medidas para que todos os brasileiros que existem e venham a existir tenham como desfrutar desse bem. Por outro lado, o próprio artigo remete a uma visa antropocêntrica e utilitarista de meio ambiente como necessário para o regozijo dos seres humanos, desconsiderando as subjetividades inerentes à natureza e a vida como um todo, numa visão holística ecológica. Neste artigo, o legislador ainda define que a fauna e a flora fazem parte do meio ambiente e assim, portanto, precisam ser defendidos pelo poder público.

Apesar de que várias leis foram elaboradas a fim de cumprir com esse papel, a efetividade delas ainda é ínfima para o tamanho do problema em que o Brasil se encontra. Grandes fazendeiros ainda desmatam para formar pastos e plantios, contrabandistas ainda capturam animais silvestres, empresas ainda cortam árvores para produção de papel sem o devido replantio. Tudo isso porque os autores desses crimes ambientais não conseguem ter a mesma visão, por exemplo, dos índios. Visão esta que preza pelo bem estar da natureza para que o povo tenha uma melhor qualidade de vida e que é tida por esses autores como um retrocesso. Pra o povo indígena a natureza é mais do que um lugar de sobrevivência, é onde se compartilha a cultura, a história e os costumes de sua aldeia.

Dessa forma, Tozzi (2017) elucida que observando essa visão tradicional dos índios é que se consegue entender que o rio é um ser vivo, porque ele participa e interagem com a vida daquela comunidade. Sendo um ser

vivo, ele possui personalidade, e, portanto, é titular de direitos e garantias fundamentais. Agindo desta maneira, fornece-se uma maior proteção à natureza.

Quando o artigo 225 da Constituição é mencionado, não pode ser registrado que o meio ambiente possui direitos, mas sim que o povo tem direito ao acesso ao meio ambiente. Essa diferença, um tanto quanto sutil, tem um impacto muito grande no que concerne a proteção do bem. Quando este bem possui os seus próprios direitos, como saúde (não poluição), por exemplo, a força normativa que recai sobre a sua garantia e o seu cumprimento, é muito maior.

Em síntese, pode-se entender que: “Dar personalidade jurídica a bens ambientais é reconhecer que os recursos ambientais são finitos, e que a raça humana é parte integrante (e não proprietária) de um ecossistema” (TOZZI, 2017, p. 68). Com isso, o meio ambiente torna-se um bem em si e possui valores a ser respeitados na sua própria dignidade, e não um ente passivo relegado à exploração exclusivamente das necessidades humanas.

Equador, Bolívia, Índia e Nova Zelândia, recentemente, atribuíram a personalidade jurídica, e, conseqüentemente, direitos humanos para alguns componentes do seu meio ambiente nacional.

A nova Constituição equatoriana inovou na elaboração do artigo 71 ao 74. Neles, lê-se que a natureza, ou como eles denominam, a *Pacha Mama*, é sujeita de direitos e é obrigação do Estado e do povo manter e preservar os seus direitos, sua restauração e sua prosperidade.

Já a Carta Magna do Bolívia de 2009, possui nos artigos 34 e 35 a positivação de uma natureza detentora de direitos, e, em 2010, promulgou uma lei que reitera a *Madre Tierra* como um ente que possui direitos. Para o povo boliviano, a Mãe Terra é um sistema vivente em que todos os outros sistemas da vida se relacionam e se complementam, e, portanto, possuem todos um destino comum.

Saindo do campo da América do Sul, a Nova Zelândia também teve sua contribuição na atitude de vanguarda. O Parque Nacional de *Te Urewera* e o Rio *Whanganuie* seus afluentes também tiveram suas personalidades reconhecidas no ano de 2014. Após uma longa e intensa discussão com o povo Maori, o Estado cedeu essa garantia jurídica.

Por fim, na Índia, já há o movimento que busca o reconhecimento dos direitos da bacia do Rio Ganges. Esse grupo parte da premissa de que

as leis do país não são suficientes para que o rio que sustenta e abastece uma parcela da população seja devidamente protegido.

Em 2010, na Bolívia, foi realizada a Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra. Este Congresso, que veio como um contra debate da 15ª reunião da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2009 (COP15), concluiu-se com a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra, que, principalmente, teve como objetivo declarar que o Meio Ambiente possui direitos compatíveis com a sua condição.

No Brasil, esse tipo de critério já é vigente, pois o nascituro e a pessoa jurídica também possuem apenas os direitos dos quais podem desfrutar. Assim, não faria sentido dar a uma pessoa jurídica direito à saúde, haja vista que ela não poderia nunca utilizá-lo; bem como não faz sentido privar o meio ambiente de ter o referido direito.

O código Normativo brasileiro é extenso e altamente antropocêntrico. E, assim cita Tozzi, (2017, p. 76):

A legislação ambiental brasileira é considerada das mais completas do mundo, no entanto, ao menos expressamente, não proíbe que seja atribuído personalidade jurídica ao meio ambiente. Em verdade, não prevê essa possibilidade.

Isso quer dizer que o país possui a capacidade de aderir a ideia. Porém, ainda não é um país aberto a essa temática.

4. CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos são consequência de uma tragédia humanitária ocorrida entre os anos de 1939 e 1945. A ONU, responsável pela sua elaboração e aplicação da Declaração de Direitos Humanos, possui problemas internos e políticos que, muitas vezes, impedem que ela cumpra seu objetivo principal de proteger a raça humana contra os abusos que ela comente contra si mesma.

A superação do direito positivo, que via na lei escrita a única forma de solução de problemas, estabelecimento de ordem e definição de comportamento social, deu espaço para que um novo agente viesse à tona nos ordenamentos do mundo: os princípios. Esses que são, muitas vezes, abs-

tratos e imprecisos, fornecem a possibilidade de que a lei não seja apenas palavras escritas, mas sim regras de cunho humano e empático.

Portanto, pode-se entender que os Direitos Humanos surgem num período histórico em que há a necessidade social de amparar aqueles que estavam numa situação de vulnerabilidade e grande exposição a abusos, com o objetivo de sanar tais práticas. Assim, de acordo a nova hermenêutica constitucional e a visão holística ambientalista, nada seria mais justo do que conceder ao meio ambiente a titularidade dos Direitos Humanos.

O ecossistema, de uma forma mundial, sofre várias ameaças e a teoria do desenvolvimento sustentável se mostra cada vez mais ineficaz. É preciso que uma nova medida seja tomada para que o meio ambiente possa ser preservado e as futuras gerações tenham acesso a ele. Países da América Latina e da Ásia já conseguiram ter essa percepção.

Falta agora que os demais países do mundo, incluindo o Brasil, comecem também a rever as suas medidas protetivas ao meio ambiente. O caso crítico do Brasil, em específico, atinge não só a sua população local, mas todo o planeta, e, por essa razão, precisa ter urgência em resolver essa demanda. O problema, é que a proteção ambiental, tendo em vista o ideal capitalista vigente, é uma forma de limitação de lucro; um entrave para a economia, e esse conceito também precisa ser revisto.

O Brasil possui diversas riquezas naturais, mas lhe falta boa administração. O meio ambiente não é fonte de acordos econômicos ou trocas monetárias. Ele vai além. É onde povos constroem cultura, animais se instalam e flora se desenvolve. Deveria ser um local de convivência e harmonia, mas, hoje, é apenas um detalhe da paisagem. O meio ambiente é ser vivo, e deveria ser tratado como tal.

REFERÊNCIAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 11 de março de 2019

BERNDT, Rafael Espíndola; JÚNIOR, Walter Santin. Do Positivismo Jurídico ao Pós-Positivismo. **Revista da ESMEC**. v.24, n.30, p.39-59, 2017

BRASIL. **Código Civil**. 52. Organização de Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 1993.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

DORF, Michale; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 88

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A personalidade jurídica e os direitos da personalidade. In: _____. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Ed. Juspodium, 2017. Cap. III, p. 172

MARMELSTEIN, George. O Problema da Titularidade dos Direitos Fundamentais. In: _____. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2018. Cap. 11, p.242

TOZZI, Rodrigo Henrique Branquinho Barbosa. Eu sou o rio, o rio sou eu: a atribuição de personalidade jurídica aos bens naturais. **Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. v.16, n. 93, p. 67 – 76, mai/jun. 2017

A IMPORTÂNCIA DA ORIENTAÇÃO SOBRE O CORRETO DESCARTE DE RESÍDUOS MEDICAMENTOSOS E O DEVER DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARA ESSA E PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

Conceição de Lourdes de Lana

“A habilidade para prever e predizer os acontecimentos ambientais, de entender o mundo em que se vive, e assim a capacidade para antecipar eventos e evitar a necessidade de ajustamentos bruscos, é um pré-requisito absoluto para que o indivíduo se mantenha inteiro. O indivíduo deve sentir que vive num ambiente estável e inteligível, no qual sabe o que fazer e como fazê-lo. (...) A aprendizagem parece ser, basicamente, um processo unificador cujo objetivo é uma atitude livre de conflitos”.

(Prescott Lecky *In* ALVES, Rubem, *Filosofia da Ciência*).

INTRODUÇÃO

As mudanças ambientais, em razão da ação humana, são temas constantes nas mídias e tem sido alvo de estudos e pesquisas em busca por soluções efetivas e implementação de políticas educacionais que cumpram requisitos para a minimização dos problemas causados por essa ação do homem ao meio ambiente.

Estabelecer programas recorrentes de educação ambiental que correlaciona as mudanças da organização produtiva que aumentam os riscos ambientais é tarefa necessária para uma preservação da sadia qualidade de vida diante do inevitável aumento da demanda dos recursos naturais ainda existentes.

Assim, o presente estudo tem como objetivo realizar um levantamento crítico dos instrumentos legais sobre gerenciamento e destinação final dos resíduos medicamentosos, situando orientações destinadas aos usuários de polifarmacia¹¹⁴ buscando fazer uma mediação das posições científicas sobre o descarte de medicamentos em domicílios, situando o reconhecimento da potencialidade de contaminação ambiental dos agentes farmacológicos que determinam o envolvimento de cada indivíduo no processo de preservação ambiental.

A discussão sobre a atividade prática do correto descarte dos fármacos utilizados em domicílio propõe a participação de cada indivíduo na formação da consciência ambiental a partir da orientação vinda dos órgãos públicos e das agências reguladoras responsáveis por orientar sobre os riscos de contaminação ambiental.

Considerando como argumentação essencial a compreensão do objeto central do presente estudo propõe um levantamento sobre a polifarmacia em usuários da atenção primária, a concentração de medicamentos em domicílios habitados por pacientes idosos, usuários de polifarmacia, correlacionando os riscos ambientais gerados pela deposição incorreta de resíduos medicamentosos em lixo comum.

Dessa forma insere-se a importância das informações adicionais sobre o correto destino dos fármacos que, por algum motivo, não forem utilizados, fato que contribuiria para uma mudança de postura sobre tal prática e levaria o paciente a reconhecer seu papel na promoção da preservação do meio ambiente para essa e as futuras gerações.

O texto elaborado pela CMMAD – Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1988, já expunha um conteúdo preocupante em relação à conservação da biosfera:

114 Polifarmacia consiste no uso de múltiplos medicamentos crescente na prática clínica principalmente em pessoas com mais de 65 anos, relacionado a fatores fisiológicos do envelhecimento e multimorbidade. Revista de Saúde Pública, 2017; 51, Supl. 2:19s.

Há só uma terra, mas não um só mundo. Todos nós dependemos de uma biosfera para conservarmos nossas vidas. Mesmo assim, cada comunidade, cada país luta pela sobrevivência e pela propriedade quase sem levar em consideração o impacto que causa sobre os demais. Alguns consomem os recursos da terra a tal ritmo que provavelmente pouco sobrarão para as gerações futuras. Outros em número muito maior consomem pouco demais e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura. (CMMAD, 1988).

A questão alcança relevância quando acrescida do fato de que o crescimento populacional, determinado pelo balanço entre natalidade X mortalidade e migração, vem resultando no aumento da demanda por recursos naturais, consequência da dinâmica demográfica em busca da melhoria da qualidade de vida que resulta no aumento expressivo da exploração dos recursos naturais.

No Brasil as atividades humanas consideradas nocivas ao meio ambiente são discutidas e alertadas desde 1981 pela Política Nacional do Meio Ambiente através da lei 6938/ 81 que trouxe norte para implantação e implementação de políticas de interesse metaindividuais.

A lei 6938/81 em seu 2º artigo apresenta seus objetivos.

Art. 2º A Política Nacional de Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (BRASIL, 1981).

As noções elementares expostas no conteúdo da Política Nacional de Meio Ambiente, naquele ano, foram ampliadas na Constituição Federal do Brasil de 1988, quando o tema assumiu o capítulo VI e informou que a coletividade tem papel na participação direta da defesa do meio ambiente quando afirmou que os direitos fundamentais de terceira dimensão estão ligados ao valor fraternidade, bem como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Conforme prescreve o artigo 225 caput *in verbis*.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo para às presentes gerações e futuras (BRASIL, 2013).

O enfoque da educação ambiental busca apresentar à sociedade novas ideias e práticas ecologicamente corretas na tentativa de alcançar ações que aproximem e cumpram metas de sustentabilidade sem cessar a produção de bens e consumos e, ao mesmo tempo, preservar o meio ambiente. Informações acerca do papel que os indivíduos exercem na consciência social, os elevam ao patamar de atores sociais e agentes determinantes das ações que possam, efetivamente, promover mudanças no comportamento coletivo.

Tendo em vista que os indivíduos, conduzidos por suas vontades e paixões, encontram na norma jurídica e nas políticas públicas a medida dos seus atos, a partir do princípio regulador de suas condutas, tais normas não cumprem apenas a função de reprimir e corrigir os comportamentos, elas atuam também, com regularidade, como um modelo pedagógico que ensina como devem agir os indivíduos em cada sociedade (SGARB, 2013).

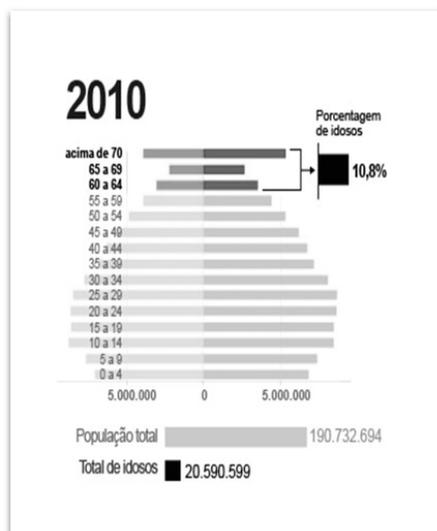
Assim, o alcance do preceito de saúde como um completo estado de bem estar físico, mental e social preconizado pela OMS (Organização Mundial da Saúde) encontra na indústria farmacêutica um alicerce a partir das ferramentas terapêuticas utilizadas na melhoria da qualidade de vida, e, conseqüentemente, no aumento da expectativa de vida da população.

A presente constatação fundamentada na literatura sobre saúde pública, evidencia a mudança do padrão demográfico brasileiro e aponta o chamado fenômeno do envelhecimento populacional, em razão da situação de transição de alta mortalidade e alta fecundidade para uma baixa mortalidade acompanhada da diminuição da fecundidade.

O envelhecimento da população brasileira está relacionado a um fenômeno mundial segundo o relatório da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre “Previsões sobre a população mundial” elaborado pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais.

As transformações no padrão demográfico brasileiro foram demonstradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, IBGE, através

de gráficos do levantamento realizado relativos aos últimos 50 anos de pesquisas demográficas do envelhecimento no Brasil (IBGE, 2012).



FONTE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE /n <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/em-50-anos-percentual-de-idosos-mais-que-dobra-no-brasil.html> - Acessado em 29/03/19.



FONTE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE /n <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/em-50-anos-percentual-de-idosos-mais-que-dobra-no-brasil.html> - Acessado em 29/03/19.

Diante dessa realidade, a demanda por estudos acadêmicos e técnicos sobre fatores que influenciam a longevidade, empresta à esta bibliografia um valor para as políticas públicas como forma de contribuição para o diagnóstico da situação presente e possibilita, aos interessados traçar objetivos e desafios futuros sobre o impacto da nova dinâmica populacional.

Com o aumento significativo no número de pessoas que alcançam a sexta década de vida, a questão do envelhecimento populacional recebeu abordagem específica na Política Nacional do Idoso que trouxe diretrizes para a Atenção Primária do Sistema Único de Saúde (SUS) responsável pela promoção de mudanças no comportamento dessa parcela da população, buscando a diminuição dos fatores do adoecer. Com isso, os agentes comunitários assumem importante papel por serem membros da equipe comunitária, que permite a criação de vínculos que intermediam uma melhor interlocução das políticas públicas, aplicadas diretamente aos pacientes idosos em seus domicílios.

Assim, a citada política apresenta o envelhecimento:

Definir o envelhecimento é algo muito complexo, biologicamente é considerado um processo que ocorre durante toda vida. Existem vários conceitos de envelhecimento, variando de acordo com a visão social, econômica e principalmente com a independência e qualidade de vida do idoso. A população de baixo poder aquisitivo envelhece mais cedo, resultado de uma diversidade de fatores biopsicossociais. (MINAS GERAIS, 2007).

A literatura médica reconhece que o envelhecimento predispõe a um consumo aumentado de medicamentos, de modo que a terapêutica medicamentosa, nas suas mais diversas propriedades farmacológicas, apresenta-se como ferramenta utilizada na preservação, manutenção e restauração do equilíbrio fisiológico, além de suplementos que prometem retardar o envelhecimento responsável pelo aumento de expectativa de vida.

Assim a pessoa idosa possui risco aumentado de sofrer efeitos não desejados, pelo fato de apresentarem alterações fisiológicas relacionadas ao envelhecimento como modificação da composição corporal, redução das funções hepáticas e renais podendo, dessa forma, alterar a farmacociné-

tica¹¹⁵ e farmacodinâmica¹¹⁶ que influenciam no metabolismo, absorção, distribuição e excreção de medicamentos. Sobre esse assunto John A. Oates, 2007, afirma que:

“O tratamento farmacológico (farmacoterapia) amplia as chances de se evitarem e tratem doenças e atenuem sintomas. Os agentes farmacológicos também expõem pacientes a riscos. Os princípios básicos da farmacoterapia oferecem a estrutura conceitual necessária ao emprego dos fármacos com eficácia máxima e risco mínimo de efeitos adversos. As decisões terapêuticas perfeitas baseiam-se em uma avaliação individual em conjunto com a análise das evidências quanto à eficácia e à segurança do tratamento que está sendo considerado. Os conhecimentos da farmacocinética e da farmacodinâmica do fármaco devem ser incorporados a essas informações específicas do paciente para a orientação e aplicação do tratamento (OATES, 2007).

Diante disso os riscos de efeitos colaterais a medicamentos aumentam proporcionalmente conforme o avançar da idade devido à diminuição progressiva da reserva funcional do indivíduo, podendo estar ainda associada a processos patológicos, crônicos e agudos que aumentam as chances de uma pessoa idosa receber a prescrição de um ou mais agentes farmacológicos, e sofrer alterações nas suas prescrições como ajuste ou suspensão do tratamento.

Sobre esse assunto Netto, afirma que:

“É evidente que a terapêutica plurimedicamentosa aumenta os problemas relacionados à sua administração, e a probabilidade de interações entre drogas, com consequências, não raramente, ad-

115 Farmacocinética. É o percurso que a medicação realiza no corpo humano, ou no organismo que está sendo medicado e também toda ação que a droga administrada sofre ao ser absorvida, transformada ou biotransformada até o processo de eliminação corpórea. GILMAN, Alfred Godman et al. *As bases Farmacológicas da Terapêutica*, 11^a ed. Rio de Janeiro. McGraw-Hill do Brasil, 2006. p.1354.

116 Farmacodinâmica, Estuda os efeitos das drogas nos organismos, seus mecanismos de ação e a relação entre a dose do fármaco e efeito. GILMAN, Alfred Godman et al. *As bases Farmacológicas da Terapêutica*, 11 ed. Rio de Janeiro. McGraw-Hill do Brasil, 2006. p.1647.

versas. A gravidade desses problemas pode acentuar-se nos idosos, nos quais habitualmente ocorrem alterações orgânicas e funcionais, que condicionam comprometimento da absorção, distribuição, metabolismo e excreção dos medicamentos” (NETTO, 2000).

O cerne do debate concentra no risco de contaminação ambiental pelo descarte incorreto dos micropoluentes medicamentosos de forma incorreta por este grupo de consumidores que tem suas prescrições suspensas e que mantêm em seu poder, tais medicamentos que, mesmo em pequena quantidade, quando acumulados podem somar em grandes consequências.

O debate busca um diálogo concernente ao aumento de usuários de medicamentos que têm a possibilidade de suas prescrições suspensas por interação medicamentosa e a ausência de políticas públicas destinadas ao consumidor final sobre o correto descarte de medicamentos quando não utilizados.

Sobre os fatores que levam o idoso a ter suas prescrições suspensas, o Ministério da Saúde afirma que:

A doença e os medicamentos estão presentes no cotidiano das pessoas idosas. As alternativas para gerenciar essa situação são muito particulares. A utilização criteriosa e cautelosa dos medicamentos, sua correta utilização – dose, tipo e intervalos e a orientação adequada das pessoas idosas e seus familiares, são alguns elementos essenciais na manutenção da qualidade de vida do idoso (BRASIL, 2007).

Associa-se ainda o fato de que a Política Nacional de Assistência Farmacêutica do SUS que reúne ações voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde por meio de acesso aos medicamentos e seu uso racional, resultando na promoção de pesquisa, desenvolvimento e produção de medicamentos e insumos, bem como a seleção, programação, aquisição, distribuição e avaliação de sua utilização na perspectiva da obtenção de resultados na melhoria de qualidade de vida da população.

A referida política afirma que:

O aspecto técnico científico é fundamental, mas não exclusivo, exigindo uma discussão ampla da sociedade, com a participação

de todos os atores envolvidos na questão da assistência a saúde. E mais uma vez deve se garantir o acesso aos medicamentos essenciais, pois se a população não tiver esse acesso, todas as outras ações tornar-se-ão sem sentido. Acrescente-se, aqui, que o médico da rede pública só vai ter a prática de prescrever esses medicamentos recomendados, se eles tiverem de fato disponíveis na prateleira das Unidades Básicas de Saúde (BRASIL, 2004).

Pode-se verificar na citada política a forma de dispensação dos medicamentos como um ciclo da assistência farmacêutica para os serviços de saúde. Encontra, ainda, no sistema normativo, legislações específicas que regulamenta o descarte de resíduos contaminantes para as instituições de saúde e para os estabelecimentos de comercialização de medicamentos.

Contudo, a citada política, considera que os medicamentos prescritos serão utilizados e não traz informações específicas sobre o descarte pelo consumidor final, quando, por algum motivo, houver a suspensão da prescrição.

A busca por soluções que possam minimizar os impactos ambientais causados pela deposição de resíduos resultante da atividade diária de cada indivíduo, tem-se tornado um problema de saúde pública e revela a urgência na aplicação de medidas práticas destinadas ao gerenciamento e destinação final adequado dos resíduos classificados como contaminantes ambientais. Surge com a mesma urgência a necessidade de educação e conscientização da população sobre o papel de cada um na formação do pensamento coletivo.

Assim os processos quase irreversíveis do crescimento populacional e as contradições geradas pelo desenvolvimento da sociedade, combinados com a condição subjetiva do indivíduo, dificultam o engajamento e conscientização coletiva. Contudo o estudo considera que as mudanças de atitudes individuais podem garantir ações concretas que podem assegurar a manutenção do equilíbrio ecológico.

Sobre esse assunto, Cardoso acrescenta:

“A exposição à poluição ambiental é geralmente involuntária e muitas vezes as pessoas podem ignorar a presença do(s) poluente(s) e seus possíveis efeitos, e isso impede que elas exerçam algum

controle sobre os riscos de exposição. Agentes biológicos químicos e físicos podem ser encontrados no ambiente exterior e nos diversos tipos de ambientes interiores e são responsáveis por diferentes efeitos à saúde, desde efeitos subclínicos até a doença e morte, dependendo da periculosidade intrínseca do poluente, da intensidade da exposição e da suscetibilidade do indivíduo exposto...” (CARDOSO, 2005).

Considerando que os medicamentos são substâncias que possuem características químicas produzidas no intuito de ajudar no equilíbrio fisiológico do homem e que são utilizados em grande escala por pessoas de todas as idades, e considerando ainda que suas características químicas são capazes de causar alterações nocivas ao homem e ao meio ambiente, as orientações sobre o correto descarte dos medicamentos que, por algum motivo, não são utilizados torna-se uma questão de saneamento ambiental e saúde pública.

De acordo com Nicoletti:

O Brasil está entre os maiores consumidores mundiais de medicamentos e com sua economia estável agregada ao maior acesso a medicamentos, estabelecidos pelas políticas governamentais adotadas, contribuem para o aumento do consumo que trará como consequência, maior quantidade de embalagens e sobras de medicamentos que trarão como destino o lixo comum (HOPE, 2012).

Assim a prática da medicamentação é uma realidade, de modo que as regulamentações que orientam o modo do comércio, da prescrição, do uso e do descarte podem não estar sendo suficientes para minimizar os riscos destes decorrentes. Dentre estes podem estar o acúmulo de medicamentos nos domicílios passíveis de incorreto descarte em lixo comum.

Diante da conjuntura de prevenção de futuros riscos, cabe ao Estado brasileiro a formulação de políticas que possam orientar a população sobre a disposição final dos resíduos medicamentos gerados nos domicílios, ainda que os serviços de coleta de resíduos contaminantes, em estabelecimentos de saúde, sejam regulamentados na sua prática.

Joe Ueda et all afirma que:

Nesse aspecto, as empresas distribuidoras, farmácias, drogarias e hospitais diferentemente das indústrias, não possuem estrutura organizacional e sequer passam por fiscalização no que se refere aos certificados e licenças para se manterem ativas no mercado. Muitos desses estabelecimentos contam com o apoio da prefeitura de seus respectivos municípios para destinar seus resíduos. Entretanto é comum esta última também não dispor de recursos especializados para lidar adequadamente com o material. (UEDA et al, 2009).

Por fim as políticas públicas capazes de nortear o consumidor final em busca de melhorias nos indicadores de saúde e de diminuição da poluição ambiental, a partir de orientação individual, podem ser determinantes para o reconhecimento da participação de cada um no dever da coletividade em defender e preservar o meio ambiente para essa e as futuras gerações.

Considerações Finais

As legislações, objeto de análise nessa abordagem, decorreram de vários indicadores sociais, econômicos, políticos e ambientais. A participação de cada indivíduo na interação desses fatores reflete numa preocupação com a saúde pública que envolve a ação do homem sobre o meio ambiente.

Ao expor as argumentações sinalizando para o problema do descarte dos fármacos por consumidor final, o presente estudo considerou o aspecto sociocultural, enquanto comportamento e hábito, denotando a faixa etária como aspecto determinante para o estudo visto que, a população idosa crescente no país está predisposta ao uso de medicamentos e possui alterações fisiológicas que poderão levá-la à adoção da suspensão da ferramenta medicamentosa com maior frequência.

Desta forma ao assumir a possibilidade de se tornar usuário de pluri-medicamentos, os idosos se colocam como um grupo em potencial de terem aumentada quantidade de medicamentos suspensos passíveis de descarte. Denota-se assim a necessidade de construção de legislações específicas e informações adicionais sobre o correto descarte para que estas atuem como modelo pedagógico com finalidade de orientação do comportamento coletivo a fim de diminuir condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.

Referências

- BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. **Envelhecimento e saúde da pessoa idosa**. Brasília: Ministério da Saúde, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo VI – Do Meio Ambiente**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Acessado em 28/03/2019.
- BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Política Nacional de Meio Ambiente**. Lei 6938 de 31 de agosto de 1981.
- BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
- BRASIL, Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde. **Política Nacional de Assistência Farmacêutica**, Resolução 338 de 06 de maio de 2004.
- CARDOSO, Alves Regina. In: SANEAMENTO, SAÚDE E AMBIENTE. **Fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. Arlindo Philippi Jr., editor. – Barueri, SP: Manole, 2005.
- HOPPE, Taíse, Raquel Grings, ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. **Contaminação do meio ambiente pelo descarte inadequado de medicamentos vencidos ou não utilizados**. Remoa / UFSM, V (6), nº 6, 2012.
- MINAS GERAIS, Secretaria de estado de Saúde. **Atenção à saúde do idoso**. 2ª ed. Belo Horizonte: SAS/MG, 2007.
- NETTO, Matheus Papaléo. In: CARVALHO FILHO. **Geriatrics: fundamentos, clínica, terapêutica**. São Paulo: Livraria Atheneu Editora, 1994.

NOSSO FUTURO COMUM. **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1988.

OATES, John A. **A Ciência da Farmacoterapia**. In: GOODMAN & GILMAN. **As Bases Farmacológicas da Terapêutica**. 11ª ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill Interamericana do Brasil, 2006.

SGARB, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2013, Coleção Filosofia e Direito, p. 344.

UEDA, Joe, TAVERNARO, Roger, MAROSTEGA, Victor, PAVAN, Wesley. **Impacto ambiental do descarte de fármacos e estudo da conscientização da população a respeito do problema**. Revista da Ciência on line, vol 5, nº 01, jul., 2009, acessado em 29/03/2019.

A INDÚSTRIA DA MODA “FAST FASHION” E SEUS IMPACTOS AMBIENTAIS: DA NECESSIDADE DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

*Gianfranco Faggini Mastro Andréa
Wagner Wilson Deiró Gundim*

Introdução

O modelo de desenvolvimento capitalista voltado à extração da mais valia não apenas permitiu a efetivação de uma sociedade de desiguais – sob o ponto de vista econômico, mas também sob o social e até mesmo o político –, como também foi responsável pela criação de uma cultura de exploração desenfreada de recursos naturais, que se desdobrou, inclusive, para o campo da indústria da moda.

Especificamente no campo da moda o que se percebe, em regra, é a comercialização e o consumo exagerado de produtos, que são fabricados a partir das mais variadas origens, mas também, simultaneamente, são descartados e substituídos de forma extremamente célere.

Essa produção, substituição e abandono dos produtos produzidos no âmbito da indústria da moda que ocorre de forma simultânea é um dos fatores que ocasionou o surgimento do *fast fashion*, vale dizer, uma nova

faceta da indústria da moda que tem como preocupação central apenas, e tão somente, a produção de novos produtos de forma rápida, personalizada e com preço de custo reduzido, o que, por via de consequência, acabou por incutir mais uma cultura de consumismo que não se importa com os resultados de sua exploração, especialmente quando está a se falar do meio ambiente.

Esta, portanto, é a problemática que se busca enfrentar no presente artigo: os impactos ambientais decorrentes do consumismo ilimitado e inconsciente promovido pela sistemática do *fast fashion* e a necessidade de se promover avanços na sustentabilidade no âmbito da indústria da moda como forma de garantia dos direitos humanos fundamentais – dentre os quais se encontra o direito ao meio ambiente sustentável para as presentes e futuras gerações.

Para enfrentar o problema indigitado, o artigo é estruturado em 3 tópicos. No primeiro, aborda a origem e o desenvolvimento da moda e do *fast fashion*, para, na sequência, no segundo, indicar a necessidade de se estruturar um processo de desenvolvimento sustentável do meio ambiente, uma vez que a indústria da moda causa impactos ambientais consideráveis. O terceiro e último tópico, por sua vez, aborda a necessária proteção dos direitos humanos fundamentais ante a prejudicialidade do *fast fashion*, propondo, como forma de trazer sustentabilidade ambiental na indústria da moda a adoção do *eco fashion*.

A metodologia de pesquisa empreendida no presente trabalho, por fim, é preponderantemente de caráter dialético, haja vista que buscará, por meio da análise de teses e antíteses sobre a temática, apresentar uma síntese com relação aos argumentos propostos.

1. Origem e desenvolvimento da moda e o “fast fashion”.

Atualmente existem três grandes segmentos que causam os maiores impactos ambientais no mundo: combustível (energia), alimento e moda (indústria têxtil). Os dois primeiros temas são abordados e estudados profundamente (HAWKEN *apud* FLETCHER, 2011, p. 5). Entretanto, a indústria da moda não tem recebido a atenção que merece, diante do potencial de degradação ambiental que propicia.

Neste passo, cabe analisar o desenvolvimento histórico da moda e do consumismo que servem como principais motores do capitalismo atual, notadamente com destaque para o denominado “fast fashion”. Estabelecida a origem, cumpre apresentar o conceito e desenvolvimento deste modelo que alimenta o consumismo e ao mesmo tempo gera importantes impactos ambientais e que coloca em risco direitos humanos.

1.1 Origem histórica da moda.

A moda é um fenômeno que abrange níveis sociais, culturais, históricos, tecnológicos e econômicos. Sua origem ocorreu no final da Idade Média e início da Idade Moderna na Europa e isso se deu em função do anseio da Aristocracia de se diferenciar das denominadas camadas mais baixas da sociedade (SILVA; CANDIDO, 2016).

Com efeito, a utilização de produtos diferenciados vindos do Oriente criava novas modas na indumentária exibidas pelos nobres da sociedade, justamente para que se destacassem dos demais, estabelecendo-se o status por meio das vestes (SILVA; CANDIDO, 2016, p. 2). Por sua vez, as camadas inferiores procuravam reproduzir as modas usadas pela aristocracia, valendo-se de outros materiais.

E assim que a moda aristocrática caía no “gosto popular”, tratavam de criar novas modas para garantir o destaque de sua classe. Este círculo vicioso calcado no mimetismo é que deu origem ao que se conhece por moda (SILVA; CANDIDO, 2016, p. 2).

Quebrando esta divisão entre nobres e súditos – mas criando outras –, surge o Iluminismo e seus lemas: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que serviram de fruto de inspiração à Revolução Francesa e que – em tese – buscou o nivelamento social democrático (COSGRAVE, 2012, p. 189). Nesta toada, tem-se as posteriores mudanças com a Revolução Industrial, no final do século XVIII e início do século XIX, tendo seu apogeu entre 1850 – 1860 (fordismo)¹¹⁷.

117 “A partir da metade do século XIX, países europeus e outros, como os EUA e Japão, estavam a caminho da industrialização. Com o advento do automóvel nos Estados Unidos, Henry Ford foi o protagonista de uma revolução na indústria automobilística. O carro Ford T introduziu a produção em série de bens de mercadoria, conhecida como linha de produção, o que proporcionou a fabricação em massa, ou seja, os produtos passaram a

Estas mudanças com a industrialização proporcionaram um grande impacto, especialmente diante da massificação da confecção e o desenvolvimento da máquina de costura. A partir daqui formam-se cadeias de produção de roupas em série e a mecanização das indústrias reduz o preço das mercadorias, fortalecendo o sistema da moda e promovendo o consumo (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 26).

No século XX, a história da moda e da sociedade são marcadas com o:

[...] surgimento de grupos (ou tribos), constituídas por indivíduos que dialogam entre si e se comunicam com linguagens compatíveis [...]. Este século apresentou uma sociedade cada vez mais urbanizada. [...] O século produziu muitos estilistas, os quais não são mais vistos apenas como artistas, mas sim como profissionais da moda. A moda transformou-se em um negócio fortemente influenciador da economia global (SILVA; CANDIDO, 2016, p. 4).

De fato, com a Segunda Guerra Mundial, a escassez de matéria-prima limitou o uso de determinados tecidos, impondo o seu racionamento. Neste cenário, as mulheres passaram a reformar suas roupas, seguindo estilo mais simples. Durante esse período surgiu o *prêt-à-porter* (pronto para usar) que consistia na produção de roupas de qualidade em grande escala e os pedidos eram feitos por meio de catálogo de venda por correspondência e confeccionados em até 24 horas pelo fabricante. Assim, a moda sobreviveu ao racionamento e à guerra (CARDOSO, 2011).

Após a Segunda Guerra Mundial, conforme a vida foi sendo retomada, todos os desejos suprimidos irromperam gerando grandes possibilidades econômicas para as indústrias e um aumento do con-

ser consumidor pelo maior número de pessoas possível. Assim, nasceu o fordismo, uma série de normas e métodos de racionalização da produção, visando maximizar os lucros. Esse método de produção visava a ampliação do mercado consumidor e a consolidação da produção em massa. Tal modelo foi responsável pelo incremento da divisão técnica do trabalho, pelo aumento do emprego de mão de obra pouco qualificada e pela base de expansão industrial em grande parte do século XX” (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 4).

sumo cada vez maior pelas pessoas. A partir daqui, o aumento do consumo passa a ser um grave problema, já que os empreendedores da época não se preocupavam com os impactos ambientais e sociais decorrentes de todo o processo de industrialização, lançando mais e mais poluição ao ar, terra, águas etc. (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 27).

1.2 Origem, conceito e desenvolvimento do “fast fashion”.

Questão interessante é que o paradoxo da moda apontado por Barnard (2003) existente desde o tempo da aristocracia, consistente na necessidade de união e, ao mesmo tempo, anseio pelo isolamento, persistiu e perdura até os dias atuais. Trata-se da questão do consumidor que, ao mesmo tempo em que busca subjetividade com o consumo de roupas, também anseia por se sentir inserido em determinado grupo social a fim de não se sentir solitário. A uniformização dos gostos imposta pelas tendências da moda é combatida com a ampla diversidade que lhe é inerente. É neste ponto que surge o “*fast fashion*” ou moda rápida.

O conceito de “*fast fashion*”, também chamado de curto circuito ou “*Quick Response System*” nasceu em Sentier, um bairro de Paris, com pequenos comerciantes do setor têxtil que iniciaram sua produção tardiamente, assim que tiveram certeza de algumas tendências, justamente para não errar e perder vendas (GARCIA; GARCIA, 2017, p. 11). Assim, esse modelo de produção é uma resposta à aceleração da demanda e tem dois objetivos: “reduzir as perdas se as vendas não forem satisfatórias quanto esperadas e dar a impressão de que os produtos são semi-exclusivos a um consumidor preocupado com produtos personalizados” (ERNER, 2005).

Apresenta-se, portanto, como modelo que visa suprir todas as “falsas necessidades” de consumo da atual sociedade e a constante busca pelo novo, sem medir custos ao meio ambiente e aos próprios trabalhadores da indústria têxtil na fabricação dos produtos (SILVA; CANDIDO, 2016, p. 5).

O “fast fashion”¹¹⁸ consiste, assim, na produção em massa de varie-

118 “O grupo espanhol Inditex (Industria de Diseño Textil), devido ao sistema de negócios adotado, à velocidade de expansão internacional e, é claro, aos resultados financeiros, é um dos mais expressivos exemplos da prática dos princípios fast fashion. Sediado na Ga-

dades, porém em estoque pequeno, em preço de baixo custo e com baixa qualidade, obtido – geralmente – por meio de mão de obra em condições análogas à da escravidão em países subdesenvolvidos. Como as lojas oferecem novidades todas as semanas, gera-se no consumidor a sensação de que deve consumir antes que acabe, ao mesmo tempo em que os produtos se tornam consumidos e descartados em alta velocidade (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 33).

Conforme destacam REFOSCO; OENNING e NEVES (2011, p. 10):

A fast fashion encontra-se situada entre o mercado de luxo e o mercado de massa e oferece produtos com curto ciclo de vida. Visa atingir um público insaciável, informado, carente por novidade e variedade. Normalmente, são cadeias que possuem diversas marcas e lojas no mundo inteiro, que industrializam parte de seus produtos em unidades próprias e, outra parte, é produzida em países subdesenvolvidos. Possuem um sistema eficaz de produção e distribuição e rapidamente pulverizam os novos produtos em todo o mundo, causando a impressão de que há uma pequena oferta de produtos por modelo. Além disso, as roupas são confeccionadas a baixos custos produtivos, sem priorizar aspectos de qualidade da matéria-prima e acabamento, condições fabris e a distância que o produto percorre em todo esse ciclo.

Esse consumismo é extremamente pernicioso. O consumista apresenta uma mentalidade arraigada em hábitos mórbidos, compulsivos. Trata-se do “comprar por comprar”. Uma degeneração sob o ponto de vista cultural, social, econômico e psicológico e que é impulsionado pela modalidade de produção “*fast fashion*” (MILARÉ, 2000, p. 82).

As consequências desastrosas que a indústria do “fast fashion” acarreta ao meio ambiente é aterrorizante. É necessária a tomada de consciência de que desde a produção até o descarte, todas as peças passam por diversas

liza e com unidades fabris e comerciais em diversos países, é detentor de diversas marcas entre elas a Zara, onde comercializa produtos de moda feminina, masculina, infantil, acessórios, calçados e até homewear. A Zara oferece produtos com qualidade regular, a preços competitivos e com lançamentos em curtíssimos períodos de tempo (mais de 12 coleções anuais)” (REFOSCO; OENNING e NEVES, 2011, p. 10).

etapas que exigem um gasto e desgaste de produtos naturais que colocam a indústria da moda no sentido oposto da sustentabilidade e, num sentido antropocêntrico protetivo, até mesmo dos próprios direitos humanos (ARAÚJO; BROEGA; MORA-RIBEIRO, 2014).

2. A indústria da moda como vetor de impactos ambientais e a necessidade de sua adequação ao desenvolvimento sustentável.

Qualquer atividade econômica gera externalidades, ou seja, custos ou benefícios que ficam incomensurados, pois em relação a eles o mercado não consegue precificá-los (GARCIA; GARCIA, 2017, p. 14).

O que preocupa o direito ambiental, que tem o desenvolvimento sustentável como sua base principal e demais pilares como os princípios do poluidor-pagador; da prevenção e precaução; da necessidade de manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado etc., é, especificamente, como lidar com as externalidades negativas decorrentes da atividade humana e que interferem diretamente no meio ambiente como por exemplo: emissão de poluentes por indústrias e escapamentos de veículos autorizando a intervenção do governo para assegurar que os bens naturais hoje presentes sejam garantidos para as gerações futuras. Ou seja, cabe aqui lidar com uma verdadeira responsabilidade intergeracional.

A grande questão é que a externalidade negativa em matéria ambiental e social não é computada como custo de produção e nem no preço do bem ou serviço produzido, mas os efeitos são sentidos por toda a sociedade, já que o meio ambiente é direito humano de terceira dimensão, difuso, cabendo ao Estado, assim, buscar a correção do dano provocado (GARCIA; GARCIA, 2017, p. 15).

Se por um lado é função do Estado combater as externalidades negativas, por meio de políticas públicas, imposição de multas, aumento de tributação em relação a atividades que provocam algum risco ambiental, por outro cabe também a conscientização da população reforçando as fileiras em prol da proteção do meio ambiente, denunciando e participando efetivamente, a fim de que se evite impactos e degradações ambientais. Sob esta perspectiva, passa-se a analisar algumas externalidades negativas provocadas pela indústria da moda “*fast fashion*”.

2.1 Degradação ambiental provocada pela indústria da moda "fast fashion".

A indústria da moda impulsionada pela *fast fashion* se desenvolve diante do crescente consumismo. Neste passo, a degradação ambiental provocada não foi suficiente ainda para reprimir a busca do lucro a qualquer preço pelas indústrias têxteis. E por outro, também não se apresenta como fator inibidor na diminuição do consumo por parte da população.

Como bem pontuam SCHULTE; LOPES; ALESSIO e FREITAS (2013, 198):

‘Todo ano, a indústria têxtil mundial descarta entre 40 e 50 mil toneladas de corantes em rios e riachos’ (LEE, 2009, p. 87) e o tráfico de animais exóticos e em extinção para uso das peles é uma realidade constante neste mercado. Esses são alguns exemplos da falta de consciência ambiental presente na cadeia de produção têxtil. As vestimentas são responsáveis pela emissão de carbono de muitas maneiras: no cultivo, nos processos de manufatura que exigem muita energia, no transporte, até chegar à fase do ‘uso’ (LEE, 2009).

Não é à toa que a indústria da moda atualmente representa o segundo setor que mais polui o meio ambiente, perdendo apenas para a indústria petrolífera (SILVA; CANDIDO, 2016, p. 7). Além dos impactos ambientais também existem os impactos sociais consistentes nas reiteradas violações de direitos humanos dos trabalhadores da indústria têxtil, que exercem um importante papel no modelo de *fast fashion*, já que são remunerados com valores irrisórios (quando o são) e explorados na produção de roupas por empresas terceirizadas das grandes marcas multinacionais em países subdesenvolvidos. É em função dessa exploração, sem qualquer responsabilidade social, que as roupas chegam ao consumidor final barateadas e formam um ciclo de aquisição e descarte célere.

Os recursos naturais são finitos e a manutenção desse sistema de produção e descarte está levando a uma crise global de como lidar com a poluição que é provocada durante todo o processo, bem como o fim a que será dado às toneladas de produtos têxteis, frutos de descarte todos os dias dos milhões de consumidores no mundo.

Diversas Conferências Internacionais e a própria Organização das Nações Unidas – ONU já vêm alertando quanto a escassez dos bens naturais e sua exploração desmedida que coloca em risco a própria perpetuação e existência do ser humano na Terra. Nossa Constituição Federal, em seu art. 225, prevê o dever do Estado e da população em preservar e proteger para as futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio. Outros diversos diplomas infraconstitucionais como o Código das Águas, Código Florestal, Plano Nacional de Políticas do Meio Ambiente, Lei de combate aos crimes ambientais, entre outros, encontram-se disponíveis para garantir a execução e cumprimento do mandamento constitucional apontado.

Contudo, o maior desafio que se apresenta é a transformação do pensamento da indústria atual da moda, pois arcabouço jurídico de proteção já existe. Isso só será possível com a construção e desenvolvimento também do consumo consciente, ou seja, deve-se partir da atitude dos consumidores que analisam a origem da produção da roupa que estão comprando e sopesam as questões de impacto ambiental e responsabilidade social da empresa para a tomada de decisão final de compra. “Consumir uma moda consciente evita a poluição ambiental, o trabalho escravo, o trabalho infantil e conseqüentemente, diminui tragédias (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 38).

2.2 Desenvolvimento sustentável como norte para um consumo equilibrado

O desenvolvimento sustentável é conceito relativamente recente. A partir da revolução industrial e até considerável parcela do século XX, o crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a equidade social eram considerados temas antagônicos que se repeliam. Mas, com as inúmeras tragédias ambientais e conscientização da humanidade percebeu-se que, na verdade, são conceitos que devem ser equacionados servindo de base para o desenvolvimento sustentável, em conjunto com a participação popular em questões ambientais (SILVA, 2019, p. 31-32)¹¹⁹.

119 Não se ignora parte da doutrina que ainda considera inconciliável o crescimento econômico com preservação ambiental. Neste sentido: “[...] Tudo o que se fez foi acrescentar-lhe o adjetivo sustentável, buscando amenizar os efeitos perniciosos, tantas vezes irremissíveis, produzidos pelo núcleo econômico da ideia desenvolvimentista. Sendo impossível retirar da legislação ambiental a expressão desenvolvimento, deve-se, do ponto de

A terminologia “desenvolvimento sustentável” surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio ambiente de 1972, em Estocolmo, e foi repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, com destaque para a ECO-92, que chegou a empregar o termo em onze dos seus vinte e sete princípios, bem como na Rio+20 (FIORILLO, 2013, p. 70). Por sua vez, a Constituição Federal Brasileira de 1988 traz o princípio do desenvolvimento sustentável esculpido no *caput* de seu artigo 225¹²⁰, demonstrando a relevância do conceito para o direito ambiental brasileiro.

Assim, conforme ensina FIORILLO (2013, 72):[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

A questão da finitude dos recursos naturais e a grave crise ambiental que todo o mundo atualmente enfrenta confere destaque à questão da sustentabilidade. Será que o modelo de civilização hodiernamente seguido poderá continuar da mesma forma? Ao que parece é preciso uma guinada para mudança do estilo de civilização. Para isso, haverá a necessidade de se aprofundar o debate com a participação de governos, empreendedores, sociedade civil, ambientalistas e cidadãos de boa vontade.

vista da hermenêutica jurídica, entendê-la como utilização sustentável dos recursos naturais. Na verdade, aquela expressão serve a necessidades ideológicas do capitalismo predatório, servindo-se de uma concepção presunçosa e onipotente da ciência, que julga poder recriar a natureza, sempre que agredida” (AZEVEDO, 2008, p. 125-126).

120 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...], impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CFB, 1988).

Assim, o desenvolvimento sustentável é o norte a ser seguido na atualidade. Trata-se de enxergar a política ambiental, não como um “obstáculo ao desenvolvimento, mas sim, um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, que constituem a base material do progresso” (MILARÉ, 2015, p. 62).

A garantia da existência de bens naturais suficientes para a perpetuação da civilização humana no futuro é o principal eixo que move o conceito de desenvolvimento sustentável, na linha de um antropocentrismo protetivo. Neste sentido:

Considerando que o conceito de desenvolvimento sustentável sugere um legado permanente de uma geração a outra, para que todas possam prover suas necessidades, a sustentabilidade, ou seja, a qualidade daquilo que é sustentável, passa a incorporar o significado de manutenção e conservação *ad aeternum* dos recursos naturais. Isso exige avanços científicos e tecnológicos que ampliem permanentemente a capacidade de utilizar, recuperar e conservar esses recursos, bem como novos conceitos de necessidades humanas para aliviar as pressões da sociedade sobre eles (BARBIERI, 2000, p. 32).

A questão da sustentabilidade também vem influenciando a indústria da moda. Surge o conceito de moda sustentável como “processo de produção de peças de vestuário que incorporam os princípios de um comércio justo, com condições livres de trabalho, sem prejudicar seus funcionários ou o meio ambiente” (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, p. 29). Trata-se da moda verde ou *eco fashion*, que será analisada oportunamente em item próprio mais à frente.

O desenvolvimento sustentável na indústria da moda passa pela necessidade de conscientização dos consumidores da indústria do *fast fashion* no sentido de despertar para o financiamento de uma operação que exalta a exploração de mão de obra barata em países subdesenvolvidos, bem como ignora todos os malefícios e degradações ambientais que estão sendo provocadas ao longo desse massivo processo de produção.

Neste sentido, a tomada de consciência do consumidor direcionaria para uma outra modalidade de produção denominada de *slow fashion*, que se desenvolve de maneira sustentável, privilegiando comunidades pobres, valendo-se de materiais orgânicos, com o menor impacto possível sobre o meio ambiente. É este ponto que será analisado a seguir.

2.3 Resposta a partir de um consumo consciente e sustentável: “slow fashion”.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente:

Consumo sustentável é o fornecimento de serviços e produtos que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida enquanto minimizam o uso dos recursos naturais e materiais tóxicos como também a produção de resíduos e a emissão de poluentes no ciclo de vida do serviço ou do produto, tendo em vista não colocar em risco as necessidades das futuras gerações (FIGUEIREDO, 2002, p. 188).

Enquanto o termo consumo consciente aponta para uma atitude individual do consumidor, o termo consumo sustentável diz respeito a um movimento coletivo. De qualquer forma, ambos são regidos pela responsabilidade, ética e consciência quanto aos mais diversos impactos, especialmente o ambiental quando das suas escolhas e comportamentos (SILVA; BISKER; SCHWYTER; SILVA; ANDRADE; ZIMMERMANN; MARCELINO, 2017, p. 8).

No âmbito específico da indústria da moda, um modelo de consumo consciente e sustentável que surge, para fazer frente ao usual *fast fashion*, trata-se do *slow fashion*. O *slow fashion* é termo derivado do *slow design* que consiste na possibilidade de “trabalhar o processo de *design* com uma abordagem filosófica, renovada e global” (GONÇALVES; SAMPAIO, 2012, p. 2), em direção à sustentabilidade, ou seja, atender à procura social de bem-estar humano e ambiental e, ao mesmo tempo, aumentar a eficiência do sistema produtivo.

No *slow design* os “processos desacelerados, pensando-se na conjugação entre o indivíduo, o espaço sociocultural e o bem-estar ambiental encoraja uma visão mais alongada, sem preocupação com grandes escalas produtivas [...]” (REFOSCO; OENNING; NEVES, 2011, p. 11). Ou seja, incentiva-se o consumo por um ritmo mais lento.

A derivação do *slow design* consistente no *slow fashion* é “um movimento que valoriza o esmero, a qualidade e o pensamento a longo prazo” (SILVA; BISKER; SCHWYTER; SILVA; ANDRADE; ZIMMERMANN;

MARCELINO, 2017, p. 7) e encontra-se em consonância com as metas e perspectivas lançadas desde a ECO-92, com especial destaque para sua Agenda 21¹²¹.

O *slow fashion*, conforme destacam REFOSCO, OENNING e NEVES (2011, p. 12):

[...] está ligado à desaceleração da moda, com peças perenes e esteticamente absorvidas em mais de uma estação. É antagônico aos produtos impessoais e homogêneos oferecidos pela *fast fashion*. Os produtos possuem maior qualidade, provenientes de uma moda clássica e durável. Outro fator importante é o respeito às fontes orgânicas e éticas, através da tentativa de preservar as tradições locais. Esta é uma abordagem diferente, em que todos os agentes do ciclo produtivo estão mais conscientes dos impactos dos produtos sobre os trabalhadores, comunidades e ecossistemas. Além disso, o fator tempo não pesa tanto, já que o planejamento é feito a longo prazo e não necessita de subcontratações, trabalhadores temporários ou horas-extras para puxar a produção (FLETCHER, 2008). As peças feitas a partir desta concepção carregam também um conceito do novo luxo, pois o acesso a elas é mais restrito e acaba por atender os desejos de personalização. A matéria-prima deve ser ecologicamente correta e adequada para muitos anos de uso. O processo produtivo envolve profissionais extremamente capacitados e bem valorizados.

Em suma, o *slow design* e seu derivado *slow fashion* demonstram a possibilidade de criação de uma cadeia produtiva que gere mercadorias duráveis, com mais qualidade e que, cumulativamente, diminuam drasticamente as externalidades negativas do processo de produção, incentivando, para além disso, tradições locais e valendo-se, principalmente, de fontes orgânicas.

Aludida modalidade de produção tem um custo econômico maior se comparada ao *fast fashion*, ao passo que este último – apesar de oferecer produtos mais baratos – gera impactos sociais e ambientais altíssimos.

121 Documento que levantou questões sobre a sustentabilidade no planeta, convocando a todos os países participantes da Eco-92 a se comprometerem em como poderiam cooperar no estudo de soluções para os problemas socioambientais.

Será que o consumidor está preparado para esta mudança de paradigma e compreensão de mundo, notadamente quando se toma consciência de que perseguir o desenvolvimento sustentável significa a proteção não só do meio ambiente, mas da própria viabilidade de médio e longo prazo quanto à sobrevivência dos homens?

3. A proteção dos direitos humanos frente ao “fast fashion”: uma virada “eco fashion” à luz da sustentabilidade ambiental.

As considerações aduzidas até aqui nos parecem mais do que suficientes para demonstrar que a exploração e comercialização de produtos pela indústria têxtil, notadamente por meio do *fast fashion* tem sido extremamente prejudicial para o meio ambiente, especialmente porque permitiu a cristalização de uma cultura de consumo pelo consumo, sem que se tenha, a qualquer nível, uma preocupação com a tutela do meio ambiente.

É justamente por isso que, a partir de uma visão do direito ambiental como verdadeiro direito humano fundamental¹²², torna-se necessário repensar em como direcionar a exploração da atividade econômica – também necessária e essencial para o desenvolvimento da sociedade –, compatibilizando-a com o desenvolvimento sustentável do meio ambiente. A relação entre a exploração do capital e a tutela do direito ambiental não deve ser vista como antagônica, mas ao contrário, a partir de uma relação de complementariedade.

122 A expressão direito humano fundamental parte de uma visão doutrinária que rechaça a dualidade terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais. Nessa linha, André de Carvalho Ramos consigna que: “Essa ‘união de termos’ mostra que a diferenciação entre ‘direitos humanos’, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ‘direitos fundamentais’, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos” (RAMOS, 2017, p. 48-49 - grifos originais).

Essa visão de interesses compartilhados e necessários numa sociedade completamente globalizada foi percebida¹²³ tanto pela sociedade internacional, como pela ordem jurídica interna da maior parte dos países no mundo. E é justamente por isso que o meio ambiente passa a ser indiscutivelmente reconhecido como um direito humano fundamental¹²⁴ a ser tutelado em todas as esferas (no plano internacional e nacional)¹²⁵.

Costuma-se apontar que o surgimento do direito internacional do meio ambiente ocorre no período do entre guerras (entre 1919 a 1945), tendo, durante o referido período, se manifestado o primeiro fato que é considerado por muitos internacionalistas como a precípua manifestação solene do direito internacional do meio ambiente: o caso da *Trail Smelter* (Fundição Trail)¹²⁶ – (MAZZUOLI, 2013). O caso em questão decorreu de uma arbitragem efetivada entre os Estados Unidos e o Canadá após a apresentação de queixas de pessoas e empresas que estavam situadas no Estado de Washington e estavam sendo prejudicadas pela emissão de uma fumaça tóxica de dióxido de enxofre emitida por uma Fundição de cobre e zinco situada em *Trail*, no Canadá (MAZZUOLI, 2013). A sentença do caso, prolatada em 11 de março de 1941, estabeleceu que:

[...] nenhum Estado possui o direito de usar ou permitir o uso de seu território de tal maneira que cause danos pela emissão de gases no ou até o território de outro ou na propriedade ou nas pessoas

123 Essa percepção, contudo, somente ocorreu após a segunda metade do século XX, quando os Estados começaram a compreender que o meio ambiente não se separa por fronteiras, mas ao contrário, representa um único e indivisível todo compartilhado por todo o mundo (MAZZUOLI, 2013).

124 O direito ambiental como expressão dos direitos humanos é também abordado por MIALHE, 2006).

125 “Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos [1948] tenha sido silenciosa, à época, quanto ao direito humano ao meio ambiente, falar em direito a um meio ambiente saudável é uma das faces do direito à saúde e a um padrão de vida digno e adequado, para citar alguns. Por outro lado, o pleno gozo e a garantia dos direitos humanos só são possíveis em um contexto ambiental sadio. Portanto, é clara a inter-relação e interdependência entre esses direitos, que são princípios fundamentais a permear o campo da proteção dos direitos humanos” (CAMPOS; MUCHAGATA, 2017, p. 29).

126 Sobre o caso em específico, remete-se o leitor à análise de MONIZ, 2012.

nele contidas, quando o caso é de sérias consequências e a lesão é estabelecida por evidência clara e convincente¹²⁷ (NATIONS UNIES, 2006 – Tradução Livre).

Deve-se registrar que a decisão em questão e o princípio nela estabelecido foram base de formulação, por exemplo, do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo¹²⁸, o qual fora reproduzido também do Princípio 2, da Declaração do Rio de Janeiro (ECO-92). Com a constituição da Organização das Nações Unidas e o desenvolvimento da diplomacia multilateral, o direito ambiental internacional começa a assumir forma e maior importância, e a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiental Humano realizada entre 5 a 16 de junho de 1972 (Conferência de Estocolmo) foi o primeiro evento internacional de peso atinente à tutela do direito ambiental na seara internacional (MAZZUOLI, 2013).

A partir de então diversos outros diplomas foram criados e voltados à tutela do direito ambiental como patrimônio do mundo – extrapolando, portanto, a sua visão em limites territoriais ou geográficos –, como a: 1) segunda Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada no Rio de Janeiro, no Brasil, entre 3 a 14 de junho de 1992 (ECO-92), a qual trouxe diversos princípios representativos indicando metas de proteção ambiental internacional; 2) terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente ocorrida entre 26 de agosto a 4 de setembro de 2002, em Joanesburgo, na África do Sul, a qual teve por meta a implementação dos princípios e objetivos traçados na ECO-92; e 4) Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável realizada novamente na cidade do Rio de Janeiro (também conhecida como Rio

127 No original: “[...] no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence” (NATIONS UNIES, 2006, p. 1965).

128 “Princípio 21: Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional.” (Disponível em: < https://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>).

+ 20), no Brasil, entre os dias 13 a 22 de junho de 2002, trabalhando essencialmente com 2 temas: a) a ideia de economia verde objetivando o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza; e b) a criação de uma estrutura institucional para propiciar no mundo o desenvolvimento sustentável.

Referidas convenções e tratativas no âmbito internacional serviram para reforçar a necessidade de se compreender o meio ambiente como direito humano fundamental, fortalecendo a identidade entre o direito ambiental e os direitos humanos, conforme aponta KISHI (2005, p. 711):

[...] nessa perspectiva das inter-relações entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental, dificilmente a visão antropocêntrica pode ser descartada, pois ao se tutelar o valor intrínseco da Natureza estão sendo tutelados os humanos, que dela dependem para viver. A Humanidade, atual e futura, é o sujeito ativo da proteção ao meio ambiente equilibrado.

Significa dizer, nesse sentido, que em se tratando de verdadeiro direito humano fundamental, deve o direito ao meio ambiente equilibrado e sustentável figurar como objetivo a ser tutelado em todos os Estados e sociedades, não sendo admissível que, sob a pretensa justificativa de manutenção do consumo, o primeiro seja preterido/prejudicado para que interesses exclusivamente capitalistas/econômicos sejam alcançados.

Não se está a defender aqui, no entanto, que os interesses econômicos sejam completamente afastados. O que se busca, portanto, é uma ideia de compatibilização, de modo que a indústria da moda permaneça explorando economicamente suas atividades/produtos, mas exigindo-se, em contrapartida, que o faça por meio de mecanismos responsáveis, calçados no ideal de sustentabilidade ambiental.

Esse caminho, destaque-se, já vem sendo trilhado pela sociedade internacional em diversos setores, o que se comprova pelos pactos com efeitos de sustentabilidade econômica e o seu desenvolvimento por algumas instituições/órgãos, como a guisa de exemplo a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, que tem, dentre outros projetos, a estratégia de crescimento verde, a qual possui como um de seus elementos essenciais que o crescimento econômico esteja di-

retamente relacionado à conservação da natureza (THORSTENSEN; MOTA, 2018).

Assume relevância, portanto, o conceito de *ecodesign*, *ecoconcepção* consistente “em considerar a concepção dos produtos do ‘berço ao túmulo’” (GONÇALVES; SAMPAIO, 2012, p.2). Ou seja, por esta novel perspectiva a indústria da moda teria que aplicar um pensamento sistêmico desde a fase inicial do projeto – escolha de materiais – até a fase final, antecipando o descarte do bem. O objetivo aqui é diminuir os *inputs* tanto de materiais, quanto de energia, bem como os *outputs*, consistentes nas emissões e nos dejetos, de maneira que os dejetos sejam empregados como *inputs* (GONÇALVES; SAMPAIO, 2012, p.3).

Em suma o *eco fashion*:

procura utilizar tecidos reciclados ou produzidos organicamente, diminuindo o consumo de energia elétrica e água utilizando os resíduos decorrentes da produção da melhor forma possível de uma maneira que o respeito ao meio ambiente sempre venha em primeiro lugar (LIMA; VAZ; BARBOSA; OLIVEIRA, 2018, P. 29-30).

É preciso, portanto, a partir do quanto exposto, substituir a cultura do *fast fashion*, que visa apenas e tão somente o lucro e uma postura consumista da sociedade, pelo *slow fashion / eco fashion*, os quais permitem a compatibilização entre a garantia da liberdade de iniciativa com a garantia do desenvolvimento sustentável do meio ambiente, permitindo que se efetive, desse modo, ao menos na nossa realidade constitucional, a norma insculpida no art. 225 da Constituição Federal que prevê o direito ao meio ambiente equilibrado para essa e novas gerações.

Conclusão

As considerações aduzidas ao longo do presente ensaio demonstram que a atuação do homem em sociedade têm sido cada vez mais nociva ao desenvolvimento do meio ambiente, e a indústria da moda e o consumismo decorrente da produção cada vez mais intensa de produtos agrava esta situação.

A moda *fast fashion*, de modo mais específico, tem se apresentado como uma das formas de exploração mais prejudiciais ao meio ambiente, especialmente porque para a rápida produção de produtos e a sua distribuição de forma célere, a indústria têxtil não mostra qualquer preocupação quanto aos efeitos decorrentes de suas ações (como a guisa de exemplo a emissão exacerbada de poluentes).

Fato é que não se pode mais admitir que no afã de exploração econômica, sob a justificativa da liberdade de iniciativa, seja deferido à indústria da moda permanecer trazendo nítidos prejuízos ao meio ambiente. Vale dizer, o exercício das atividades econômicas deve ser claramente compatibilizado com a sustentabilidade ambiental, permitindo-se que não apenas as gerações presentes, mas também futuras, tenham acesso ao meio ambiente equilibrado e sustentável.

É nesse contexto que a visão do direito ambiental como verdadeiro direito humano fundamental é essencial para que se possa produzir uma virada sustentável: substituir o *fast fashion* pelo *eco fashion*, e, conseqüentemente, produzir uma cultura de consumo equilibrado, sustentável e que consiga extirpar ou no mínimo atenuar os impactos ambientais decorrentes das atividades.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Mariana; BROEGA, Ana Cristina; MORA-RIBEIRO, Silvana. **Sustentabilidade na moda e o consumo consciente**. In: Seminário Acadêmico da APEC: O Local, o Global e o Transnacional na Produção Acadêmica Contemporânea, 19, junho de 2014, Barcelona. Anais... Barcelona: APEC, 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente as estratégias de mudanças da Agenda 21**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BARNARD, Malcolm. **Moda e Comunicação**. Tradução de Lúcia Olinto. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

- CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso; MUCHAGATA, Márcia. Direitos Humanos e Meio Ambiente: avanços e contradições do modelo de desenvolvimento sustentável brasileiro e a agenda internacional. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (orgs.). **Direitos Humanos e meio ambiente**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.
- CARDOSO, Cyn. Anos 40: a moda e a Segunda Guerra Mundial. In: DEMOCRACIA FASHION: arte, design, moda, música, mitologia. **Base de dados**. 2011. Disponível em: <<http://democracia-fashion.com.br/2011/03/23/anos-40-a-moda-e-a-segunda-guerra-mundial/>>. Acesso em: 22 maio 2018.
- COSGRAVE, Bronwyn. **História de La moda**. Da Antiguidade aos dias atuais. Barcelona: Gustavo Gili, 2012.
- ERNER, Guillaume. **Vítimas da moda?** Como a criamos, por que a seguimos. São Paulo: Senac, 2005.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Consumo sustentável. In: **Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável = Ten Years After Rio 92: Sustainable Development and Law / organizado por Antonio Herman Benjamin**. São Paulo: IMESP, 2002.
- FLETCHER, Kate & GROSE, Lynda. **Moda & Sustentabilidade: design para mudança**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código Florestal”. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Timeni Andrade; SAMPAIO, Claudio Pereira de. **A implementação do slow fashion e o novo luxo**. Anais do 4º Simpósio Paranaense de Design Sustentável (4º SPDS). Curitiba: 2012.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada. A proteção da biodiversidade: um direito humano fundamental. In: ____ et al. (Orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Afonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros/IEDC, 2005.

- Köhler Schulte, Neide; Lopes, Luciana; Alessio, Monik Aparecida; Freitas, Beatriz. A moda no contexto da sustentabilidade. **Modapalavra e-periódico**, núm. 12, julio-diciembre, 2013, pp. 194-210 Universidade do Estado de Santa Catarina Florianópolis, Brasil.
- LIMA, Mirian Cristina; VAZ, Samantha Raquel Araújo; BARBOSA, Tábata Firmo de Carvalho; OLIVEIRA, Vanessa Figueiredo. O consumo de produtos de moda baseado na vertente da sustentabilidade ambiental. **DAPesquisa**, Florianópolis, v. 13, n. 21, p. 25-42, dez., 2018.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7ª ed. rev.; atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MIALHE, Jorge Luís. Direito ambiental como expressão dos Direitos humanos: a relevância do direito à informação no Mercosul. **Verba juris**, ano 5, n. 5, jan./dez. 2006.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MONIZ, Maria da Graça de Almeida D'Eça do Canto. Direito internacional do ambiente: O caso da fundição de Trail. **Diversitates**, vol. 4, n. 2, 2012, p. 1-33.
- NATIONS UNIES, **Reports of international arbitral awards**: Trail Smelter case (United States, Canada). Vol. III, 2006, p. 1905-1982.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REFOSCO, Ereany; OENNING, Josiany; NEVES, Manuela. Da Alta Costura ao Prêt-à-porter, da Fasta Fashion a Slow Fashion: um grande desafio para a Moda. **Modapalavra E-periódico**. Ano 4, n.8, pp. 15, jul-dez 2011.
- SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 9ªed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SILVA, Amanda Freitas Macedo; BISKER, Ana Gabriela Batemarque; SCHWYTER, Luisa Pena; SILVA, Juliana dos Santos; ANDRADE, Mariana Medeiros de Pestana; ZIMMERMANN, Thais Hainke; MARCELINO, Rosilene Moraes Alves. **O consumo consciente na moda**: um estudo sobre o slow fashion. 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Curitiba: 2017.

THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine Rebouças. A governança mundial da sustentabilidade: o papel da OCDE. São Paulo: **Fundação Getúlio Vargas**, 2018 (Working Paper).

A ATIVIDADE DE MINERAÇÃO EM TERRAS INDÍGENAS

Gláucia Maria de Araújo Ribeiro

Raffaella Cássia de Sousa

1. INTRODUÇÃO: OS POVOS INDÍGENAS

Os povos indígenas são comunidades com costumes e culturas diferentes, e são assim designados por “[...] *descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais [...]*” (BRASIL, 2019e, art. 1º, alínea b) e que, ao longo dos anos, tenham conservado parcial ou totalmente suas instituições.

Para o Estatuto do Índio, índio é “*É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional*” (BRASIL, 2019C, art. 3ºm, inciso I).

Nos dias atuais, pode-se dizer que a caracterização de um indivíduo como indígena é demonstrada pela autodeclaração, ou seja, o sentimento de pertencimento a um grupo diferenciado (LIMA, 2018, pág. 59).

A partir desse conceito, são considerados indígenas todos os indivíduos que se reconhecem como tal, independente se habitem uma área demarcada junto com sua comunidade ou se estão instalados em área urbana.

Compreendido o conceito de povos indígenas, este artigo irá tratar apenas de comunidades que vivem em suas terras tradicionais, sejam elas demarcadas, em processo de demarcação ou ainda não demarcadas, que

conservem parcial ou totalmente suas instituições, constituindo um grupo homogêneo.

2. A POSSE PERMANENTE DAS TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS

Desde a Constituição de 1934, a norma constitucional garante o direito dos povos indígenas às terras que ocupam. Ainda que não tenham a propriedade, têm reconhecidos, de forma expressa pelo art. 231 do texto constitucional de 1988, os direitos de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, podendo utilizar para sua sobrevivência as riquezas do solo, dos rios e dos lagos.

Em comunidades indígenas, a terra não é apenas um imóvel ou a reivindicação de uma área para construção de moradia. No caso desses povos, a relação com a terra é bem mais ampla e está associada à sobrevivência da comunidade, pois o sustento é retirado da terra, sendo ela ainda um elemento de reprodução física, cultural e econômica. Sobre o assunto, Edilson Vitorelli explica que:

A noção de posse indígena refletida no dispositivo se vincula à ocupação da terra de acordo com os costumes tradicionais, a habitação e o exercício das atividades cotidianas do grupo indígena pertinente. A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. (LIMA, 2018, pág. 222)

Ao mesmo tempo em que reconheceu a posse permanente e o direito sobre as terras ocupadas pelos índios, a Constituição Federal de 1988 também permitiu que as terras indígenas pudessem ter seus recursos explorados por terceiros, desde que houvesse autorização do Congresso Nacional:

Art. 231- [...]

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em ter-

ras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (BRASIL, 2019b)

Pelo artigo acima, a Constituição permitiu que, mesmo dentro de terras indígenas, pudessem ser explorados por terceiros os recursos hídricos, inclusive os potenciais de energia hidráulica, e também a pesquisa e lavra de riquezas minerais. Em todo caso, ressaltou a participação no resultado econômico da lavra pelas comunidades afetadas e condicionou esse ato à autorização do Congresso Nacional, com a oitiva das comunidades afetadas.

Especificamente em uma época como a atual, em que os acontecimentos envolvendo o rompimento de barragens de rejeitos em Mariana e de Brumadinho¹²⁹, no Estado de Minas Gerais, foram responsáveis por enormes impactos socioambientais, o referido dispositivo da Constituição, que permite a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas, merece atenção quanto à seus efeitos e impactos para os povos indígenas.

3. A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS EM TERRAS INDÍGENAS

Como visto, o parágrafo terceiro do art. 231 da Constituição Federal de 1988 permite a exploração de recursos minerais em terras indígenas, havendo a necessidade de autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas.

Esse artigo, no entanto, deve ser lido em conjunto com o parágrafo primeiro do art. 176 do texto constitucional que assim dispõe:

129 O rompimento da barragem de rejeitos de Mariana, MG, ocorreu em 5 de novembro de 2015, sendo que 43,7 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro vazaram, atingindo o Rio Doce e também o mar, tendo ocorrido 19 mortes. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/ha-3-anos-rompimento-de-barragem-de-mariana-causou-maior-desastre-ambiental-do-pais-e-matou-19-pessoas.ghtml>>. Acesso em: 20 fev 2019. Já o rompimento da barragem de Brumadinho, MG, ocorreu em 25 de janeiro de 2019, havendo 165 mortes confirmadas e 155 desaparecidos. <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/ao-vivo/barragem-da-vale-se-rompe-em-brumadinho-na-grande-bh.ghtml>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019

Art. 176 - [...]

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, **na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.** (Grifo nosso)

Ou seja, no caso de terras indígenas, não obstante haja permissão constitucional para exploração de recursos minerais, a própria Constituição impõe os requisitos de autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades interessadas e a existência de lei que estabelecerá as condições em que essas atividades possam se realizar.

Como a Constituição prevê que a lei estabelecerá as condições para a ocorrência da exploração mineral, essa norma pode ser considerada como de eficácia limitada, de forma que, só terá sua eficácia completa quando for promulgada a lei prevendo as condições específicas para autorização desse empreendimento em terra indígena. Enquanto isso, não é possível haver empreendimento minerário regular dentro de terras indígenas.

Apesar de não haver norma regulamentando as condições de exploração mineral em terras indígenas, um relatório do WWF Brasil (2019, pág. 28) aponta que existem 138 requerentes de mineração em terra indígena, sendo que 89 são empresas e 49 pessoas físicas.

Esses dados extraídos do relatório do WWF indicam que, mesmo não sendo possível autorizar a mineração em terra indígena diante da ausência de lei, vários pedidos de estudo de viabilidade têm ocorrido, especialmente porque o Código de Mineração garante a prioridade na exploração da lavra aos interessados que tenham protocolado seus requerimentos de forma prévia aos demais (alínea “a” do art. 11 do Código de Mineração).

Conforme dados do Relatório do WWF (2019, pág. 20), 4.073 processos minerários possuem alguma interseção com terras indígenas, sendo que, considerando todas as áreas protegidas no Brasil, esse número é de 17.003:

TABELA 1
PROCESSOS MINERÁRIOS POR CATEGORIA DE ÁREA PROTEGIDA

Área protegida	Setor Privado	União	Total
Terra Indígena	675	3.398	4.073
UC não restritiva	5.647	5.681	11.328
UC restritiva	755	847	1.602
Total Geral	7.077	9.926	17.003

Ainda de acordo com o mesmo relatório (WWF, 2019), a terra indígena mais afetada, em hectares, com atividades de mineração, é a Terra Indígena Yanomami, que tem os seguintes recursos minerais:

Substâncias em fase de requerimentos	Área (H.a.)	Nº de processos
Ouro	409.867,31	59
Tungstênio	90.830,56	10
Estanho	88.247,83	10
Nióbio	69.331,47	9
Manganês	56.738,08	9
Cobre	51.001,41	7
Chumbo	49.262,45	5
Tântalo	43.517,01	5
Columbita	32.529,21	5
Césio	31.168,13	4
Cassiterita	28.182,83	6
Platina	19.056,91	2
Lítio	18.816,37	2
Minério De Estanho	18.618,84	2
Berílio	11.450,66	2
Zirconita	10.693,25	4
Minério De Ouro	10.628,04	2
Prata	9.746,63	1
Tantalita	8.908,43	1
Wolframita	5.282,41	3
Esteatito	4.509,24	1
Total Geral	1.068.387,05	149

Substâncias em fase de pesquisa	Área (H.a.)	Nº de processos
Ilmenita	0,07	1
Diamante	0,01	1
Total Geral	0,08	2

Convém ainda citar o depósito de nióbio em Roraima, metal hoje muito utilizado para fazer ligas fortes e maleáveis e que está inserido na região de São Gabriel da Cachoeira, AM, na Terra Indígena Balaio (BRASIL, 2019f, pág. 35).

Não obstante não seja possível autorizar a mineração dentro de terra indígena, em face da ausência de regulamentação das condicionantes, é

fato incontroverso que existem recursos minerais nessas terras e que há muitos interessados na sua exploração.

Em se tratando de empreendimentos de mineração em terra indígena, sob o aspecto do impacto ambiental, é preciso lembrar que as atividades de mineração causam impactos de enormes dimensões.

Os impactos causados pela atividade de mineração, desde a lavra até o tratamento do minério, causam mudanças no meio físico e químico da região, sendo detectados a curto e também em longo prazo. Entre essas mudanças, ocorre o desaparecimento de morros, a existência de aterros de depressão, o desaparecimento da vegetação, a modificação da qualidade da água; a absorção ou assimilação cutânea, respiratória e digestiva pelos animais; mudança da qualidade do ar com a emissão de particulados, modificação do meio físico com possíveis efeitos sobre o clima local, entre outras (REIS, 2019, págs. 46 e 47).

Há ainda a possibilidade da atividade de mineração impactar os recursos hídricos da região:

A atividade mineral também leva a sérios impactos sobre as águas na região em que ela se desenvolve, tanto pela usual presença de lençóis de água no subsolo a ser perfurado ou removido quanto pela necessidade de água no processamento e no transporte de minério. Com a retirada do subsolo, o lençol deixa de existir ou é pelo menos modificado; com a utilização da água no processamento e transporte do minério essa é devolvida para a natureza em piores condições do que no momento da sua retirada. Dessa forma, em relação à água, são usuais modificações relativas à disponibilidade e também à qualidade. (REIS, 2019, pág. 53)

Para a recuperação da área após a exploração mineral são necessárias diversas ações para conseguir o equilíbrio ambiental e fazer com que a área possa voltar a ter um uso produtivo. Há ainda outro problema causado pela mineração: é a grande quantidade de rejeitos, em que o material não aproveitado durante o beneficiamento do minério é armazenado em barragens. Essas barragens têm apresentado, nos últimos anos, problemas de rompimento, causando acidentes com graves consequências, como os recentes episódios em Mariana e Brumadinho, ambos no Estado de Minas Gerais.

Como se vê, os impactos ambientais de atividades de mineração são enormes. Em se tratando de comunidades indígenas, em que os recursos ambientais são seus meios diretos de sobrevivência, com o uso da terra, das águas e da caça, os impactos da atividade mineração, para além do aspecto de degradação ambiental, podem revelar consequências humanas e sociais de proporções muito elevadas.

3.1. Requisitos constitucionais para mineração em terra indígena e a Convenção 169 da OIT

O parágrafo terceiro do art. 231 da Constituição Federal de 1988, como vista acima, permite a exploração de recursos minerais em terras indígenas, havendo a necessidade de autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas. Contudo, há ainda a exigência prévia de lei regulamentadora que estabeleça as condições dessa atividade, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 176 do texto constitucional.

Assim, em uma interpretação do texto da Constituição, primeiro é necessária uma lei que preveja as condições em que a mineração poderá ocorrer nas terras indígenas. Nesse ponto, e observando-se o mesmo texto constitucional, essa lei deverá ser compatível com o caput do art. 231, que reconhece e respeita a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas. Assim, uma eventual atividade de mineração não poderá desrespeitar esses elementos das comunidades indígenas que já foram reconhecidos, não se admitindo retrocesso em matéria de direitos humanos e de meio ambiente. Quanto esse ponto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu o princípio da vedação do retrocesso socioambiental:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012. CONVERSÃO NA LEI N. 12.678/2012. INÉPCIA DA INICIAL E PREJUÍZO DA AÇÃO QUANTO AOS ARTS. 6º E 11 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 558/2012 E AO ART. 20 DA LEI N. 12.678/2012. POSSIBILIDADE DE EXAME DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA NORMATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOS-

TOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL. AÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, JULGADA PROCEDENTE, SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. 1. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela possibilidade e análise dos requisitos constitucionais para a edição de medida provisória após a sua conversão em lei. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal admite, em caráter excepcional, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória quando se comprove abuso da competência normativa do Chefe do Executivo, pela ausência dos requisitos constitucionais de relevância e urgência. Na espécie, na exposição de motivos da medida provisória não se demonstrou, de forma suficiente, os requisitos constitucionais de urgência do caso. 3. As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. 4. As alterações promovidas pela Lei n. 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, **acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República.** 5. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, nessa parte, julgada procedente, sem pronúncia de nulidade.

(ADI 4717, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 14-02-2019 PUBLIC 15-02-2019) (BRASIL, 2019h) (Grifo nosso)

Diante da lei regulamentadora, o pedido de exploração de riqueza mineral em terra indígena tem como órgão competente para conceder a autorização o Congresso Nacional. Nesse caso, conforme a Constituição,

antes da referida autorização, caberá a essa casa legislativa ouvir os povos indígenas interessados.

Além dessas previsões constitucionais, em seara supralegal, a Convenção n° 169, da Organização Internacional do Trabalho, prevê, em seu artigo 6°, o dever de consulta, livre, prévia, informada e de boa-fé no caso de empreendimentos que afetem a terra indígena:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas. (BRASIL, 2019e) (Grifo nosso)

Neste caso, também será necessário, após a autorização do Congresso Nacional, quando do início das pesquisas e estudos sobre o recurso mineral, promover a consulta aos povos indígenas na forma do art. 6° da Convenção 169. Isso ocorre porque a oitiva dos povos indígenas previstas no art. 231, parágrafo terceiro da Constituição tem por objetivo subsidiar

a autorização do Congresso para que possa ocorrer a exploração mineral em terra indígena. Já a consulta da Convenção n° 169 tem natureza diversa¹³⁰ e objetiva também esclarecer as comunidades afetadas sobre o tipo de empreendimento, mecanismos de compensação, além de ser instrumento que permite aos indígenas expressar sua vontade.

É preciso lembrar que essa Convenção tem status supralegal por se tratar de matéria relativa a direitos humanos que não foi aprovada na forma do art. 5°, parágrafo terceiro da Constituição Federal (BRASIL, 2019g). Além disso, aos povos indígenas também se aplica a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo inclusive esse documento internacional explicitado, em seu artigo segundo, que todos os seres humanos podem proclamar os direitos e liberdades, sem distinção alguma de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação, garantindo, nos artigos seguintes, o direito à vida, à liberdade e à dignidade.

4. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, como lei maior do país, permitiu desde a sua redação original a atividade de mineração em terras indígenas. Contudo, impôs a necessidade de lei regulamentadora e de autorização do Congresso Nacional, após a oitiva das comunidades afetadas. Além disso, com status supralegal, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho também exige a consulta ao povo indígena afetado, sendo ela realizada de forma prévia, livre e de boa-fé.

Todos esses dispositivos devem ser interpretados à luz do caput do art. 231 da Constituição que assegura e reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Assim, em caso de eventual lei que venha a regulamentar a atividade de mineração em terra indígena, ela não poderá desrespeitar o texto constitucional e impedir à comunidade afetada de usufruir da terra que ocupa, nem impedir sua

130 Edilson Vitorelli aponta que “A maior divergência em relação ao direito de consulta é se seu resultado teria ou não caráter vinculante”. Para em alguns, em que pese a consulta tenha realização obrigatória, o Governo não teria a obrigatoriedade de seguir o que nela foi decidido. Para outra parcela, a consulta teria natureza de consentimento, não podendo o empreendimento ser executado enquanto não houvesse a anuência do povo indígena.

reprodução física e cultural.

Sendo a mineração uma atividade causadora de enormes impactos ambientais, eventual lei que venha a regulamentar a sua autorização em terra indígena, deverá sempre ser sopesar que os povos indígenas são dependentes da terra que ocupam, utilizando-a para sua sobrevivência e manutenção de seu modo de vida.

Dessa forma, a atividade de mineração não poderá desrespeitar a Constituição e impedir a própria sobrevivência da comunidade. Assim, embora eventual lei dispondo sobre a atividade de mineração em terra indígena objetive regulamentar o parágrafo primeiro do art. 176 da Constituição, a mesma lei encontra seu limite no caput do art. 231 da Carta Maior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 21 fev 19a.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev 19b.

_____. Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 21 fev 19c.

_____. Decreto-lei n° 227, de 28 de fevereiro de 1967, que dá nova redação ao Decreto-lei 1.985, de 29 de janeiro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm>. Acesso em: 21 fev 19d.

_____. Decreto n° 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulga a Convenção n° 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 21 fev 19e.

_____. Ministério de Minas e Energia, Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral. Banco Mundial. Produto 4: análise da informação geológica do Brasil. Relatório Técnico 12: Informação Geológica da Amazônia. Projeto de Assistência Técnica ao Setor de Energia. Consultor Eduardo A. Ladeira, julho de 2009. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1256660/P04_RT12_Informaxo_Geolxgica_da_Amazxnia.pdf/1e8a1371-c-27f-4b39-bf3d-39e9a7429a42>. Acesso em 21 fev 19f.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 404276 AgR, Relator Cezar Peluso, Segunda

Turma, julgado em 10 de março de 2009, publicado em 17 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000085794&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 fev 19g

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4717. Ministra relatora Carmén Lúcia. Tribunal Pleno, julgado em 05 de abril de 2018, publicado em 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Estatuto do Índio: Lei n° 6.001/1973. Coleção Leis Especiais para Concursos. 4ª ed. revista e atualizada. Editora Jus Podium, 2018.

REIS, Débora Walter dos. A análise da dinâmica processual dos estudos de impacto ambiental na mineração e outros pareceres técnicos no Estado de Minas Gerais. 2011, 90 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Ouro Preto, MG. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/2368/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_An%C3%A1liseDin%C3%A2micaProcessual.pdf>. Acesso em: 19 fev 2019.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. Manual de Direito Ambiental. 5° ed. Editora Jus Podium, 2015.

WWF Brasil, Mineração na Amazônia Legal e Áreas Protegidas, Situação dos Direitos Minerários e Sobreposição. Relatório 2018. Disponível em: <https://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/mineracao_na_amazonia_legal_web.pdf>. Acesso em: 21 fev 19.

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://na-coesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> . Acesso em: 22 fev 19.

A DELEGAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: O TEXTO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº08 E A SUA INSERÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Jéssica Cristina de Souza

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em fevereiro de 2019, o IBAMA publicou a Instrução Normativa nº 8/19, que alterou procedimentos quanto à delegação de atos e procedimentos de concessão de licença ambiental. O IBAMA, a partir de então, pode começar a delegar parcial ou totalmente o licenciamento ambiental para órgãos estaduais ou municipais do meio ambiente por meio de Acordos de Cooperação Técnica. O presente artigo visa verificar os dispositivos da instrução, explicando como se dá a realização do ACT bem como o processo delegatório posterior sob égide das normas hierarquicamente superiores: a Lei Complementar 140/2011 e a Constituição Federal.

Para tanto, começa-se a análise sobre a alteração constitucional trazida pela Emenda à Constituição nº 53 de 2006, que determina a cooperação entre os entes federativos no que tange às atividades de proteção ao meio ambiente. Após isso, os desdobramentos trazidos pela legislação complementar e que a prática nacional em que se insere a instrução normativa presente. Desta forma, vê-se uma tentativa da União, ao delegar tais funções, de permitir uma fiscalização mais efetiva e atenta às peculiaridades

locais, tendo em vista recentes casos de danos ambientais em Mariana e Brumadinho, ambos no estado de Minas Gerais.

A título de conclusão, afirma-se que, sob esse aspecto, a Instrução Normativa trouxe efeitos positivos, obedecendo à legalidade, transparência e impessoalidade da Administração Pública, bem como possibilitando uma prestação de serviços ao setor privado com maior eficiência – o que ainda deverá ser avaliado conforme os estabelecimentos de ACTs e sua aplicação em delegações ainda a serem concedidas.

Porém, ainda fica neste trabalho, não respondida uma pergunta – seria essa delegação ofensiva ao princípio da precaução estabelecido pelo Direito Ambiental na proteção ao meio ambiente? Com um caráter introdutório e explicativo acerca do significado desta instrução normativa, é necessário aprofundar os estudos para compreender suas consequências – mesmo que teóricas – no Direito Ambiental brasileiro.

1) As premissas legislativas: o mandamento constitucional e a LC 140/2011

A Instrução Normativa n° 8 de 20 de fevereiro de 2019, foi elaborada a partir da necessidade de regulamentação de dispositivos legais advindos do art. 23 da Constituição Federal. Seu objetivo é de estabelecer os parâmetros a serem seguidos para que possa ser realizada a delegação de licenciamento ambiental prevista pela Lei Complementar n° 140/2011.

O licenciamento ambiental, conforme ensinamento de Fiorillo (2015, p. 243) é “o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de *licença ambiental* (...) esta é uma das fases do procedimento” – tal licença é concedida em três etapas: a prévia, a de instalação e de operação.

A Lei Complementar 140/2011 dispõe sobre a possibilidade da União delegar suas atividades de competência originária a órgãos estaduais e municipais, intitulados OEMMAs (Órgãos Estaduais do Meio Ambiente) e OMMAs (Órgãos Municipais do Meio Ambiente). A delegação é parte da descentralização administrativa, sendo conceituada por Perez e Forgiarini (2016, p. 296) como:

... o processo de delegação de poderes e competências, antes centralizados na figura do próprio Estado, a entidades autônomas públicas ou privadas, não hierarquicamente subordinadas e, portanto, dotadas de liberdade suficiente para agir e encontrar as suas próprias soluções e alternativas às demandas diversas, de maneira mais articulada e ágil.

Para compreender a logística de competências envolvidas é preciso partir do texto constitucional. A previsão deste sobre a competência comum dos órgãos federativos, no artigo 23, VI, conforme abaixo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Vê-se, portanto que, embora desde 1988 a competência para proteger o meio ambiente fosse comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, apenas em 2006 pugnou-se pela necessidade de estabelecer uma lei complementar para normatizar como se daria uma cooperação entre eles.

Até 2006, portanto, não havia nem ao mesmo uma perspectiva de atuação em conjunto – a competência comum apenas previa que todos entes federativos poderiam estabelecer normas e formas de realizar a proteção ambiental segundo seus próprios interesses específicos, sem obrigatoriedade de se buscar nem ao menos os mesmos objetivos.

A lei 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, sendo que em seus artigos 1º e 2º, instituiu o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), tendo principalmente como “objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia a vida...” (BRASIL, 1981).

Narra os órgãos e entidades que constituirão o SISNAMA:

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (BRASIL, 1981).

O CONAMA (Conselho Nacional de Meio Ambiente) regulamentou o licenciamento ambiental previsto na lei 6.938/1981, através da Resolução nº 237/1997 a qual elucida a definição de licenciamento em seu artigo 1º, incisos I e II:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (CONAMA, 1997)

O artigo 3º da Resolução 237/1997 do CONAMA dispõe sobre a exigência de criação de EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e RIMA (Relatório De Impacto no Meio Ambiente) para que seja concedido licença ambiental a empreendimentos e atividades que sejam potencialmente lesivas ao meio ambiente, conforme narra:

Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa

degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único. O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, definirá os estudos ambientais pertinentes ao respectivo processo de licenciamento.

Os estudos e relatórios que devem ser feitos para concessão de licença ambiental para empreendimentos que tenham atividade com grande potencial lesivo, costumam ser realizados por órgãos executores municipais e estaduais, integrantes do SISNAMA e IBAMA, onde a fiscalização deste dependia do IBAMA.

Dessa forma, a resolução do CONAMA n° 237/1997, artigo 4°, em conformidade com o artigo 10° da lei 6.938/81 e incisos antes da alteração, diz: “o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional” é de competência do IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis). É o texto dos parágrafos do art. 4°:

§ 1° O IBAMA fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Estados e Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

§ 2° O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

Neste formato o licenciamento ambiental era um procedimento administrativo extremamente moroso, pois é necessário não apenas vários exames técnicos, mas que estes exames sejam feitos e ratificados por ór-

gãos ambientais de Estados e Municípios em que o empreendimento estava localizado, dependendo assim de pareceres de diversos órgãos para sua concessão. Não é apenas a diversidade de órgãos e pareceres necessários que torna o processo ainda mais lento: a falta de critério para quais empreendimentos ele é necessário também colabora para tornar o licenciamento ainda mais lento:

O modelo convencional de licenciamento ambiental trifásico com EIA/Rima demanda um rito procedimental mais longo e com maiores exigências de estudos e documentos, quando comparado a modelos de licenciamento que exigem, por exemplo, uma única licença de operação. Esse modelo convencional, com origem nas Resoluções CONAMA 01/1986 e 237/1997, foi mais claramente pensado para o licenciamento de empreendimentos com grande potencial de impacto ambiental. Todavia, por motivos diversos, como, por exemplo, a falta de normatização de parâmetros relacionados à vulnerabilidade do meio, de porte e potencial poluidor, este modelo foi sendo aplicado a diversos tipos de empreendimentos, inclusive àqueles com pequeno potencial de impacto. (OLIVEIRA *et al*, 2016, p. 465)

Após várias dificuldades enfrentadas não apenas pelos empreendedores que visavam obter licenciamento, mas pelos próprios gestores públicos, que encontravam em outros entes da federação entraves a obras consideradas essenciais para sua localidade, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 23 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 53, o qual previa – como já dito anteriormente – a necessidade de regulamentar uma cooperação interna à própria Administração Pública, de foma a atingir o melhor resultado possível para a coletividade.

Com este fim, foi promulgada a Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Ela objetiva, portanto, acelerar o processo de licenciamento ambiental dos entes federativos, trazendo mais efetividade e transparência, e, embora traga em seu corpo a competência legal para atuar e licenciar de cada ente federativo, elencou a possibilidade de delegação de atribuições de licenciamento ambiental, fiscalização e autuação destes, estabelecendo a possibilidade de

delegar tais atividades por meio de acordos de cooperação, também conhecidos como ACTs.

O Acordo de Cooperação Técnica surge como instrumento da Administração Pública para estabelecer uma mútua cooperação técnica entre entes da própria Administração ou entre esta e ente privado sem fins lucrativos para executar programas de trabalho; projeto, atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes. O ACT pactuado entre o IBAMA e o OMMA ou OEMA, então seria uma delegação para execução de parte ou todo processo de licenciamento, prévia e livremente estabelecido, desde que se respeitem os pressupostos previstos na Instrução Normativa que o regulamenta.

Ou seja, dispôs sobre a possibilidade de um único órgão competente, conceder licenciamento de atividades e empreendimentos potencialmente lesivos, que é de competência originária da União, fiscalizar e lavrar auto de infração correlatos à atividade ou empreendimento licenciado, através da delegação de suas atividades.

Assim, pela LC 140/2011, pode um OMMA ou OEMA (mediante acordo de cooperação prévio), realizar o licenciamento, a fiscalização e a autuação de empresas ou empreendimentos que possuam atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. Deste modo podendo ser feito e realizado inclusive por município que passa a ser responsável por sua homologação (RESOLUÇÃO N° 237/97; IN N° 08/2019).

A Instrução Normativa n° 08 de 20 de fevereiro de 2019 (IN08) foi criada com o objetivo de regulamentar a LC 140/2011, normatizando as formas e procedimentos que devem ser realizados para que seja feita a delegação da execução de ações administrativas do licenciamento ambiental federal aos órgãos estaduais e municipais, conforme artigo 5° da referida lei. Diz a Instrução Normativa em seu artigo 2°:

Art. 2° São passíveis de delegação, mediante avaliação de oportunidade e conveniência e ato específico da Administração, os processos de licenciamento ambiental cuja competência originária seja federal.

§ 1° É possível a delegação do licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades que afetem mais de um estado a ape-

nas um OEMA, ou OMMA ainda que não haja manifestação dos demais estados.

As delegações de execução de ações administrativas de licenciamento ambiental federal que antes da criação da normativa poderiam ser feitas através de convênios com base na resolução n° 237/1997, passam a ser realizadas através de ACTs. Dispõe o artigo 3° e parágrafos da presente instrução:

Art. 3° A delegação de competência será formalizada por meio de Acordo de Cooperação Técnica - ACT, instrumento jurídico formal a ser firmado entre o Ibama e o OEMA ou OMMA, no qual devem ser especificados o empreendimento ou atividade cujo licenciamento será delegado, o prazo de vigência da delegação, bem como o regramento das relações institucionais e administrativas entre os entes partícipes, seguido-se o modelo do Anexo I desta Instrução Normativa.

§ 1° O prazo de vigência dos ACTs será de 5 (cinco) até 10 (dez) anos, contados a partir da data da sua publicação no Diário Oficial da União, podendo ser prorrogado mediante lavratura de Termo Aditivo, com a devida justificativa, sem modificação do objeto.

§ 2° No caso dos estados e municípios que possuam órgãos executores do licenciamento ambiental, a titularidade do ACT deverá ser firmada com o órgão executor.

O processo de delegação será realizado mediante análise, sendo que de acordo com o artigo 5° da LC 140/2011, deve atender principalmente os requisitos mínimos de capacidade técnica e de existência ativa no Conselho de Meio Ambiente.

De acordo ainda com o artigo 5° da presente instrução os “acordos de cooperação firmados com o IBAMA para a delegação de licenciamento ambiental de competência federal não ensejam previsão de transferência de recursos financeiros entre os entes partícipes”.

Verifica-se que o município ou estado delegatário deverá atuar com recursos próprios sem qualquer incentivo federal para a realização de licenciamento ambiental de competência federal. O artigo 6° da ins-

trução normativa, dispõe sobre as partes legítimas para propor ato de delegação ambiental de competência federal, conforme incisos:

- I – o Ibama, por competência originária;
- II – o OEMA, OMMA, ou órgão executor do licenciamento ambiental diretamente interessado; ou
- III – o responsável pelo empreendimento ou atividade objeto de licenciamento, devidamente identificado na Ficha de Caracterização da Atividade – FCA, cadastrada no Sistema de Informações Geográficas Ambientais – SIGA.

Logo, é possível perceber que a delegação de ações administrativas de licenciamento ambiental de competência federal é passível de convenção, ou seja, é através dos ACTs que se dá esta convenção, não basta apenas o interesse da União em delegar, os estados e municípios devem demonstrar interesse em convencionar o acordo, bem como possuir os requisitos mínimos estabelecidos pela IN08 para que seja firmado o acordo. O artigo 7º estabelece quais são esses requisitos, conforme:

Art. 7º São requisitos mínimos para o início da análise de delegação de licenciamento ambiental de competência federal:

I – para empreendimentos ou atividades sem processo de licenciamento instaurado no Ibama:

- a) preenchimento da FCA pelo responsável pelo empreendimento e/ou atividade, disponível no portal de serviços do Ibama, com informações que permitam aferir o grau de impacto ambiental e a competência federal originária para o licenciamento ambiental;
- b) instauração do processo administrativo pelo Ibama, após recebimento da FCA;
- c) manifestação do Ibama ou do OMMA ou OMMA acerca do interesse na delegação, conforme modelo contido no Anexo II desta Instrução Normativa.

II – para empreendimentos e/ou atividades com processo de licenciamento em curso no Ibama:

a) FCA preenchida;

b) manifestação do Ibama ou do OMMA ou OMMA acerca do interesse na delegação, conforme modelo contido no Anexo II desta Instrução Normativa.

§ 1º Para processos enquadrados no Inciso I, havendo prévia manifestação de interesse de delegação exarada por parte de OEMA ou de OMMA, esta deverá compor o processo em sua origem.

§ 2º O responsável pelo empreendimento ou atividade deverá ser formalmente comunicado quanto ao início da análise de delegação, quando este não for o proponente inicial do ato delegatário de licenciamento ambiental.

O procedimento para realização do ACT entre os entes interessados continua conforme preceituado no artigo 10, o qual dispõe:

Art. 10º A partir das manifestações das áreas técnicas e do SERAD, a Dilic, subsidiada, quando necessário pela Coordenação-Geral responsável pela tipologia, se manifestará quanto à conveniência e oportunidade de efetivação da delegação de competência do licenciamento ambiental.

§ 1º Após manifestação positiva, o SERAD encaminhará Ofício ao OEMA ou OMMA solicitando os seguintes documentos:

I - declaração de atendimento aos requisitos de capacidade técnica e de existência ativa do Conselho de Meio Ambiente, conforme disposto no artigo 5º da Lei Complementar nº 140/2011;

II - Cópias da Carteira de Identidade, do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e do Termo de Posse do Secretário de Meio Ambiente Estadual ou Municipal;

III - Cópia do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ;

IV - requerimento de habilitação do sistema de processo eletrônico, visando assinatura digital do ACT e por meio do qual o ente acessará as cópias do processo de licenciamento em sua íntegra e dos estudos técnicos correlacionados.

§ 2º De posse das informações mencionadas no § 1º é feita a elaboração de Minuta de ACT, adotando-se o modelo constante no Anexo I desta Instrução Normativa, sem prejuízo de outras condições e informações entendidas como necessárias conforme as especificidades de cada empreendimento ou atividade.

§ 3º Caso haja manifestação desfavorável ao ato delegatário por parte da Diretoria de Licenciamento ou ente destinatário da delegação não atenda aos requisitos legais exigidos, a análise será concluída pelo Serad e o processo de licenciamento retornará à Coordenação ou Divisão de Área no âmbito da Dilic para condução administrativa em caráter ordinário.

Sendo assim o IBAMA dará sua decisão final quanto a celebração de ACTs com OMMA ou OEMA, a partir das manifestações técnico-jurídicas favoráveis a delegação de competência de licenciamento ambiental (art. 12, da IN n° 8/2019).

Após decisão final do IBAMA, a assinatura do acordo deverá ser feita por meio de processo eletrônico interno ao órgão no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de expiração do prazo e posterior cancelamento do ACT, como narra o art. 13 da presente instrução. Este processo será acompanhado pelo SERAD (Serviço de Regularização Ambiental), que é responsável, segundo o art. 14 também pela supervisão e auditamento do ACT.

A mesma normativa traz em seu corpo, medidas corretivas da interrupção e término da delegação, sendo assegurada a prerrogativa do IBAMA, de retomar a qualquer tempo a execução de licenciamento ambiental de empreendimento ou atividade delegada a OMMA ou OEMA (art.17, IN08).

O artigo 21º dessa instrução normativa ainda traz a luz as motivações que incidiriam em rescisão do acordo de cooperação, o qual compete à presidência do IBAMA, dispondo as seguintes situações:

Art. 21 A Rescisão do Acordo compete à Presidência do Ibama e poderá ser aplicada nas seguintes situações:

I - descumprimento de quaisquer cláusulas do ACT;

II - constatação de graves irregularidades e/ou omissões cometidas pelo partícipe delegatário;

III - denúncia por interesse de uma das partes;

IV - não entendimento entre as partes na Sessão de Conciliação;

V - por conveniência e oportunidade.

§ 1º A decisão da Presidência do Ibama quanto à Rescisão do ACT deve ser subsidiada por manifestação embasada por fundamentação técnica, devendo o Serad instruir o processo originário, por meio de Nota Técnica que demonstre o estado da arte do cumprimento do ACT, e encaminhá-lo às instâncias superiores para tomada de decisão da Dilic.

§ 2º No caso de Rescisão do ACT, deverá ser constituído, assinado e publicado, de modo unilateral, um Termo de Encerramento, respeitando-se o modelo do Anexo VII, observadas a paridade da competência e das formas da constituição do ato administrativo.

§ 4º A publicação do Termo de Encerramento deverá ser efetuada pelo Ibama no Diário Oficial da União e cópia deverá ser encaminhada ao outro partícipe do ACT. (IBAMA, 2019)

2) A constitucionalidade formal da IN08

Diante do arguido anteriormente a normativa aparenta se mostrar constitucional, tendo em vista que regulamenta a LC 140/2011, e com fulcro nos artigos 23, incisos VI e VII, visando proteger a fauna e a flora.

Vale ressaltar que, conforme prevê o art. 225 da CF, todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, onde é imposto ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Ainda, frente a exposição da norma a LC 140/2011 traz em seu artigo 5º que o ente federativo somente poderá delegar execuções de ações administrativas a órgão ambiental capacitado, conforme definição abaixo:

Artigo 5º. O ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas nesta Lei Complementar, desde que o ente destinatário da delegação disponha de

órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.

Parágrafo único. Considera-se órgão ambiental capacitado, para os efeitos do disposto no *caput*, aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas. (BRASIL, 2011)

Logo, para que seja firmado o convênio basta que o OMMA ou OEMA, possua corpo técnico capacitado, e que o processo de delegação seja instaurado seguindo as diretrizes da presente norma para que seja efetivo e firmado a ACT, porém, nem a LC 140/2011 ou a presente normativa disciplina a estrutura técnica mínima. Nota-se o intuito de viabilizar e principalmente simplificar os processos de licenciamento ambiental, tornando os OMMA e OEMA competente para fazê-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aparente conflito entre a proteção ao meio ambiente (seja ele natural, cultural ou mesmo genético) e o desenvolvimento econômico não se soluciona de maneira fácil. É necessário que o legislador – bem como o jurista, numa análise *a posteriori* – seja capaz de se debruçar sobre as consequências das normas e regulamentações para estabelecer qual o melhor caminho a se seguir.

A busca por uma forma de efetivar o licenciamento ambiental, ao mesmo tempo que o torna mais transparente, é constante. A Emenda Constitucional nº 53/2006 e a Lei Complementar 140/2011 foram passos importantes nesta direção – afinal de contas, exigir uma estrutura tão complexa da União para fiscalizar a diversidade de construções nos mais variados recantos do país, cada um com suas especificidades, fauna, flora, cultura, economia, solo, entre outros, é inviável.

Regionalizar o licenciamento por meio da delegação de partes de fiscalização e concessão é uma medida importante para combater a ineficácia – ou a demora nestes procedimentos. O princípio da efetividade da Administração Pública tem um forte papel. Neste ponto, a IN08 se encaixa perfeitamente neste sistema de cooperação entre os entes da federação.

Os seus pressupostos satisfazem a impessoalidade, a legalidade e inclusive o princípio da prevenção, estabelecendo as formalidades e os requisitos mínimos para que a delegação seja realizada, estabelecendo a necessidade de fiscalização não apenas do empreendimento a ser licenciado, mas do próprio acordo de delegação entre os órgãos da Administração Pública. Neste ponto, há de se considerar que a IN08 satisfaz a problemática levantada neste trabalho.

Porém há de se ver que, se de um lado a IN08 vem resolver um problema prático (a demora e falta de fiscalização dos licenciamentos ambientais), ela reforça (ao menos) um outro problema a ser enfrentado pelo administrador.

Se, num órgão federal, centralizado e forte, as pressões empresariais tem um peso a ser considerado no momento da concessão de licença – diversos casos mostram isso – tal situação (e pressão) se agrava quando os titulares deste poder são órgãos estaduais e municipais. É importante refletir qual a ingerência dos titulares do poder de decisão político – prefeitos e governadores – no trabalho dos órgãos municipais e estaduais a realizarem tais procedimentos. Mais ainda, é importante verificar o quanto grandes empreendimentos podem tornar municípios reféns de concessões que não deveriam ocorrer.

Se nos últimos anos viu-se o poder de grandes empreendimentos minneradores no estado de Minas Gerais ao paralisarem-se as atividades em dois municípios após desastres ambientais que seriam evitados com uma fiscalização efetiva, como fica a situação quando o município – já dependente e vítima do empreendimento – é quem tem o poder de veto desta atividade? Seria possível exigir do Município que vetasse aquela que é a principal fonte de renda não apenas do Poder Público, mas dos seus cidadãos?

Mais ainda: permitir a criação desta situação, mesmo que futura e incerta vai ao encontro do princípio da precaução? É necessário que se estude mais claramente esta outra problemática, sob o prisma da precaução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22/03/2019.

BRASIL. LEI COMPLEMENTAR N° 140, DE 8 de dezembro de 2011.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em 22/03/2019.

BRASIL. LEI 6.938, DE 31 de outubro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938compilada.htm>. Acesso em 22/03/2019.

CONAMA. RESOLUÇÃO N° 237, DE 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em 22/03/2019.

IBAMA. INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 08, DE 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia//asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65393173>. Acesso em 23/03/2019.

FIORILLO, Celso A P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Francysmary S D *et al.* Licenciamento ambiental simplificado na região sudeste brasileira: conceitos, procedimentos e implicações. **Desenvolvimento e meio ambiente**, Curitiba, v. 38, p. 461-479, ago 2016.

PEREZ, Reginaldo T; FORGIARINI, Giorgio. A administração pública no Brasil moderno: os modelos burocrático e gerencial. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 37, n° 1, p. 283-304, jun 2016.

A INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS PENAS NOS PROCESSOS DE CRIMES AMBIENTAIS E A VIOLAÇÃO SISTEMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DOS CASOS DE MARIANA E BRUMADINHO-MINAS GERAIS.

Kamila Batista Prates

INTRODUÇÃO

A violação dos direitos humanos no Brasil é a estratégia mais barata para empresas que só querem lucrar. Isso parece chocante e inaceitável para os tempos atuais, mas infelizmente é real. O modelo econômico dessas empresas para manter-se competitivas e maximizar seus lucros, desenvolvem suas atividades visando atender às necessidades imediatas. Essas atividades, geralmente, são realizadas sem se preocupar com o impacto sobre o meio ambiente, ocorrem de forma lesiva, revelando incalculáveis elementos nocivos ao meio ambiente, e a vida humana.

Diante à importância desse tema, Direitos Humanos e meio ambiente, e a mais recente tragédia ocorrida pelo rompimento da barragem do Feijão em Brumadinho-MG, o presente trabalho propõe um estudo que visa demonstrar a correlação existente diretamente relacionada entre a frouxidão da justiça na aplicação das penas dos crimes ambientais, a legislação obsoleta que possibilita todo tipo de malabarismos jurídicos,

a lentidão e o descaso do judiciário ao não reconhecer os direitos dos atingidos por barragens e as atitudes de empresas como a mineradora Samarco/Vale/BHP Billiton que optam pela cultura do mais barato, em detrimento de centenas de vidas humanas, porque sabem que sairão impunes de seus crimes.

Vale ressaltar, que esse trabalho não se debruçará aos acontecimentos em si, mas aos acontecimentos posteriores aos crimes.

Para alcançar esse objetivo, investigou-se o andamento das ações propostas contra a Samarco pelo crime de Mariana (2015), três anos depois, praticamente nada aconteceu, ninguém foi preso, a cidade de Bento Rodrigues não foi reconstruída, a multa ambiental não foi paga; Renova-se todos os dias o crime da Samarco, quando os atingidos precisam brigar pela água, quando não conseguem mais tirar o sustento da pesca e da agricultura, quando decisões judiciais adiam os pagamentos de indenizações ou estabelecem valores irrisórios que não conseguem dar reparação necessária equivalente aos seus modos de vida, perdas e sofrimentos.

Além disso, realizou-se um estudo a respeito da forma como a empresa se auto fiscaliza, pois apenas três anos após o maior desastre criminoso ambiental no Brasil, outro maior e mais devastador, principalmente na esfera de perdas humanas, ocorreu em outra Barragem da mesma empresa, na cidade de Brumadinho em 25 de janeiro de 2019, também em Minas Gerais, em seus laudos a empresa a classificou como de “baixo risco” e atestou estabilidade, a barragem que rompeu foi indicada como segura em laudos técnicos aventados pela ré, porém depois se descobriu outros laudos e e-mails que mostravam o contrário, haviam sim riscos de rompimento, demonstrando que a empresa, por seus responsáveis, já havia feito sua escolha e que as poucas penas anteriormente impostas a ela não foram suficientes para que tomasse as providências e precauções necessárias para esse modelo de mineração tão nocivo ao meio ambiente e a vida humana.

Finalmente, no que se refere aos direitos humanos, o trabalho visa demonstrar as principais violações de direitos humanos cometidas pela mineradora ao longo desses anos, conforme aponta o relatório do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), de Denúncias do Ministério Público e da atuação de movimentos sociais com o Movimento dos Atingidos por Barragens(MAB), que lutam todos os dias pela efetivação de direitos tão básicos, como o direito à vida, trazendo ao final

desse artigo ainda a reflexão e a crítica razoável para a mudança de prioridades da sociedade, já que a terra está se manifestando enferma e suas dores refletem diretamente aos seus habitantes, necessitando assim de uma mudança ética profunda e de práticas em todos os sentidos, reafirmando e não permitindo que a humanidade proporcione seu próprio extermínio.

Crimes da Vale

“As vítimas já foram identificadas. Todos aqueles que perderam suas vidas não imaginavam que estavam no caminho da lama e dos rejeitos após rompimento de uma barragem cujos erros técnicos de implementação e manutenção foram conscientemente manipulados para reduzir custos e aumentar dividendos. Sequer foi dada a chance de defesa aos que perderam suas vidas. Não houve aviso. Sequer se pode dizer que havia um plano emergencial, nada além de um esboço para cumprir tabela – e por tabela – a lei. E no decorrer dos anos em que se sucederam inúmeras ações humanas por parte das empresas envolvidas, de seus dirigentes e de seu corpo técnico (todos com ciência do sinistro iminente), referidas ações se limitaram a maquiagem a realidade, buscando ganhar tempo com medidas de intervenção ambiental tecnicamente duvidosas sob o ponto de vista do conhecimento acadêmico mais elementar.” (Trecho retirado da denúncia do Ministério Público Federal)

Segundo a Lei brasileira (Lei nº 9.605 de 1998 – Lei de Crimes Ambientais), **“o Crime Ambiental é qualquer ação prejudicial ou danosa, cometida contra os elementos que formam o ambiente, incluindo nestes a fauna e a flora, os recursos naturais da nação e seu patrimônio cultural”**. Assim, atos prejudiciais ao ambiente configuram crimes passíveis de penalização.

Quando se fala em dano ambiental deve-se ressaltar que o causador do dano deve responder nas esferas civil, administrativa, ambiental e criminal, tendo em vista que a Constituição Federal estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente de culpa ou dolo”. Trata-se de Responsabilidade Objetiva

que é a obrigação de reparar os danos causados, ou seja, basta que estejam presentes o dano e o nexo causal.

Conforme foi possível verificar no conteúdo da Denúncia do Ministério Público Federal contra a mineradora Ré, foram cometidos diversos crimes de ordem ambiental, administrativo, civil e criminal, crimes que estão previstos na legislação ambiental, tais como: Crime de poluição qualificado; Crimes contra a fauna; Crimes contra a flora; Crimes contra a administração ambiental; Da elaboração e apresentação da declaração de estabilidade falsa ou enganosa; Da omissão de informação no Relatório Anual de Lavra – RAL – e nos Planos de Aproveitamento Econômico – PAE.

Também crimes previstos no Código Penal Brasileiro como o crime de inundação; Crime de desabamento/desmoroamento; Crimes de homicídios com qualificadoras dos homicídios que impossibilitou e dificultou de defesa das vítimas: a inoperância do Plano de Ação Emergencial; qualificadora por motivo torpe pois foi constatação que, mesmo absolutamente conscientes, desde a época do licenciamento do empreendimento, de todos os riscos envolvidos na construção e operação da barragem de Fundão, os denunciados optaram por uma política empresarial de priorização de resultados econômicos em detrimento de práticas de segurança para o meio ambiente e para as pessoas potencialmente afetadas, assumindo todos os riscos da causação das mortes; Da qualificadora por emprego de meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum e crimes de lesão corporal.

Apresentamos apenas uma síntese dos danos humanos e ambientais conforme relatório do Conselho Nacional dos Direitos Humanos: Destruição de habitat e extermínio da ictiofauna em extensão dos rios atingidos; Contaminação da água dos rios atingidos com lama de rejeitos de minério; Suspensão das captações de água para atividades econômicas, propriedades rurais e pequenas comunidades; Assoreamento do leito dos rios e dos reservatórios das barragens de geração de energia; Soterramento das lagoas e nascentes adjacentes ao leito dos rios; Destruição da vegetação ripária e aquática; Interrupção da conexão com tributários e lagoas marginais; Alteração do fluxo hídrico; Destruição de áreas de reprodução de peixes; Destruição das áreas “berçários” de reposição da ictiofauna (áreas de alimentação de larvas e juvenis); Alteração e empobrecimento da ca-

deia trófica em toda a extensão do dano; Interrupção do fluxo gênico de espécies entre corpos d'água; Perda de espécies com especificidade de habitat (corredeiras, locais, poços, remansos; Mortandade de espécimes em toda a cadeia trófica; Piora no estado de conservação de espécies já listadas como ameaçadas e ingresso de novas espécies no rol de ameaçadas; Comprometimento da estrutura e função dos ecossistemas aquáticos e terrestres associados; Comprometimento do estoque pesqueiro, impacto sobre a pesca. Esses são apenas os danos já constatados de imediato.

Finalmente, e sendo um dos fatos mais lamentáveis que ocorreram, foram as mortes de cerca de 328 pessoas incluindo os desaparecidos, que são eles trabalhadores da Samarco/Vale, moradores do subdistrito de Bento Rodrigues, em Mariana e moradores de Brumadinho-MG.

Além do direito à vida que foi abruptamente retirado dessas pessoas e trabalhadores, as violações se seguem nos aspectos humanos sendo essas: Impacto no modo de vida e nos valores étnicos e culturais de povos indígenas e populações tradicionais; Direito a informação e a participação; direito a liberdade de reunião de expressão e associação; direito ao trabalho e a um padrão digno de vida; direito à moradia adequada; direito à educação; direito a um ambiente saudável e à saúde; direito à melhoria contínua das condições de vida; direito à plena reparação das perdas; Direito à justa negociação, tratamento isonômico conforme critérios transparentes e coletivamente acordados; direito de ir e vir; direito às práticas e modos de vidas tradicionais, assim como ao acesso e preservação de bens culturais, materiais e imateriais; direito de grupos vulneráveis à proteção especial; direito de acesso à justiça e a razoável duração do processo judicial; direito à reparação por perdas passadas; direito de proteção à família e a laços de solidariedade social e comunitária.

A Samarco e suas controladoras – a Vale e a BHP Billiton – tratam os rompimentos como acidentes. O Ministério Público e toda a sociedade, como crime. Em meio à disputa judicial, muito pouco foi feito para reparar as perdas das vítimas e o estrago ao meio ambiente que jamais poderão ser compensados.

É forçoso lembrar que três anos e dois meses depois que ocorreu o maior desastre socioambiental da história do Brasil ocasionado pelo rompimento da barragem de Fundão, no distrito de Bento Rodrigues, em Mariana/MG, veio ocorrer outro ainda maior na cidade de Brumadinho/

MG, deixando 217 mortos identificados e 87 desaparecidos, centenas de pessoas que tiveram que sair de suas casas, familiares que perderam seus entes e que jamais darão um enterro digno, toda uma comunidade dissolvida, além de toda a destruição, morte da flora e fauna e rios.

A exposição a perigo da vida e da integridade física de trabalhadores e de moradores de localidades atingidas pela onda de rejeitos foi documentada à exaustão durante a investigação. No dia dos crimes, funcionários da Samarco/Vale e terceirizados realizavam operações diversas na barragem de Fundão, quando foram surpreendidos pelo rompimento de parte da estrutura frontal, sucedido pelo colapso total do reservatório. Alguns funcionários e terceirizados que trabalhavam nas imediações da barragem conseguiram escapar a tempo, enquanto outros não tiveram essa oportunidade. Em Bento Rodrigues a inundação causou o desabamento de vários imóveis residenciais, comerciais, igrejas, pontes e prédios públicos, deixando mais de trezentas famílias desabrigadas, além de vítimas fatais. Na corrida pela vida, a grande maioria dos moradores dessas comunidades não teve tempo de salvar quaisquer pertences, sendo obrigados a fugirem para terrenos mais altos na região, onde não pudessem ser soterrados pela lama. Além das mortes, no Município de Mariana foram constatadas seis pessoas feridas e duzentos e vinte e cinco enfermos, em razão do desastre e outros duzentos e cinquenta feridos e cinquenta e cinco enfermos. Já em Brumadinho, duzentos e quatorze mortos foram identificados e 87 pessoas desaparecidas. A avalanche de lama ainda deixou cerca de 80 pessoas desabrigadas. O Rio Paraopeba foi contaminado e produtores rurais da região perderam tudo.

Responsabilidade terceirizada

A Fundação Renova, (fruto de um Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, assinado pela Samarco, governo federal e por dois estados afetados, que deveria ser responsável por reparar os danos de Mariana), recebe centenas de denúncias da população que afirma que a instituição “empurra” os problemas sem previsão de reparação real na vida dessas famílias, as casas não foram construídas, milhares pessoas que tiveram suas vidas e condições de trabalhos alterados, não são reconhecidos como atingidos como por exemplo a comunidade que vivia da pesca artesanal

que teve seus rios contaminados pela lama tóxica que vazou da barragem da Samarco. A Fundação Renova viola seriamente, direitos humanos, não reconhece diversas pessoas que foram atingidas, sendo a ela dada o poder de escolher quem é e quem não é atingido, paga irrisórias indenizações, pede sigilo dos valores, e é ineficiente nas obras; Existe como uma forma de impedir e silenciar a participação dos atingidos. A mineradora terceiriza sua responsabilidade e só cresce as denúncias contra essa instituição que deveria reparar, amenizando o grande mal cometido àquela população.

A Vale em todos seus desdobramentos, viola os direitos Humanos dos moradores daquela região, e tira o direito a um meio ambiente saudável de toda uma nação, pois os rios e as matas destruídas pelo seu mar de lama e minério jamais poderão ser recuperados ao que era antes.

A mineradora retira das montanhas seu minério de ferro para exportar cada vez mais, o seu lucro só cresce, em 2018 aumentou cerca de 25% somando R\$ 25,6 bilhões em lucros, ou seja, mesmo após o ocorrido em Mariana a empresa só continuou a crescer.

Em contrapartida, dos autos do primeiro crime em Mariana que totalizam cerca R\$ 350,7 milhões em multas, não foram pagas nem 7%, mesmo bem facilitados em parcelas a perder de vista, é claro que a mineradora recorreu de todas as multas, buscando afastar sua responsabilidade pelo desastre, muitos dos processos foram suspensos, anulados, o que só atrasa a recuperação do todo afetado. O processo ainda se encontra em andamento, estando no momento na oitava de testemunhas.

Já no segundo crime em Brumadinho, o Ministério Público do Trabalho determinou o bloqueio de R\$ 1,6 bilhão para assegurar as indenizações aos empregados diretos e terceirizados que trabalhavam na mina do Córrego do Feijão para pagar despesas de auxílio mensal, funeral etc... Cerca R\$ 99 milhões também já foram aplicadas em multa pela Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de Minas Gerais e outra multa de R\$ 250 milhões imposta pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

Mas o que realmente será pago para que haja alguma reparação? Segundo o relatório do Tribunal de Contas da União (TCU/2017), das multas ambientais aplicadas no Brasil, só 5% são pagas. Além do tempo que se demora para alcançar algum pagamento, pois caso esses processos que trata das multas impostas pelo IBAMA, por exemplo, fiquem parados

por mais de três anos, seja por pendências de julgamento ou de despacho, o que é regra, já que o judiciário se encontra cada vez mais sobrecarregado, eles são considerados prescritos. Uma ineficácia estrutural nessas aplicações e cobranças é a regra no país, provavelmente, como foi em Mariana Também será em Brumadinho, e a mineradora Vale e suas variações não serão punidas e postergarão ao máximo, usando de todos os muitos recursos possíveis para afastar de si a responsabilidade de toda a reparação.

Parece um discurso alarmista e sensacionalista, mas não o é. O Brasil, já conhecido por assassinar seus ambientalistas militantes, entra agora em uma fase ainda mais obscura para os Direitos Humanos e para o meio ambiente, pois o atual Governo já se posicionou diversas vezes, na figura do presidente, contra esses direitos, condicionando os defensores dos direitos humanos como defensores de bandidos, vagabundos e aproveitadores; outras vezes, também se posicionou contra o Ibama, que é responsável por fiscalizar e penalizar empresas como a Vale, sinalizando que fará que os licenciamentos sejam mais fáceis de serem obtidos, dizendo ainda que é uma fábrica de multas e burocracias e que impedem o desenvolvimento do país.

É evidente que se surgiu uma indústria de EIA-RIMAs, ou seja, licenças pré-fabricadas apenas e tão somente para atender às exigências legais mínimas. A cada dia surgem novos questionamentos sobre a veracidade destes estudos, pois não servem para evitar e prevenir desastres criminosos. Este governo não consegue sequer compreender que o processo de licenciamento ambiental é “ligeiramente” diferente da concessão de um mero alvará e por isso não suporta a ideia de que as licenças não sejam concedidas automaticamente, como se fossem meros detalhes burocráticos.

Se dependesse do voluntarismo governamental, teríamos ampla e irrestrita concessão de licenças ambientais para quaisquer atividades, sem qualquer consideração para com as questões socioambientais.

Conclusão

Dos pontos analisados, no que se refere as aplicações das penas dos crimes cometidos pela mineradora Vale foi constatado que elas são basicamente ineficazes, seja pela sua irrisóriedade em comparação ao lucro e capital dessas empresas, seja pelos muitos recursos usados pelas empresas

para postergar e afastar sua responsabilidade, seja pela reincidência dos crimes cometidos. O que é muito sério, pois a ineficácia dessas leis não só viola direitos humanos das pessoas diretamente envolvidas, mas manda a conta da tragédia para toda uma geração que ainda está por vir, pois essa conta começará a ser paga quando todo o minério for extraído e quando os rios não servirem mais para os peixes viverem nem para abastecer as grandes cidades, pois estão contaminado demais com metais pesados, prejudicando a vida e a saúde de toda a população. A pena é imposta àqueles que não ganham nada com a mineração, a todos os animais juntamente com seus donos que foram soterrados em lama; A pena recai sobre toda a floresta preservada que agora se tornou um mar de lama e decomposição, esses são prejuízos incalculáveis e irrecuperáveis.

A conclusão é que se não houver uma mudança de postura da população e de seus governos no que se refere aos direitos humanos e ao meio ambiente, de entender que ao violar o meio ambiente viola-se a existência da humanidade, a pena imposta pelo próprio planeta aos seus habitantes será a mais rígida e eficaz que já se viu. Essa é a hora limite para a mudança de práticas e explorações que violam toda uma cadeia de existência, é a hora de repensar o desenvolvimento desenfreado a todo custo e analisar melhor as consequências.

Ressalta-se ainda que os Direitos Humanos mesmo estando presente em constituições e tratados internacionais não são direitos garantidos, é preciso lutar todos os dias para se ter esse direito protegido, é preciso lutar todos os dias contra aqueles que por ignorância ou por maldade, não entendem que o direito ao meio ambiente e aos direitos humanos não é só para um ou para outro indivíduo.

Não se deslumbra um futuro propício para as futuras gerações, nem ao que se refere aos direitos humanos e nem ao meio ambiente, se não se fizer efetivos esses direitos, se não houver uma mudança radical de discursos destrutivos para efetiva educação e informação sobre a relação dos seres vivos e o meio ambiente. Enquanto todos colocarem o lucro e a ganancia acima de tudo, o que virá será só lama e destruição. Não é preciso olhar tão a frente para poder enxergar a aniquilação iminente dos rios, fauna, flora e do próprio ser humano.

Que seja esse trabalho mais uma denúncia sobre as violações de direitos humanos na implantação de barragens e que esteja claro que a pre-

cariedade e insuficiência dos estudos ambientais realizados pelos governos federal e estaduais, retiraram direitos fundamentais de toda uma população e de gerações que ainda estão por vir.

Bibliografia

Sites:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROCURADORIA DA REPÚBLICA NOS ESTADOS DE MINAS GERAIS E ESPÍRITO SANTO - FORÇA TAREFA RIO DOCE IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04.- file:///C:/Users/Win-10/Downloads/Denuncia_compilada_final.pdf

Relatório CNDH Brumadinho- Brasília/DF.2018 .Site: <http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh>

<https://www.mabnacional.org.br/>

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-01/samarco-pagou-menos-de-7-das-multas-ambientais-apos-mariana>

<https://aosfatos.org/noticias/por-que-o-ibama-arrecada-so-5-das-multas-ambientais-que-aplica/>

OS PROJETOS DE REDUÇÃO DE EMISSÕES POR DESMATAMENTO E DEGRADAÇÃO INCLUINDO CONSERVAÇÃO, AUMENTO DOS ESTOQUES DE CARBONO E MANEJO SUSTENTÁVEL DE FLORESTAS (REDD+) DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)

Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

1 INTRODUÇÃO

Com a intenção de combater o aquecimento global, as Nações Unidas em 1992, adotaram a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC), objetivando alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera, além de tentar diminuir a interferência do homem no meio ambiente (FRANGETO; GAZANI, 2002, p. 24).

Considerado o primeiro acordo formal a reconhecer os efeitos das mudanças climáticas e suas causas antrópicas, a Convenção do Clima estabeleceu uma estrutura para a discussão e definição de estratégias acerca da problemática, reconhecendo ser uma preocupação comum da humanidade.

Sobre o tema, Machado (2015, p. 628) explica que:

A Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas – ou, brevemente, a Convenção do Clima – visa a indicar as causas antrópicas das mudanças do clima e a possibilidade de os Estados-Partes nelas

inflúem, seja por medidas diretas de restrição de emissões de gases de efeito estufa na atmosfera, seja pelo incremento de medidas de conservação e criação de sumidouros e reservatórios dos citados gases nos ecossistemas terrestres e marinhos.

Portanto, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas –CQNUMC, é criada tendo como principal objetivo a elaboração de mecanismos e instrumentos que promovam um desenvolvimento sustentável (FERENCZY, 2012, p. 58), como o caso de projetos de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Incluindo Conservação, Aumento dos Estoques de Carbono e Manejo Sustentável de Florestas (REDD+).

2 DESENVOLVIMENTO

Conforme definido no artigo 2º da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climática:

O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.

Casara (2011, p. 76) entende o desenvolvimento sustentável como aquele capaz de suprir as necessidades das gerações presentes sem comprometer o atendimento das necessidades das futuras gerações. Visando atingir tal anseio, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas adotou os seguintes princípios:

As Partes devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras da humanidade com base na equidade e em conformidade com suas responsabilidades, porém diferencia-

das e respectivas capacidades;

Devem ser levadas em plena consideração as necessidades específicas e circunstâncias especiais das Partes países em desenvolvimento;

As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos;

As Partes têm o direito ao desenvolvimento sustentável e devem promovê-lo;

As Partes devem cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, que conduza ao crescimento e ao desenvolvimento econômico sustentáveis de todas as Partes, em especial das Partes países em desenvolvimento, possibilitando-lhes, assim, melhor enfrentar os problemas da mudança do clima (ONU, 1992).

Pela Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (artigo 7), foi instituída a Conferência das Partes (COP). Considerada o órgão supremo da Convenção, é composta pelos países signatários, e realiza anualmente uma reunião com as Partes, visando o cumprimento das decisões e de quaisquer outros instrumentos jurídicos decorrentes (CASARA, p. 77).

Além de promover e revisar a implementação da Convenção do Clima, a Conferência das Partes busca também “divulgar achados científicos novos e verificar a efetividade dos programas climáticos nacionais” (LIMIRO, 2012, p. 36).

Ainda de acordo com Limiro (2012, p. 36), apesar de a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas não ter definido inicialmente de forma clara como vai atingir o seu objetivo principal, ela estabelece mecanismos que darão continuidade ao processo de negociação em torno dos instrumentos necessários para que ele seja alcançado.

Importante destacar ainda que existe também a Reunião das Partes – MOP (ou CMP) – *Meeting of the Parties*, que consiste da reunião dos países que assinaram e ratificaram a Convenção do Clima. O CMP supervisiona a implementação dos acordos climáticos e toma decisões para promover sua implementação efetiva. A CMP ou MOP ocorre pa-

ralelamente à COP, com o objetivo de “aumentar a sintonia entre o que é decidido.

Os Mecanismos de Flexibilização foram criados pelo Protocolo de Kyoto para facilitar as Partes integrantes do Anexo I o cumprimento de suas obrigações de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa (GEE). Logo, segundo Lorenzoni Neto (2012, p. 25) “ao invés de reduzirem apenas *in loco* as suas emissões, podem também escolher outras formas de redução dispostas”.

Dentre os mecanismos dispostos estão: o Comércio de Emissões (*Emissions Trading*); a Implementação Conjunta (*Joint Implementation*) e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (*Clean Development Mechanism*).

Por meio de projetos de MDL são gerados créditos, que poderão ser comercializados, pelas Reduções Certificadas de Emissões – RCE (Certified Emission Reduction – CER), que poderão servir como uma forma de cumprimento parcial das metas de redução de emissões de GEE por parte do país investidor (LIMIRO, 2012, p. 50).

É importante frisar que os projetos de conservação florestal que envolvem desmatamento evitado, ou melhor dizendo, projetos de Redução de Emissões Decorrentes do Desmatamento e da Degradação de Florestas (do inglês Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation – REDD) não estão, pelo menos até o presente momento incluídos no MDL. Como foi observado no decorrer do estudo do instrumento de MDL no setor florestal, ele contempla apenas atividades de florestamento e reflorestamento, desconsiderando projetos de conservação e desmatamento evitado. Assim, para o primeiro período de compromisso do Protocolo, por meio da COP-7, ficou definido que apenas seriam elegíveis para projetos de MDL projetos de florestamento e reflorestamento, desconsiderando, portanto, as atividades de conservação de florestas existentes (FERENCZY, 2012, p. 67).

Foi através do Plano de Bali que se reconheceu, entre outros tópicos, a necessidade de adoção de políticas e incentivos positivos para a prática de redução de emissões provenientes do desmatamento e degradação florestal nos países em desenvolvimento, podendo inclusive ser utilizado instrumentos de mercado (FERENCZY, 2012, p. 108).

Para Karousakis (2009, p. 10), o Plano de Ação de Bali possibilitou o incentivo financeiro aos países em desenvolvimento para ações de mitiga-

ção climática ancoradas em projetos de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação florestal (Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation) – REDD.

Ao tecerem considerações sobre o ainda incipiente estágio de desenvolvimento do REDD, Wertz-Kanounnikof e Angelsen (2008, p. 11) afirmam que ele está entre as recentes palavras do vocabulário climático, e que a sigla reflete mais como um objetivo, do que um claro e delimitado conjunto de atividades.

Sobre o conceito de REDD, Karousakis (2009, p. 4) explica:

REDD é um novo mecanismo financeiro que está sendo proposto para o regime pós-2012 de mudanças climáticas sob os auspícios da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC). Um acordo exitoso quanto a um futuro mecanismo de REDD representaria um desenvolvimento substancial e sem precedentes na criação de um mecanismo internacional para ajudar a internalizar os serviços ecossistêmicos florestais relacionados ao carbono e poderia trazer uma contribuição significativa ao desafio das mudanças climáticas (tradução do autor).

Apesar do REDD ser considerado ainda um instrumento em construção, tais projetos “confirmam o perfil desse mecanismo como uma forma de compensação para os países que reduzem as taxas de desmatamento abaixo das linhas de base nacionais históricas” (IRIGARAY, 2011, p. 11).

Por meio da Decisão 2/COP-13, foi determinado também o lançamento da iniciativa das Nações Unidas sobre a Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal em países em Desenvolvimento (*United Nations Collaborative Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation in Developing Countries – UN-REDD Programme*). Criado em 2008, com a colaboração do PNUMA, PNUD e FAO, o UN-REDD, objetiva:

Apoiar tecnicamente e financeiramente países em desenvolvimento, promovendo sua capacitação em termos de aconselhamento na elaboração de suas estratégias nacionais de REDD, apoio no desenvolvimento de métodos e ferramentas de monitoramento, relato e verificação de emissões (FERENCZY, 2012, p. 108).

Em outras palavras, o UN-REDD visa dar suporte inicial às atividades relacionadas ao desenvolvimento do REDD+ (readiness phase), de forma a incentivar os países em desenvolvimento. Atualmente, o UM-REDD é composto por 42 países (espalhados entre África, América Latina e Ásia-Pacífico), sendo que apenas 14 desses países se qualificam para os financiamentos do UM-REDD. Contudo, aqueles que ainda não se qualificaram podem receber dos colaboradores do programa conhecimento e experiência por meio da participação em seminários, beneficiando-se com a rede de contatos (networking) (FERENCZY, 2012, p. 109).

Ainda de acordo com os debates ocorridos na COP-14, foi decidido que o REDD “deveria evoluir para REDD+ para englobar também iniciativas que possam aumentar o potencial de absorção de carbono das florestas nativas – *FROM RED TO REDD+*”. Logo, a inserção do + à sigla REDD objetivou aumentar o seu escopo, passando a incluir também atividades de conservação florestal, manejo florestal sustentável e aumento dos estoques de carbono; menos as atividades de reflorestamento e florestamento (FERENCZY, 2012, p. 108).

O Acordo de Copenhague, resultante da COP-15, propôs: cortes profundos nas emissões globais de GEE com objetivo de manter o aumento da temperatura da Terra abaixo de 2º C; adoção de medidas de cooperação internacional levando em conta o desenvolvimento social e econômico com a erradicação da pobreza; estratégias de baixa emissão (desenvolvimento sustentável); a implementação da Convenção (possibilitando e apoiando a implementação de ações de adaptação voltadas para a redução da vulnerabilidade e construção de resiliência nos países em desenvolvimento, especialmente nos países particularmente vulneráveis, especialmente nos países de menor desenvolvimento relativo, pequenos Estados Insulares em desenvolvimento e África); que os países desenvolvidos deverão prover recursos financeiros, tecnologia e capacitação que sejam adequados, previsíveis e sustentáveis, para apoiar a implementação de ações de adaptação nos países em desenvolvimento; redução de emissões por desmatamento e degradação florestal e a necessidade de aumentar as remoções de emissões de GEE por florestas; inclusão do REDD-plus, entre outros.

Ainda, em relação aos projetos de Redução de Emissão de Degradação e Desmatamento – REDD+, as discussões acerca do seu desenvolvimento em países em desenvolvimento progrediram. Inclusive com

a concordância dos governos em incluir a captura e o armazenamento de carbono – CCS (*Carbon Capture and Storage*) nos projetos do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) (ONU, 2010).

Para tanto, conforme enfatiza Ferenczy (2012, p. 110) “é necessário que os países em desenvolvimento elaborem suas estratégias nacionais de REDD+, ou planos de ação, bem como, melhorem os seus sistemas de monitoramento, reporte e verificação” – MRV (Monitoring, Reporting e Verification).

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente Brasileiro:

Na COP-16, em Cancun, 2010, o mecanismo de REDD+ teve seu conceito, diretrizes, salvaguardas e principais regras para a sua implementação aprovadas no âmbito do Acordo de Cancun. O REDD+ é agora um mecanismo de mitigação voluntário dos países em desenvolvimento no âmbito da UNFCCC e contará com o apoio técnico e financeiro dos países desenvolvidos.

A COP-19, para as Nações Unidas, foi considerada um sucesso. As principais decisões adotadas na conferência incluem decisões sobre o avanço da Plataforma de Durban, o Fundo Verde para o Clima e Financiamento de Longo Prazo, o Quadro de Varsóvia para REDD Plus, o Mecanismo Internacional de Varejo para Perdas e Danos e outras.

Destaca Bruno Toletto (2015), do Observatório do Clima:

Depois de duas semanas de discussão intensa no Estádio Nacional de Varsóvia, os negociadores da COP-19 precisaram de quase um dia a mais para poder fechar uma série de acordos em temas sensíveis na agenda de negociação internacional em clima. Dos temas mais importantes da agenda de Varsóvia – Plataforma de Durban (ADP), regime de compensação por perdas e danos (loss & damage), financiamento climático e pagamento por emissão reduzida a partir de esforço de combate ao desmatamento e à degradação florestal (REDD+) – apenas o último avançou consideravelmente na COP-19.

Para as Nações Unidas, os acordos celebrados durante a COP-19, acerca do REDD+, representam um conjunto significativo de decisões

que ajudam os países em desenvolvimento a reduzir as emissões de gases com efeito de estufa resultantes do desmatamento e da degradação das florestas (que representa um quinto de todas as emissões humanas).

O Quadro de Varsóvia para a REDD + é apoiado por promessas de 280 milhões de dólares de financiamento dos EUA, Noruega e Reino Unido. Para Marcin Korolec, Ministro do Ambiente da Polónia e Presidente-Designado da COP-19 e CMP 9, disse:

Estou orgulhoso desta realização concreta. Estamos todos cientes do papel que as florestas desempenham como sumidouros de carbono, estabilizadores do clima e paraísos da biodiversidade. Através das nossas negociações, contribuimos significativamente para a preservação e utilização sustentável das florestas, irá beneficiar as pessoas que vivem dentro e ao redor delas e da humanidade e do planeta como um todo. E eu estou orgulhoso de que este instrumento tenha sido denominado o Quadro de Varsóvia para a REDD +.

Acerca da COP 20 de acordo com o Ministério do Meio Ambiente:

O Marco de Varsóvia para REDD+ definiu a criação de um portal de informações sobre REDD+ vinculado à plataforma web para REDD+ mantida pela UNFCCC (decisão 9/CP.19). O portal recebeu, durante a COP-20, o nome de Lima REDD+ Information Hub (ou simplesmente Info Hub). Seu objetivo é oferecer transparência às ações de REDD+ e aos respectivos pagamentos, assim como disponibilizar os documentos e as informações relacionadas à obtenção e ao recebimento de pagamentos por resultados. Com a conclusão do processo de monitoramento, relato e verificação (MRV) e com a disponibilização de todos os documentos referentes aos resultados de REDD+ e aos requisitos para obtenção de pagamentos por resultados, toda a documentação deverá ser publicada, juntamente com os respectivos relatórios de avaliação, no Info Hub.

A COP – 21 realizada em 2016, firmou o Acordo de Paris que é fruto do entendimento de 195 países sobre a necessidade de se enfrentar

a mudança do clima com a finalidade de manter a temperatura média do planeta “bem abaixo de 2° C” acima da média do período pré-industrial, comprometendo esforços para limitar o aumento a 1,5° C. Enfatizou-se ainda a Redução de emissões provenientes do desmatamento e da degradação florestal, e o papel da conservação, do manejo sustentável de florestas e do incremento dos estoques de carbono florestal (REDD+) na qual foi citado em duas oportunidades, uma no texto da decisão e outra no do próprio Acordo (MMA, 2016).

Outra citação ocorreu em uma decisão referente ao Fundo Verde para o Clima (GCF, na sigla em inglês). O texto da decisão, no parágrafo 23, insta o Conselho de Administração do Fundo a iniciar as operações de pagamentos por resultados de REDD+. Isso é considerado fundamental para impulsionar a implementação de REDD+ no Brasil e no mundo (MMA, 2016). Além disso, três decisões referentes a aspectos metodológicos de REDD+ foram aprovadas, o conteúdo havia sido definido durante a 42ª sessão do *Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice* - SBSTA (Órgão Subsidiário para Orientação Científica e Tecnológica, em tradução livre) realizada em Bonn, Alemanha, no mês de junho.

A implementação da Estratégia Nacional para REDD+ do Brasil foi também tema de debate promovido durante a 22ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (COP22), em Marraqueche, Marrocos. O evento “National REDD+ Strategy: From a subnational to a national approach” (Estratégia Nacional para REDD+: de uma abordagem subnacional para uma abordagem nacional), realizado no dia 11 de novembro de 2017, no Espaço Brasil, contou com a participação de membros da Comissão Nacional para REDD+, representante do Fundo Amazônia e da Coordenação de REDD+ do Governo de Moçambique.

De acordo com Leticia Guimarães do Ministério do Meio Ambiente a COP-22:

Pontuou o pioneirismo brasileiro no cumprimento do Marco de Varsóvia para REDD+ e apresentou a construção da governança para REDD+ no Brasil, com a instituição da Comissão Nacional para REDD+ e de suas Câmaras Consultivas Temáticas. Pontuou que REDD+ é tido como meio de implementação da Contribui-

ção Nacionalmente Determinada ao Acordo de Paris, que também prevê cooperação sul-sul em temas florestais, especialmente com países lusófonos. Como próximos passos para a implementação de REDD+ em nível nacional, anunciou que o país deve apresentar o nível de referência de emissões florestais por desmatamento no bioma Cerrado à UNFCCC em janeiro de 2017 (MMA, 2017).

Em relação a COP 23, que ocorreu em Bonn, na Alemanha, em 2018 em um evento paralelo ocorreu uma reunião intitulada “*Reframing REDD+ in Brazil: a long term solution to address deforestation and promote the sustainable development*” (Reestruturando o REDD+ no Brasil: uma solução de longo prazo para monitorar o desmatamento e promover o desenvolvimento sustentável), com o objetivo de apresentar o potencial do REDD+ diante das oportunidades de mercado, além de buscar soluções para questões acerca de sua implementação (REVISTA MEIO AMBIENTE INDUSTRIAL, 2018).

3 CONCLUSÃO

A Organização das Nações Unidas por meio da sua Convenção Quadro Sobre Mudanças do Clima, estabeleceu o Protocolo de Kyoto, no qual propôs alguns Mecanismos de Desenvolvimento Limpo, para que os países pertencentes ao Anexo – I (países desenvolvidos) pudessem cumprir as metas obrigatórias de redução de emissão de gases causadores do efeito estufa (GEE). Para isso poderiam desenvolver tais mecanismos com outros países do Não – Anexo – 1 (países em desenvolvimento), afim de se gerar um desenvolvimento sustentável, até então não alcançável plenamente.

Os projetos de REDD+ no que concerne a sua comercialização no mercado de carbono, se estabelece por meio de um PSA (Pagamento por Serviços Ambientais), o qual visa promover e incentivar a adoção de condutas ambientalmente desejáveis em relação à conservação e preservação das florestas, mudando assim o modo de uso da terra pela sociedade, uma vez que a preservação dos recursos naturais valeria muito mais do que a sua exploração.

Diante do estudo, verificou-se que os projetos de REDD+ apresentam-se como um forte mecanismo de combate às mudanças climáticas, e uma ferramenta capaz de inibir os avanços do desmatamento na Amazô-

nia Legal, decorrentes da agricultura e da pecuária que avançam desenfreadamente para as áreas constitucionalmente protegidas, como as Terras Indígenas. É notório o potencial do REDD+ para a Amazônia Legal, em especial para os povos indígenas que tem os recursos naturais existentes nos seus territórios constantemente ameaçados.

Os projetos de REDD+, não visam alienar os recursos naturais, mas sim garantir que eles sejam conservados e preservados por seus verdadeiros titulares. O que seria negociado seriam somente os estoques de carbono não emitidos ou absorvidos em áreas florestais na qual seriam comprados por países, ou melhor dizendo, empresas que não atingiram o nível de redução obrigatória de Gases causadores do Efeito Estufa (GEE).

No entanto, para a efetivação dos projetos de REDD+ no Brasil, seria necessário, uma cooperação e fiscalização dos órgãos e entidades públicas, a fim de que se possa atingir a eficácia e a plenitude dos projetos de REDD+ de acordo com os parâmetros internacionais. Além disso, contribuir para a melhoria da qualidade de vida da atual e futura população mundial, objetivando o tão almejado desenvolvimento sustentável.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Acordo de Copenhague**. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0211/211699.pdf>. Acesso em 10 mar. 2017.

BRUNO TOLEDO. **A hora e a vez dos HFCs**. Disponível em: <<http://blog.observatoriodoclima.eco.br/?p=2369#sthash.ZY6JwBD7.1Etu7367.dpbs>>. Acesso em: 4 de mar. 2017.

CASARA, Ana Cristina. **Direito Ambiental do Clima e Créditos de Carbono**. Curitiba: Juruá, 2011.

FERENCZY, Maria Andrea Von Harbach. **Direito Ambiental: potencial do REDD+ para a sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANGETTO, Flavia Witkowski; GAZANI, Flavio Rufino. **Viabilização Jurídica do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) no Brasil – O Protocolo de Kyoto e a cooperação internacional**. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IIEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2002.

KAROUSAKIS, Katia. **Promoting biodiversity co-benefits in REDD**. França: OECD Environmental Working Papers, n. 11, 2009.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2012.

LORENZONI NETO, Antônio. **Contratos de créditos de carbono**: análise crítica das mudanças climáticas. Curitiba: Juruá, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro**. 23^a ed., rev., atual, e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MMA. **REDD+**: documento síntese com subsídios de múltiplos atores para a preparação de uma estratégia nacional. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, Departamento de Mudanças Climáticas, Gerência de Mudança do Clima e Florestas, 2011.

MMA. **REDD+ na COP-21**. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/pt/component/k2/item/502-redd-na-cop-21>>. Acesso em 10 abr. de 2019.

MMA. **O que é REDD+**. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/pt/pub-apresentacoes/item/82-o-que-e-redd>>. Acesso em 11 abr. de 2019.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. **COP-19**: os resultados. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/cop-19-os-resultados-2/>>. Acesso em 10 mar. 2017.

ONU. **Cancun Climate Change Conference – November 2010**. Disponível em: <https://unfccc.int/meetings/cancun_nov._2010/meeting/6266.php>. Acesso em 10 mar. 2017.

ONU. **Convenção sobre mudança do clima**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2017.

ONU. **Press Release.** Disponível em: <http://unfccc.int/files/press/news_room/press_releases_and_advisories/application/pdf/131123_pr_closing_cop19.pdf>. Acesso em 10 mar. 2017.

ONU. **Warsaw Climate Change Conference** – November 2013. Disponível em: <http://unfccc.int/meetings/warsaw_nov_2013/meeting/7649.php#decisions>. Acesso em 10 mar. 2017.

REVISTA MEIO AMBIENTE INDUSTRIAL. **Evento na COP 23 propõe reestruturar o REDD+**. Disponível em: <<http://rmai.com.br/evento-na-cop-23-propoe-reestruturar-o-redd/>>. Acesso em 11 abr. de 2019.

LAGOA DO PORTINHO: O CASO DE UM CONFLITO AMBIENTAL EM PERSPECTIVA SÓCIO-ANTROPOLÓGICA

João Victor Mendes Carvalho

Marcos Paulo Magalhães de Figueiredo

INTRODUÇÃO

O Estado do Piauí possui um potencial turístico em grande expansão, dentre os destinos mais procurados pelos turistas, pode-se citar o Parque Nacional da Serra da Capivara (no sul do Piauí), o Parque Nacional de Sete Cidades (na porção centro-norte do estado), e a capital Teresina nas categorias de turismo de eventos e negócios (RAMOS, 2011). Isso sem mencionar os demais municípios como Pedro II com sua produção de opalas e Campo Maior com o memorial da Batalha do Jenipapo. Desta forma, Teresina e Parnaíba apresentam-se como os dois pólos turísticos mais visitados do Estado.

A zona costeira do Piauí corresponde a uma área de aproximadamente 1.200 km², apresentando como limite leste o estado do Ceará e oeste o estado do Maranhão, com extensão linear de 66 km (BAPTISTA, 2010). A Lagoa do Portinho insere-se neste contexto, ficando

a 15 km de Parnaíba e a 345 km da capital Teresina-PI. Possui uma área de 05 quilômetros quadrados e estende-se por 09 quilômetros, no sentido Norte/Sul. O acesso é feito pela BR - 343 para

Luís Correia. Atualmente esse ponto turístico é gerenciado pela secretária estadual de turismo do Estado do Piauí (ARAUJO *et al*, 2014, p. 771).

Situada entre os municípios de Luís Correia e Parnaíba, a referida lagoa é alimentada pelos Rios Portinho, Brandão, Marruás, Braz e demais rios e riachos de menor expressão. Tida como um dos principais atrativos turísticos, ela constitui-se numa

“lagoa de várzea formada naturalmente no leito do Rio Portinho, já próximo a sua foz. Sua mata ciliar recobre atualmente cerca de 50% da margem, apresenta vegetação típica de caatinga sendo observados bolsões de mata de mangue (ARARIPE; SALES; SANTIAGO, 2007, p. 3)”.

Retratada como um dos cartões postais mais visitados do litoral piauiense, a Lagoa do Portinho atualmente encontra-se em situação de abandono e descaso, o que se converteu num motivo de preocupação emergente para os frequentadores do local quanto às distintas formas de usos que se faz desse espaço, desde práticas de lazer a comerciais diversas.

Segundo Mesquita, Lima e Filho (2016), pode-se citar como impactos socioambientais recentes no local o constante e intensivo deslocamento das dunas de areia sobre a lagoa, os usos da terra mais modernos voltados para a irrigação e o barramento dos canais de abastecimento da lagoa para a prática da piscicultura, de forma que, todos esses fatores incidem sobre a redução do nível da água dessa bacia hidrográfica. Fazendo uso dessas informações, o presente trabalho tem por objetivo compreender como as ações antrópicas são responsáveis por causar a degradação ambiental da Lagoa do Portinho ao ponto de provocar o esgotamento de um recurso natural, a saber, a água, e a conseqüente alteração na dinâmica do local em questão no tocante ao turismo, práticas esportivas aquáticas, acesso ao ambiente e etc.

Esta investigação trata-se de um estudo qualitativo, posto que as discussões aqui suscitadas “consistem em descrições detalhadas de situações com o objetivo de compreender os indivíduos em seus próprios termos” (GOLDENBERG, 2004, p. 53), de caráter exploratório, uma vez que

almeja “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses” (GIL, 2002, p.41) e descritivo porque também objetiva “a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis” (GIL, 2002, p.42).

A coleta de dados deu-se por meio de análise documental, tendo em vista que a relevância desse tipo de pesquisa consiste no fato de que “vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa” (GIL, 2008, p. 51) e revisão de literatura posto que tem a vantagem “de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente” (GIL, 2008, p. 50).

Assim posto, a presente investigação traz uma discussão inicial dos problemas inerentes à Lagoa do Portinho com o intuito de esclarecer o objeto de pesquisa deste trabalho, além de situar o leitor quanto às categorias analíticas com as quais se pretende lidar. Em seguida, empreende-se uma abordagem referente à pertinência das questões socioambientais no contexto atual, pautada na idéia de direitos difusos voltados para o meio ambiente, findando com o parecer de uma avaliação ambiental operacionalizada na referida bacia hidrográfica.

RECONHECENDO O PROBLEMA

Tomando conhecimento dos fatores que contribuíram para o esgotamento da Lagoa do Portinho, o Promotor de Justiça Antenor Filgueiras Lôbo Neto, Titular da 1ª Promotoria de Justiça de Parnaíba-PI, moveu uma Ação Civil Pública – ACP contra o Estado do Piauí com o intuito de reparar os danos causados ao ambiente em questão. “A água é um bem de domínio público”, é a partir desse argumento que a ACP justifica a apropriação privada de um recurso que deve ser desfrutado coletivamente.

O Ministério Público, através do referido documento, responsabiliza o Estado do Piauí por meio da Secretaria de Meio Ambiente – SEMAR, de negligenciar a fiscalização de construções irregulares como barragens, casas, restaurantes, piscinas para criatórios de camarões e alevinos, poços tubulares e etc, ao longo dos rios e riachos que abastecem a Lagoa do

Portinho e abrir mão do controle e remanejamento das águas de superfície assim como lençol freático, somando-se a isso o assoreamento causado pela dinâmica de movimento natural das dunas na região, culminando com a morte da Lagoa.

A ACP em questão toma ainda por base um estudo feito pela Universidade Federal do Piauí, sob a orientação e supervisão do Professor Doutor Valdecir Galvão. Segundo este estudo, a partir de um monitoramento na “Fazenda Capoeira”, uma das propriedades com construções irregulares, constatou-se a existência de uma barragem de grande porte com comportas removíveis na parte jusante¹³¹ do rio e uma “passagem molhada”¹³² mais a montante, chegando a bloquear totalmente a passagem da água dentro da fazenda.

O estudo evidenciou ainda uma discrepância em relação ao nível da água da lagoa, pois enquanto que a SEMAR-PI afirmava que a Lagoa do Portinho estava com 70% do volume de água da sua capacidade normal, o fiscal do Ministério Público constatou valores entre 24% a 27% para as datas de medição, qual seja, 20 e 27 de abril de 2015. E o mais notável é que esta é uma situação que se estende por todos os afluentes da Lagoa do Portinho sem nenhum acompanhamento do aparato estatal responsável.

Sendo assim, de acordo com a ACP, a água enquanto um elemento constituinte do meio ambiente pertence à categoria dos chamados “direitos difusos” e sua “dominialidade”, termo cunhado pelo documento, não tem conotação de apropriação e sim de gerenciamento, perpassando assim à noção de direito privado mediante artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que declara o Meio Ambiente como “um bem de uso comum do povo.” O que se discute aqui é a “vista grossa” que o poder executivo responsável fez em não cuidar de um patrimônio público, permitindo que a inconsequência das ações descomedidas de alguns sujeitos acarretasse na degradação ambiental da Lagoa do Portinho.

131 Diz-se da vazante da maré, ou ainda, do sentido em que correm as águas de determinada bacia (FERREIRA, 2001).

132 Espécie de edificação semelhante a uma passarela sobre a água.

A QUESTÃO SOCIOAMBIENTAL

Segundo Fernandes e Sampaio (2008), a problemática ambiental é uma questão já posta desde a década de 1960 e está ligada à forma como a sociedade se relaciona com a natureza. Mais precisamente, diz respeito à incidência do resultado das ações da primeira sobre a segunda. A natureza dessa relação, na verdade, é um reflexo do nível de integração entre as sociedades e dos indivíduos entre si. Ambos os autores pensam o assunto sob o ponto de vista biológico-social. Os seres humanos estão em constante contato com a natureza e, embora esta última assuma uma vertente biológica, é para a simbiose entre essas duas categorias que se deve voltar à atenção, ou seja, o social e o natural como noções intrinsecamente indispensáveis para a compreensão do fenômeno, logo, tal discussão

é construída e definida teoricamente, nos meios acadêmicos, como uma problemática eminentemente social que surge da forma como a sociedade se relaciona com a natureza – a problemática ambiental como problemática econômica, social, cultural e espiritual, dependendo da corrente teórica e acadêmica (FERNANDES; SAMPAIO, 2008, p. 89).

O que eles pretendem deixar claro é que o encanto com a idéia de progresso econômico, científico e tecnológico está no cerne da problemática ambiental, uma vez que ela envolve aspectos muito mais profundos do que a simples devastação da natureza. O entendimento da presente situação passa pelo crivo do modo de vida econômico da sociedade, mediante a vigência de uma racionalidade que submete o crescimento econômico à noção de desenvolvimento. Diga-se de passagem, que não é que se deva combater o crescimento econômico, pois ele é indispensável, mas o que se coloca em ênfase é a forma como ele vem sendo conquistado e como isso tem repercutido na natureza.

Ao se ponderar a situação, ver-se-á que a história da humanidade é constituída pela apropriação da superfície terrestre e essa relação produz a valorização do espaço. Diz-se valorização porque é justamente esse o fruto de tal conexão, a saber, a criação de valores (MORAES, 2005). Quando os indivíduos buscam explorar determinada riqueza natural, tal

empreendimento implica na construção de uma infra-estrutura para tanto. No caso do problema aqui proposto, a construção de barragens para contenção de água demanda a implementação de ferramentas que possibilitem a dado sujeito a apropriação do valor estabelecido em um lugar, e ali fixá-lo também.

Nesta perspectiva, falar de apropriação do território é entendê-lo como sendo um espaço definido e determinado por e a partir de relações de poder, ou seja, o conceito de território é abarcado como sendo um espaço que se exerce poder, desde o mais simples ao mais complexo (SOUZA, 1995). De forma geral, esta categoria é concebida como um espaço concreto em si, que é apropriado, ocupado por determinado grupo social. Numa abordagem mais crítica, ele é tido como um campo de forças, uma teia ou rede de relações sociais.

Por falar em poder, este aparece de forma central em Foucault, pois para ele não existe “o poder”, mas “relações de poder” enquanto uma prática social que é instituída historicamente. Ele não pertence ao Estado, não é uma coisa, um objeto, algo que determinado sujeito se apropria ou atribui-se a outrem, antes, está disseminado por toda a estrutura social. A funcionalidade do poder consiste no fato dele ser considerado como táticas, manobras, relações de poder que também estão presentes em instituições, que por sua vez, estão inseridas num todo social.

Por isso, não é difícil compreender o território imerso em relações de poder. O cerne de tal questão consiste justamente no fato de ser um terreno marcado pelo confronto, pela luta, por mecanismos de disputas de forças sociais antagônicas, logo, onde há relações de poder, há resistência (DANNER; OLIVEIRA, 2009). Conseqüentemente, o caso da construção de barragens conforme aqui tratado nada mais significa do que o simples exercício do poder, de forma arbitrária, por indivíduos que tomam posse de determinado espaço sem que, para isso, lhes tenha sido atribuído “carta branca”.

Essa discussão está no cerne desta pesquisa de forma que, com isso, o que se indaga é o direito com que, ou em nome de que certos sujeitos, grupos, dentre outros, apropriam-se discriminadamente de algo que pertence ao usufruto de todos. Em outras palavras, como bem disse Moraes (2005), diante desse assunto a que pertence o patrimônio natural? Trata-se de uma questão de cunho ético-político. Tendo em vista que este mesmo

patrimônio pertence ao Estado, o que se discute é a inércia do mesmo em não resguardar um bem de domínio público e por ser público não significa que é “terra de ninguém”. Quanto a isso, procede-se que

o Estado diante da questão ambiental manifesta uma situação paradoxal: parte de seu aparelho constitui os principais canais institucionais de defesa da qualidade do meio ambiente, outra parte constitui os principais agentes de degradação. A resolução do paradigma nos remete ao nível de democratização do regime político vigente, enfim ao grau de controle do Estado pela sociedade (MORAES, 2005, p. 57).

A seca da Lagoa do Portinho pode ser entendida como o resultado do monopólio do controle da água, enquanto recurso natural, nas mãos de poucos agentes. A afirmação precedente demonstra o quanto “nossa formação territorial é, numa perspectiva histórica, essencialmente degradadora dos lugares e de seus habitantes” (MORAES, 2005, p. 58), ela resulta de uma herança colonial acentuadamente marcada pela exploração e que ecoa até os dias atuais, posto que tal lógica ainda não foi superada. Esse debate trás outra discussão que merece aqui ser explicitada.

Historicamente, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), o direito surgiu e desenvolveu-se com a prerrogativa de regular relações jurídicas de caráter individual. No entanto, no decorrer do tempo surgiu uma série de conflitos que perpassavam essa natureza interpessoal rumo ao coletivo, trata-se dos direitos metaindividuais, difusos ou coletivos, portadores de uma dimensão terminantemente social, dentre os quais, os mais significativos são os relacionados ao meio ambiente. Estes autores ressaltam ainda que, tanto interesses difusos quanto coletivos possuem em comum o fato de que o que é desfrutado por um, o é por todos, e o que é negado por um, também o é por todos, porém, com a distinção de que nos primeiros (difusos) não há vínculos jurídicos que liguem os membros do grupo entre si, portanto, são indetermináveis, e nos segundos (coletivos) há essa possibilidade, sendo assim, determináveis.

O que se decorre a partir disso é um trabalho legislativo que teve seu pontapé inicial na lei ambiental n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, que “estabeleceu a legitimidade do Ministério Público para as ações de

responsabilidade penal e civil por danos provocados ao meio ambiente” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 379). Em 1985, a Lei da Ação Civil Pública, vinculada aos direitos difusos, foi destinada à tutela do consumidor e do ambiente. Com a Constituição Federal de 1988, a relevância dos interesses coletivos foi ressaltada em seus mais variados dispositivos. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990, ampliou a atuação da Lei da Ação Civil Pública, aplicando-se a todos os direitos difusos e coletivos, e trazendo em seu inciso I, do artigo 81, uma definição de direitos difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (p. 25).

Segundo dados de uma avaliação ambiental realizada pelo PRODETUR¹³³ Nacional no Piauí, para entrar no objeto de pesquisa aqui proposto, a Lagoa do Portinho apresentava a melhor estrutura em relação a outras lagoas da região. Seu potencial turístico expressava-se na existência de colônias de férias, atividades de lazer diversas, além de sediar o campeonato anual de windsurf. Porém, o documento em questão já trazia em seu seio um prelúdio do que poderia acontecer (e assim o foi), pois ele pontua que “mesmo dotada de boa infra-estrutura, o uso contínuo e intenso sem que haja programas de controle e estudos de capacidade de carga, podem causar a precoce degradação do atrativo” (Piauí, [s/d], p. 42). Até mesmo a própria revitalização do local já estava prevista através da implantação de projetos por meio do PDITS¹³⁴.

Quanto à movimentação das dunas, alguns fatores são responsáveis por ocasionar e acelerar esse processo, pois além da ação natural dos ventos, a intensa movimentação de turistas com trânsito de carros de passeio influi sobre a compactação da areia, soma-se a isso a prática de “*skibunda*” que causa o avanço das dunas. Visando contornar essa situação, o controle dos montes de terra foi realizado com a utilização de folhas de palmeiras e introdução de vegetação rasteira como tentativa de formar uma barreira de contenção.

No entanto, a iniciativa não obteve êxito porque, de acordo com a referida avaliação, pesquisadores consideraram que a estabilização só acon-

133 Programa de Desenvolvimento do Turismo.

134 Plano de Desenvolvimento Integrado do Turismo Sustentável.

teceria com eficácia por meio da cobertura vegetal, entretanto, esta não conseguiu proliferar-se devido a condições ambientais como altas temperaturas, falta de água, areia seca e etc. Desta forma, “o conflito ambiental refere-se à singularidade da paisagem pela dinâmica natural, a qual é utilizada para visitação e uso turístico *versus* a modificação dessa paisagem para a proteção ao soterramento de bens construídos” (Piauí, [s/d], p. 195).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um estudo sobre a infra-estrutura da Lagoa do Portinho e seus atrativos turísticos, a partir de dados do Ministério do Meio Ambiente, Araujo *et al* (2014) considera que a Lagoa do Portinho era um local de lazer e entretenimento, que apresentava uma infra-estrutura receptiva oferecendo bares e opções de hospedagem, alimentação, entretenimento, restaurantes, espaços para shows, estacionamento e atracadouros para lanchas. A sua infra-estrutura atendia às expectativas de moradores e frequentadores do local e os atrativos turísticos eram tidos como satisfatórios (isso, antes da sucessão dos fatos aqui discorridos).

A seca da Lagoa do Portinho é um problema socioambiental que traz consigo uma enxurrada de outros problemas: a dinâmica de movimento natural das dunas de areia que, além de avançar para a lagoa, fechou estradas de acesso ao local; como resultado da conseqüente diminuição do nível das águas, a prática de esportes e passeios aquáticos como o *banana boat* não foi mais possível de se fazer; em decorrência disso, os turistas deixaram de frequentar o local ocasionando a queda no nível de vendas de comidas e bebidas pelos estabelecimentos comerciais e gerando prejuízos financeiros. Uma vez que não havia mais movimentação na economia da região, bares e restaurantes viram-se obrigados a fechar as portas.

No entanto, de todos os fenômenos ambientais citados, Mesquita, Lima e Filho (2016) consideram o barramento das águas como o mais nocivo e o principal fator responsável pela redução das águas da bacia hidrográfica. Quanto a isso, a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) declara em seu artigo 4º, inciso V, que “a segurança de uma barragem influi diretamente na sua sustentabilidade e no alcance de seus potenciais efeitos sociais e ambientais”. Ora, falar de sustentabilidade é ter em mente que tal concepção

está associada à qualidade do que é sustentável, que por sua vez está associado com a possibilidade de uma determinada atividade humana prosseguir por um tempo indeterminado, portanto sustentabilidade e sustentável estão vinculadas à possibilidade de continuidade das atividades humanas ao longo de um tempo que transcende gerações e gerações (SILVEIRA, 2017, p. 3).

Por isso, à luz da PNSB e do entendimento do que vem a ser sustentabilidade e da qualidade do que é sustentável, pode-se inferir que a responsabilidade sócio-ambiental estava em última instância quando da construção das barragens de água. Mediante a isso, o Ministério público requereu uma

OBRIGAÇÃO DE FAZER (grifo do documento), do Estado do Piauí, no sentido de demolir, retirar, destruir, implodir, todo e qualquer edificação e/ou obstáculo de alvenaria, de madeira, de ferro e de concreto, e de qualquer outro material existente no leito dos Rios e Riachos, Portinho, Brandão, Marruás, Braz, São Miguel, Mundo Novo e outros Rios, que de alguma forma, impeçam a alimentação por meio das águas correntes, até a Lagoa do Portinho; reparar o dano causado ao Meio Ambiente, pela inobservância ao dever constitucional que tem o Poder Público de zelar dos bens públicos além do próprio bem-estar da população, através de projetos, como plano de reestruturação da Lagoa do Portinho, de revitalização de toda a fauna e a flora da Lagoa do Portinho, com contenção de dunas, com recuperação das margens da Lagoa do Portinho e de todos os seus afluentes (Piauí, 2017, p. 16).

Após um rigoroso inverno no ano de 2018, a lagoa voltou à vida atraindo os olhares de seus visitantes novamente. Tendo em vista que inúmeros fatores cooperaram para a sua recente degradação, como os que aqui foram discorridos, o que se questiona (e apenas a sucessão dos fatos é que poderá dizer) é se serão adotadas posturas cautelosas daqui para frente, por parte de todos os que dela usufruem, com vistas a resguardar de forma responsiva um ambiente que se encontra sob constante risco de extinção.

Contudo é importante ressaltar que tomada de forma isolada, a legislação especializada não pode ir muito longe se isso não estiver ligada à práticas de ações conscientizadas da coletividade na preservação e proteção dos re-

cursos hídricos, ou seja, além da força da cidadania formal centrada em leis e procedimentos jurídicos, faz-se necessário também a força da cidadania real ou substantiva, exercida no uso sustentável dos recursos naturais por parte de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARARIPE, H. G. A.; SALES, L. T.; SANTIAGO, A. P. **Ataque de peixes a banhistas na Lagoa do Portinho – Parnaíba – PI – BRASIL**. Universidade Federal do Piauí, 2007.

ARAUJO, K. M. de; *et al.* **Lagoa do Portinho em Parnaíba, Piauí, Brasil: Avaliação da infraestrutura e atrativos turísticos**. Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental – REGET. V. 18 n. 2, Mai-Ago 2014, p.769-776

BAPTISTA, E. M. C. **Estudo morfossedimentar dos recifes de arenito da zona litorânea do estado do Piauí, Brasil**. 2010. 305 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

Brasil. **Código de defesa do consumidor e normas correlatas**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

Brasil. **Constituição da república federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, coordenação de edições técnicas, 2014.

Brasil. **Política nacional de segurança de barragens**. Lei n. 12. 334, de 20 de setembro de 2010.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Processo coletivo. *In: _____*. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 376-384.

DANNER, F.; OLIVEIRA, N de. **A genealogia do poder em Michel Foucault**. Trabalho apresentado na IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2009.

FERNANDES, V.; SAMPAIO, C. A. C. **Problemática ambiental ou problemática socioambiental? A natureza da relação sociedade/meio ambiente.** Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 18, jul./dez. UFPR: 2008, pp. 87-94.

FERREIRA, Aurélio B. de H. **Miniaurélio século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLDENBERG, Mirian. Pesquisa qualitativa: problemas teórico-metodológicos. In: **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências sociais.** Rio de Janeiro: Record, 2004, pp. 53-60.

MESQUITA, T. K. S.; LIMA, I. M. M. F.; FILHO, F. S. S. **Lagoa Fluvial do Rio Portinho, Piauí: impactos socioambientais recentes.** Trabalho apresentado no V Congresso Brasileiro de Educação Ambiental Aplicada e Gestão Territorial em Fortaleza – CE, entre os dias 08 a 11 de junho de 2016.

MORAES, Antônio C. R. **Meio ambiente e ciências humanas.** 4. Ed. São Paulo: Annablume, 2005.

Piauí (Estado). **Ação civil pública com pedidos liminares e preceito cominatório de obrigação de fazer.** Parnaíba - PI, 23 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/attachments/article/6206/ACP%20Lagoa%20do%20Portinho.pdf>. Acesso em 26 de set. de 2017.

_____. **Avaliação ambiental estratégica do Prodetur Nacional no estado do Piauí, pólo costa do delta e pólo das origens.** PRODETUR. Secretaria de Estado de Turismo, [s/d].

RAMOS, Ricardo Gomes. **Possibilidades e perspectivas de desenvolvimento turístico integrado e regional na porção centro-norte do estado do Piauí.** Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente). Teresina: 2011.

SILVEIRA, José H. P. **Sustentabilidade e responsabilidade social.** Belo Horizonte: Poisson, 2017.

SOUZA, Marcelo J. L. de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CORRÊA, Roberto L. (org.). Geografia: conceitos e temas. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1995.

REFLEXÕES ACERCA DA CONJUNTURA AMBIENTAL E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO ESTADO DO CEARÁ

Mariana da Silva de Lima

1. INTRODUÇÃO

Os estudos ambientais possuem papel central dentro do processo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA). Dentre os estudos técnicos componentes do processo de AIA estão o estudo de impacto ambiental (EIA) e o respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA). A avaliação da efetividade dos estudos ambientais pode ser considerada como um indicador do desempenho do processo do AIA (BADR et al., 2011). A qualidade duvidosa destes estudos tem sido apontada como um dos problemas da aplicação do AIA no país para os diversos tipos de empreendimentos (MPF, 2004; PRADO FILHO; SOUZA, 2004; CALDAS, 2006; GOMES, 2009). Isso pelo fato de que, em muitos casos, estes documentos não têm fornecido informações de maneira satisfatória para a tomada de decisão (TZOUMIS, 2007). Esses estudos, quando realizados de forma a integrar as informações ambientais para compôr a caracterização ambiental, possibilitam identificar de maneira adequada as fragilidades do meio e suas potencialidades, o que contribui para a previsão dos impactos relevantes para o ambiente natural e para a sociedade. Logo, reunir e analisar informações acerca dos estudos ambientais dentro do contexto do licen-

ciamento brasileiro poderá promover uma discussão a respeito do balanço necessário entre descrição, análise, rigor metodológico e isenção, características desejáveis em todos os estudos de impacto ambiental.

O estado do Ceará vem crescendo economicamente nestes últimos anos e para garantir o adequado desenvolvimento local, é fundamental o uso dos instrumentos jurídicos ambientais para evitar o desenvolvimento predatório, que muitas vezes vai de encontro a qualidade de vida da população local. O que se entende por desenvolvimento predatório é o crescimento econômico de uma parcela da população em detrimento à qualidade ambiental e à saúde da população local. Esse desenvolvimento atrai empreendimentos de grande porte que inicialmente prometem modernização. No entanto podem resultar no uso indiscriminado dos recursos ambientais, no desrespeito às populações nativas e comprometer a sustentabilidade ambiental e social destas áreas ocupadas por grandes projetos. Alguns exemplos podem ser analisados no Estado do Ceará.

2. ANÁLISE DA CONJUNTURA AMBIENTAL LOCAL

A Análise de pesquisas relacionadas à realidade ambiental local é importante para oferecer informações qualificadas sobre o problema para que, a partir daí, soluções e modelos de gestão ambiental possam ser elaboradas pelos órgãos e instituições competentes. O Estado do Ceará é um Estado com grande potencial para o desenvolvimento de setores como o turismo, a mineração e a agricultura. É importante que esses setores possam crescer de maneira ambientalmente responsável e em consonância com os interesses da população local, nunca em benefício de empreendimentos ou investidores. Os órgãos ambientais no Ceará têm trabalhado nesse sentido, porém é necessário que as ações continuem avançando para acompanhar o crescente desenvolvimento da região.

A mineração é um exemplo de atividade que vem gerando constantes impactos ambientais no Ceará. Degradação visual da paisagem, alteração da qualidade das águas, transtornos para as populações que habitam as proximidades dos pontos de mineração e à saúde de pessoas diretamente ligadas à atividade mineradora são alguns dos impactos frequentemente relatados (KOPEZINSKI, 2000, BEZERRA, 2013). No entanto, pesquisadores da região norte do Ceará, ao estudarem como a atividade mi-

neradora afeta a população local na região, constataram que a maior parte das pessoas tem como principal expectativa para este tipo de empreendimento a geração de empregos, não necessariamente sua sustentabilidade ambiental (LIMA; FALCÃO, 2009). As comunidades locais têm grandes expectativas de melhoria de suas vidas com a instalação de grandes empreendimentos. Porém é importante refletirmos que qualidade de vida não está relacionada apenas à geração de empregos e dinamização da economia da região. É preciso também focar em outros fatores como saúde da população, a qualidade dos empregos gerados, o respeito aos recursos ambientais. É de extrema relevância que os órgãos competentes façam essa análise ao elaborar planos de desenvolvimento para a região.

A agricultura é outra atividade econômica em crescimento no estado que, ao mesmo tempo em que garante renda e emprego para a população, pode vir a ser fonte de degradação do solo e da água, caso não seja feita de maneira responsável. Os perímetros irrigados são exemplos de obras que resultam em degradação do solo e da água (ANDRADE et al., 2004), mas que no entanto passaram por processos de licenciamento que deveriam prever impactos e sugerir medidas para evitar estes impactos ou mitigar seus efeitos. É de extrema importância que o monitoramento da qualidade do solo e da água possa ser constantemente feito para acompanhar essas atividades, a fim de se evitar futuros impactos, com a perda inclusive da capacidade produtiva dos solos. Das atividades desenvolvidas pelo homem que fazem uso dos recursos hídricos, a agricultura irrigada sem dúvida é aquela que demanda um maior volume de água. A boa qualidade da água é inerente a esta atividade, e grandes projetos de irrigação exigem a regularização artificial de vazões, o que em geral modificam o meio ambiente e o regime fluvial, impactando outros recursos naturais como o solo e pondo em risco o potencial biológico aquático. Diversos são os rios e corpos hídricos ao redor do mundo que têm sua dinâmica natural alterada pela redução de suas vazões, como consequência de sistemas de irrigação mal dimensionados (ANDRADE, 2007; DEUS; BACNONYI, 2012).

Além do fato da demanda hídrica para o cultivo agrícola irrigado corresponder a aproximadamente 70% do consumo global, esta atividade também é uma das principais fontes de poluição não pontual dos corpos hídricos por meio dos sedimentos em suspensão, dos nutrientes resultan-

tes do processo de fertilização e aplicação de pesticidas (ERTHAL e BERTICILLI, 2018).

Estudos feitos ao longo de 3 anos em poços rasos localizados no perímetro irrigado do Baixo Acaraú, localizado no município de Marco, Ceará, cuja a água é usada para consumo humano direto por famílias da região, constataram níveis de nitrato acima do estabelecido pela Resolução CONAMA 357/05 (10mg.L^{-1}) para consumo (ANDRADE et al., 2009). Segundo resultados destes autores, a contaminação de nitrato observada comprovadamente é resultado de água advinda de excedentes da irrigação na área. É importante destacar que o nitrogênio na forma de nitrato, quando presente na água em concentrações acima de 10mg.L^{-1} inibe a capacidade de transporte de oxigênio no sistema circulatório de crianças (metahemoglobinemia – doença do bebê azul) e pode causar câncer do aparelho gástrico em adultos. Ainda na região do baixo Acaraú, áreas não cultivadas também têm o lençol freático contaminado, por concentrações elevadas de nutrientes, por meio do uso de fossas sépticas, com lançamentos de substâncias orgânicas diretamente no solo (ANDRADE et al., 2010). A população que utiliza a água da região muitas vezes tem carência não apenas de informação de como manejar o recurso água, mas também falta infra-estrutura capaz de atender às necessidades primárias das comunidades locais como saneamento básico. Conseqüentemente, faz-se o descarte de resíduos domésticos da maneira mais simples e muitas vezes a única conhecida: lançamento de substâncias no solo, comprometendo a qualidade dos corpos hídricos próximos.

O rio Curu é outro exemplo de corpo hídrico no Ceará que tem sua qualidade alterada em decorrência das atividades agrícolas praticadas em sua bacia hidrográfica (PALÁCIO et al., 2009). De acordo com o estudo citado, no período chuvoso do ano a ação antrópica relacionada ao manejo inadequado do solo exerce maior pressão sobre os corpos hídricos daquela região, sendo responsável pelo aumento significativo do aporte de nutrientes na água, oriundos da aplicação desordenada de fertilizantes no perímetro irrigado Curu – Pentecostes. Esta bacia hidrográfica foi a primeira no estado a organizar um comitê de bacia hidrográfica, e também a primeira a implantar o sistema de perímetros irrigados (em 1996 e 1975, respectivamente). No entanto, nota-se a falta de articulação e sintonia do poder público e da sociedade civil em organizar e implementar ações que

evitem a poluição das águas do rio Curu. Pesquisadores realizaram vasto estudo na bacia do rio Curu a fim de diagnosticar a situação ambiental da área, além de apontar possíveis causas da degradação do rio (NETO et al., 2013). A situação encontrada pelos pesquisadores foi de uma estrutura urbana incompatível com a conservação ambiental do rio ou de outros recursos naturais do entorno. Lixões a céu aberto que recebem resíduos sólidos de diversas origens (hospitalar, domiciliar, agrícola), esgoto domiciliar bruto com despejos de efluentes em direção ao leito do rio e efluentes de matadouros públicos são alguns exemplos de fontes de contaminação encontradas na pesquisa. A captação de água para abastecimento público é feita diretamente no leito desse rio com a finalidade de suprir a população das cidades de São Luís do Curu e Apuiarés. Ainda dentro dessa mesma bacia hidrográfica lagoas interduares e lençóis freáticos abastecem as cidades de Paracuru, Paraipaba e Itatira, além de outras cidades que também são abastecidas por corpos de água pertencentes à bacia do rio Curu. Uma das diversas causas da degradação do rio é a ausência quase que completa de esgotamento sanitário, tornando todo o entorno do rio ambientalmente susceptível. A falta de planejamento do uso da bacia pode agravar ainda mais a situação de degradação. Um exemplo claro disso é a extração mineral realizada no baixo curso do leito do rio Curu, atividade que tem contribuído com a degradação do rio por resultar em retenção hídrica, rebaixamento da calha fluvial e descaracterização das Áreas de Preservação Permanentes (APPs) do corpo hídrico (VERAS, 2017). É de extrema relevância que a sociedade civil organizada, por meio de fóruns de discussão e especialmente por meio do Comitê de Bacia Hidrográfica, possa contribuir para as decisões acerca da água dessa bacia hidrográfica. Os órgãos de fiscalização, por sua vez, precisam intervir para que a atividade de mineração possa se desenvolver de forma a resultar em menor impacto possível, exigindo também medidas mitigadoras dos responsáveis e o devido planejamento de recuperação de áreas degradadas.

Um dos maiores rios do Estado do Ceará, o rio Jaguaribe, também está entre os maiores alvos da má gestão de suas águas, consequência principalmente da fruticultura irrigada e da carcinicultura. As fazendas de camarão na região do Baixo Jaguaribe têm se mostrado um risco potencial para os usos prioritários da água (consumo humano e dessedentação de animais) pelo lançamento de efluentes diretamente no leito do rio sem

nenhum tratamento prévio (FIGUEIRÊDO, 2004). Este fato acarreta o aumento de vários parâmetros indicadores de eutrofização como fósforo, amônia, clorofila a e DBO. Faz – se urgente um maior interesse da comunidade científica para com os assuntos relacionados à implementação da carcinicultura no estado, a fim de sugerir medidas mitigadoras e preventivas e assim diminuir os impactos resultantes desta atividade. Ainda nesta região, a agricultura irrigada também é fonte de desequilíbrios na qualidade de água. As águas superficiais e subterrâneas se tornaram extremamente vulneráveis à contaminação com o crescimento da fruticultura e a produção de grãos nas cidades de Limoeiro do Norte e Quixeré (perímetro irrigado do Jaguaribe – Apodi), isto porque diferentes tipos de agrotóxicos têm sido utilizados no processo produtivo praticados nestas áreas. O histórico de ocupação e desenvolvimento de atividades econômicas no entorno do rio Jaguaribe mostra que a região do alto, médio e baixo curso do rio têm sido exploradas focando eminentemente nos interesses antrópicos, sem levar em consideração a conservação do corpo hídrico (PANTALENA; MAIA, 2014).

Por fim, no perímetro irrigado Ayres de Souza, pesquisadores realizaram um estudo onde a sustentabilidade agroambiental da área foi mensurada. Em sua pesquisa, os autores consideraram diversas variáveis sócio – ambientais, dentre os quais estava a variável disponibilidade hídrica. O resultado foi um índice que indicava um estado de atividade insustentável (CARNEIRO NETO et al., 2008)

Estes foram apenas alguns poucos exemplos de como se encontra a qualidade da água em perímetros irrigados no Ceará. Há muitos outros estudos de caso a serem avaliados e outros tantas regiões com graus de contaminação desconhecidos.

A zona costeira cearense é também uma região onde há vários projetos econômicos de grande porte, dentre os quais destacam-se projetos de empresas do setor de carcinicultura e grandes empreendimentos hoteleiros. A carcinicultura, já anteriormente mencionada, é uma atividade que tem gerado impactos socioambientais significativos como desmatamento de manguezais e de áreas de carnaubal, perda de áreas economicamente importantes para a comunidade indígena e de pescadores locais, além da problemática da inserção de espécies exóticas no ecossistema manguezal (MEIRELES et al., 2007). A respeito dos complexos hoteleiros que têm

se multiplicado nos últimos anos ao longo do litoral cearense, ameaçam as áreas de dunas, alteram a vegetação e fauna local e comprometem a qualidade paisagística por meio da geração de resíduos sólidos.

Por fim, as usinas de geração de energia eólica, empreendimentos que também requerem estudos ambientais adequados para seu processo de licenciamento, têm resultado em impactos significativo no ambiente físico, biótico e socioeconômico (MOURA-FÉ; PINHEIRO, 2013) em uma magnitude que muitas vezes os estudos ambientais parecem não prever.

3. INSTRUMENTOS AMBIENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, estabelece que para assegurar o direito do povo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado o Poder Público deve exigir Estudo Prévio de Impacto Ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (BRASIL, 1988). O AIA é um instrumento da política ambiental composta por um conjunto de procedimentos que, teoricamente, são capazes de assegurar que se faça o exame sistemático dos possíveis impactos ambientais de uma ação proposta (SANCHEZ, 2013). O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), através da Resolução CONAMA Nº 237, de 19 de dezembro de 1997, estabeleceu os níveis de competência federal, estadual e municipal, de acordo com a extensão do impacto ambiental, devendo os empreendimentos e atividades ser licenciados em um único nível de competência. No estado do Ceará, a tarefa de licenciar, denominada Processo de Licenciamento Ambiental, é efetuada pela Superintendência Estadual do Meio Ambiente – SEMACE, autarquia criada pela Lei Estadual Nº 11.481 de 28 de dezembro de 1987, vinculada ao Conselho de Política e Gestão do Meio Ambiente (MAIA, 2007).

O AIA tem a possibilidade de medir os impactos causados pelo homem de diversas formas. A forma como o AIA é aplicado, depende de fatores como a região do Brasil, empreendimento a ser estabelecido na área, comunidades locais do entorno da área, dentre vários outros fatores. O corpo técnico responsável pela coleta de dados, análises dos mesmos e parecer da licença também influencia fortemente na qualidade e eficiência do procedimento do AIA. Isto porque alguns

profissionais demonstram certa deficiência técnica para a realização de determinadas etapas.

Dentre os diversos procedimentos que compõem o AIA o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é um dos mais comumente realizados.

Várias são as pesquisas realizadas em diversos países que detectam falhas e vulnerabilidades nos Estudos de Impactos Ambientais. Segundo essas pesquisas, todas as etapas do procedimento muitas vezes são feitas de maneira inadequada (APPIAH-OPOKU, 2001; KRUIPIENEA; ŽIDONIENEB; DVARIONIENEA, 2009). Assim, estudos que detectem como essas vulnerabilidades podem ser superadas são de extrema relevância. Importante também ressaltar que as soluções propostas devem ser baseadas na realidade local de cada região.

A reflexão feita a partir da questão dos instrumentos ambientais é que os mesmos são fundamentais para a garantia do direito ao meio ambiente equilibrado. Porém, não basta apenas submeter os empreendimentos aos processos de controle e análises de impactos, é necessário que se garanta que as metodologias usadas nesses estudos ambientais são realmente adequadas e estão alcançando o objetivo principal que é evitar impactos futuros no ambiente local. Pesquisas para detectar falhas e subsidiar a tomada de decisão dos órgãos competentes são necessários para que possamos avançar na proteção ao meio ambiente.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo teórico-reflexivo mostra que ainda temos muito a avançar na defesa do meio ambiente no Estado do Ceará. É importante destacar que há um sistema de órgãos e instituições ambientais atuando na tentativa de prever, impedir ou mitigar os impactos de empreendimentos no Estado. No entanto, várias pesquisas mostram que o desenvolvimento econômico da região tem avançado de forma que os esforços para a defesa ambiental precisam ser intensificados pelo poder público.

É importante que as instituições competentes não se omitam a respeito da proteção ao direito a um meio ambiente equilibrado para toda a sociedade, mas em especial para as comunidades locais como indígenas, quilombolas, pescadores e demais comunidades tradicionais. A história tem demonstrado que são essas comunidades que mais sofrem com os desmandos de grandes empresas no mundo todo.

A sociedade civil devidamente informada e organizada, juntamente com as instituições governamentais competentes, podem e devem garantir o desenvolvimento sustentável, a fim de não comprometer as gerações futuras.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, E. M. de et al. Evolução da concentração iônica da solução do solo em áreas irrigadas na Chapada do Apodi, CE. **Revista Ciência Agronômica**, v. 35, n. 1, p. 9-16, 2004.

ANDRADE, E. M. et al. Fatores determinantes da qualidade das águas superficiais na bacia do Alto Acaraú, Ceará, Brasil. **Ciência Rural**, v. 37, n. 06, p. 1791-1797, 2007.

ANDRADE, E. M. et al. Impacto da lixiviação de nitrato e cloreto no lençol freático sob condições de cultivo irrigado. **Ciência Rural**, v. 39, n. 01, p. 88-95, 2009.

ANDRADE, E. M. et al. Uso da terra e qualidade das águas subterrâneas: caso do Perímetro Irrigado Baixo Acaraú, Brasil. **Ciência Agronômica**, v. 41, n. 02, p. 208-215, 2010.

APPIAH-OPOKU, S. Environmental impact assessment in developing countries: the case of Ghana. **Environmental Impact Assessment Review**, v.2, p.159-71, 2001.

BADR, E. A.; ZAHARAN, A. A.; CASHMORE, M. Benchmarking performance: Environmental impact statements in Egypt. **Environmental Impact Assessment Review**, v. 31, n. 3, p. 279-285, 2011.

BEZERRA, L. M. A. **Análise dos impactos socioambientais decorrentes da mineração na Chapada do Araripe -Nova Olinda/ Ceará**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. 140f. 2013.

BRAZIL, Constituição. **Constituição da república Federativa do Brasil**. 1988.

- CALDAS, F. V.. **Estudos de Impacto Ambiental em empreendimentos dutoviários: análise da elaboração, acompanhamento e monitoramento durante a fase de construção**. Tese de Doutorado. Universidade Federal Fluminense. 2006.
- CARNEIRO NETO, J.A.C; ANDRADE, E.M; ROSA, M.F; MOTA, F.S; LOPES, J.F.B. Índice de sustentabilidade agro-ambiental para o perímetro irrigado Ayres de Souza. **Revista Ciência e agrotecnologia**, v.32, n.4, p.1272- 1279, 2008.
- CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de março de 1997**. Brasília, 1997.
- CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 357, de 19 de março de 2005**. Brasília, 2005.
- DEUS, R. M.; BAKONYI, S. M. C. O impacto da agricultura sobre o meio ambiente. **Rev. Elet. em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental**. v. 7, n. 7, p. 1306-1315. Santa Maria, RS, mar-ago, 2012.
- ERTHAL, E. S.; BERTICELLI, R. Sustentabilidade: Agricultura irrigada e seus impactos ambientais. **Ciência e Tecnologia**. v. 2, n. 1. p. 64-74. Cruz Alta. ago, 2018.
- FIGUERÊDO, M. C. B.; de. *et al.* Questões ambientais da carcinicultura de águas interiores: o caso da Bacia do Jaguaribe, Ce. **Embrapa Agroindústria Tropical**. Fortaleza, 52 p., 2004.
- GOMES, C.S. et al. Avaliação da qualidade de estudos de impacto ambiental de pequenas centrais hidrelétricas. 2009. Disponível em: <http://www.ambiente-augm.ufscar.br/uploads/A2-052.pdf>, acesso em 15 de outubro de 2017.
- HANSEN, A. M.; KØRNØV, L.; CASHMORE, M.; RICHARDSON, T. The significance of structural power in Strategic Environmental Assessment. **Environmental Impact Assessment Review**, v.39, p.37-45, 2013.

- KRUOPIENĖ, J.; ŽIDONIENĖ, S.; DVARIONIENĖ, J. Current practice and shortcomings of EIA in Lithuania. **Impact Assessment and Project Appraisal**, v.29, p.305-309, 2009.
- KOPEZINSKI, I.. **Mineração x meio ambiente: considerações legais, principais impactos ambientais e seus processos modificadores**. Editora da Universidade, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.
- LIMA, F. S. P.; FALCÃO, C.L.C. Impactos ambientais da atividade mineradora na serra do rosário para fins de extração de granito ornamental – Sobral – Ce. **Revista Homem, Campo e Natureza**. Março 2009.
- MAIA, A. A. **Legislação ambiental do estado do Ceará**. Fortaleza : Fundação Konrad Adenauer. 504 p. 2007.
- MEIRELES, A. J. A.; CASSOLA, R. S. TUPINAMBÁ, S. V. QUEIROZ, L. S.. Impactos ambientais decorrentes das atividades da carcinicultura ao longo do litoral cearense, Nordeste do Brasil. **Mercator-Revista de Geografia da UFC**, ano 6, nº 12, 2007.
- MOURA-FÉ, M.M; PINHEIRO, M.V.A. Os parques eólicos na zona costeira do Ceará e os impactos ambientais associados. **Revista Geonorte**. v..9, n.1, p.22-41, 2013.
- MPF - Ministério Público Federal. **Deficiências em Estudos de Impacto Ambiental**: síntese de uma experiência. Brasília: 4ª Câmara de Coordenação e Revisão, Escola Superior do Ministério Público da União, 2004.
- NETO, et al., Diagnóstico ambiental e zoneamento funcional do estuário do rio Curu: subsídios para a gestão local e regional. **Revista Geografaia**. v.3, n. 1. pp. 97-113. jul.2013
- PANTALENA, A.F.; MAIA, L.P. Marcas da ação antrópica na história ambiental do Rio Jaguaribe, Ceará, Brasil. **Journal of Integrated Coastal Zone Management**. v.14, n.3, p. 460-469, 2014.

- PRADO FILHO, J. F.; SOUZA, M. P. Auditoria em avaliação de impacto ambiental: um estudo sobre a previsão de impactos ambientais em EIAs de mineração do Quadrilátero Ferrífero (MG). **Solos e Rochas**, v. 27, n. 1, p. 83-89, 2004.
- PALÁCIO, et al., Similaridade da qualidade das águas superficiais da bacia do Curu, Ceará. **Ciência Rural**. v. 39, n. 9. pp. 2494 - 2500, 2009.
- SANCHEZ, L. E. **Avaliação de Impacto Ambiental**: conceitos e métodos. 2ª Edição. São Paulo. Oficina de Textos. 583 p. 2013.
- TZOUMIS, K. Comparing the quality of draft environmental impact statements by agencies in the United States since 1998 to 2004. **Environmental Impact Assessment Review**, v. 27, p.26-40, 2007.
- VERAS, G. A. A.. **Extração mineral no leito do rio Curu e as questões ambientais**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 70p. 2017.

O RECONHECIMENTO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL BRASILEIRO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE CRÍTICA DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Milton Leonardo Jardim de Souza

Introdução

A caracterização do meio ambiente como direito fundamental é tema recorrente, obtendo pleno reconhecimento como direito fundamental de terceira geração ou dimensão, contudo a concretização de um direito fundamental exige medidas para sua efetivação e implementação. A instrumentalização deve pautar-se em efetivar as previsões estipuladas na Carta Constitucional, dependendo de políticas públicas eficazes, com a capacidade de direcionar a atividade do administrador público.

Há uma gama de políticas setoriais integradas a Política Nacional do Meio Ambiente, formando uma rede de medidas que visam uma maior proteção do patrimônio ambiental brasileiro. Dentre essas políticas, o presente artigo pretende destacar a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, entendendo pela necessidade de destacar os problemas ambientais urbanos.

Os problemas ambientais brasileiros são recorrentemente evidenciados, os direitos humanos ambientais exigem uma proteção ativa com a

colaboração dos cidadãos, a denominada crise ambiental é também uma crise de cidadania e uma doença da humanidade, dessa forma deve-se destacar a existência de direitos e deveres ecológicos (PAROLA, 2018, p. 1 e ss), além disso, torna-se importante destacar que o patrimônio ecológico divide-se em uma vertente social, ambiental e econômica. Essa divisão deve ser o norte de uma política ambiental eficaz, objetivando a integração e efetivação dessas múltiplas vertentes.

O presente trabalho, dentre os diversos problemas ambientais brasileiros, destaca a poluição por resíduos sólidos, um problema tão visível que muitas vezes parece esquecido, interessante notar que essa espécie de poluição tem uma responsabilidade múltipla entre a sociedade e os entes públicos, configurando uma perfeita hipótese de direitos e deveres ecológicos visando preservar o bem ambiental para as atuais e futuras gerações (ANTUNES, 2018, p. 710), assim pretende-se realizar uma análise crítica da PNRS, com o objetivo de reforçar o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, e a importância de desenvolver políticas públicas capazes de promover a tutela jurídica do meio ambiente, contribuindo diretamente para uma implementação adequada a realidade fática.

Dessa forma, o artigo é apresentado em quatro partes. Inicialmente, busca-se empreender uma análise da conjuntura ambiental e dos resíduos sólidos na dimensão fática, internacional e nacional. Posteriormente, avalia-se a problemática em torno da PNRS. No tópico seguinte, pauta-se na análise da PNRS, buscando avaliar eventuais hipóteses para os problemas suscitado. Em “Considerações finais”, realiza-se um fechamento debatendo as principais conclusões e indicando recomendações para uma aplicação equilibrada e eficaz da PNRS, visando o efetivo reconhecimento de um direito humano ao meio ambiente.

Análise da Conjuntura – Fática, Internacional e Nacional

Plano Fático:

O plano de gestão de resíduos sólidos é um importante instrumento para a implementação a nível nacional, regional e local das diversas diretrizes previstas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS. Dentre essas metas deve-se destacar o encerramento dos lixões e sua substituição

pela utilização e abertura de aterros controlados ou centros de tratamento de resíduos – CTRs. Contudo, deve-se evidenciar o desgaste político do administrador público na abertura desses aterros, o anúncio do “empreendimentos” para a região resulta em perda de votos e desgaste eleitoral forte para o candidato, a população em regra não é favorável e desconhece a relevante diferença entre lixão, aterro controlado e aterro sanitário.

Assim a gestão de resíduos é uma obra cara, que não chama atenção para o eleitorado e causa um forte desgaste político ao gestor público. Sendo muito mais cômodo do ponto de vista político não regulamentar a questão e continuar durante seu mandato com o descarte irregular e clandestino que certamente vai acarretar em consequências gravíssimas no futuro, inclusive com reflexo direto na saúde pública, mas que em curto prazo não causa perda de capital político, por isso é fundamental conscientizar a população da importância da gestão de resíduos e da destinação correta do rejeito produzido.

O contexto de crise econômica afetou consideravelmente a implementação dessa política, causando uma grave descontinuidade, no Estado do Rio de Janeiro poucos municípios conseguiram formalizar seus respectivos planos de resíduos, mesmo nesses municípios a implementação do plano encontra grande dificuldade com indícios de retrocesso evidenciado pela possibilidade de retorno de antigos lixões e diversas denúncias de descarte clandestino.

Em maio de 2018, em virtude da greve dos caminhoneiros, houve pedido formal do atual prefeito para a população não gerar lixo, guardar em casa seus resíduos, além de uma solicitação ao Governo Municipal para reativar temporariamente o Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho, encerrado desde 2012, evidenciando a dificuldade na gestão do resíduo na região. Há ainda alguns registros sobre a utilização de terrenos próximos ao antigo Aterro Metropolitano de Jardim Gramacho destinados ao descarte ilegal de resíduos sólidos.

Só no sistema público municipal do Rio de Janeiro, de acordo com o Plano Municipal de Gestão Integrada¹³⁵, são produzidos diariamente 9.227 toneladas/dia de lixo. Em meio à recente crise econômica, os mu-

135 Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3372233/4160602/PM-GIRS_Versao_final_publicacao_DO_dezembro2015_19_ABR_2016_sem_cabecalho1.pdf. Acesso: 03 abr 2019

nicípios têm encontrado dificuldade de equacionar essa questão, mesmo em localidades onde tem aterro sanitário regulamentado vem sendo realizando o descarte de forma irregular visando uma suposta diminuição de custos.

O cenário de austeridade aliado a necessidade da sustentabilidade econômico-financeira limitam a aplicação e ampliação das previsões da PNRS, principalmente nos menores municípios do Rio de Janeiro. A gestão compartilhada e associativa torna se impositiva, somente através de uma gestão integrada dos resíduos sólidos poderá o PNRS obter êxito. Há cerca de doze (12) planos estaduais no site do Ministério do Meio Ambiente¹³⁶, todos sinalizando pela adoção do consórcio como alternativa necessária para efetivar o PNRS.

Assim fica evidente que o despreparo aliado à falta de interesse do setor público causa um cenário complexo, onde a gestão de resíduos é feita de forma dramática e o problema não é solucionado. O cenário de crise econômica agravou consideravelmente a implementação da política causando uma situação de latente regressão, evidenciada pelas recorrentes ampliações do prazo para os municípios se adequarem as normas da PNRS.

Plano Internacional e Nacional:

O saneamento básico ingressa na agenda política e formal brasileira em virtude de uma forte influência internacional, reforçando a necessidade de garantir e incentivar o desenvolvimento de um meio ambiente equilibrado, a primeira ação internacional nesse sentido é a Declaração

136 “Os governos estaduais também devem desempenhar um papel de liderança no contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, por isso, tão importante tornam-se os Planos Estaduais de Resíduos Sólidos destinados a organizar e dar as diretrizes gerais de gestão para os municípios integrantes de cada Unidade Federativa. Além do plano estadual, a PNRS define que os Estados também são responsáveis, quando couber, pela elaboração dos planos microrregionais de resíduos sólidos, bem como dos planos de regiões metropolitanas ou de aglomerações urbanas.” Listagem dos planos estaduais elaborados ou em fase de elaboração.

Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/instrumentos-da-politica-de-residuos/item/10611>>. Acesso: 10 jan 2019

Universal dos Direitos Humanos - DUDH, onde pode-se retirar o fundamento da proteção jurídica internacional ao saneamento através de uma interpretação ampliativa do Direito à vida. Além disso, a DUDH é um marco estabelecendo pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

O marco histórico quando se trata da temática ambiental é a Declaração de Estocolmo (1972), fortemente marcada por uma preocupação em relação ao meio ambiente, trouxe uma maior atenção internacional para a questão, reforçando a necessidade de estimular a cooperação internacional em torno das questões do meio ambiente, incentivando acordos multilaterais e bilaterais. Assim, tornou mais evidente à necessidade de desenhar arranjos jurídicos integrados para garantir a preservação de um ecossistema equilibrado.

A passagem do Brasil pelo evento ficou marcada pela defesa de dois slogans: “A maior poluição é a pobreza” e “a industrialização suja é melhor que a pobreza limpa”, essa Declaração foi fundamental para fomentar um contexto, onde a questão ambiental deixou de ser um tema doméstico passando a receber a atenção internacional e conseqüentemente ingressando na agenda política com a propagação de diversos tratados e convenções (GUERRA, 2005, p. 1 e ss).

A defesa do meio ambiente foi reforçada após 20 anos com a ECO-92, exigindo-se dos Estados a implementação de medidas sustentáveis mediante a aprovação da Agenda XXI. A influencia ambiental internacional foi fundamental para a caracterização dos resíduos sólidos como um problema público, fomentando um novo padrão de desenvolvimento, denominado “desenvolvimento sustentável”. Surge nesse período uma preocupação maior de tentar conciliar a esfera econômica com a esfera ecológica, surgindo um novo modelo padrão de desenvolvimento para o século XXI.

Como resultado das diversas conferências ocorridas ao longo dos anos 90 foi idealizada as Metas do Milênio.

- 1 - Erradicar a extrema pobreza e a fome.
- 2 - Atingir o ensino básico universal.
- 3 - Promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres.
- 4 - Reduzir a mortalidade infantil.

- 5 - Melhorar a saúde materna.
- 6 - Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças.
- 7 - Garantir a sustentabilidade ambiental.
- 8 - Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

Em 2012 ocorreu a RIO +20, marcando vinte anos da realização da ECO-92, mais uma vez o desenvolvimento sustentável e o conceito de economia verde foi debatido. Mais recentemente foi aprovada a agenda 2030 com 17 objetivos relacionados ao desenvolvimento sustentável, dentre esses a preocupação com o saneamento básico e com a necessidade da cooperação internacional.

Dessa forma, fica clara a influência da esfera internacional no incentivo ao desenvolvimento sustentável no plano nacional, sendo um dos fatos primordiais para o saneamento entrar efetivamente na agenda como um problema capaz de chamar a atenção para desenho de uma política pública.

No plano nacional diversas medidas foram tomadas para internalizar as propostas estipuladas na esfera internacional. A preocupação legislativa com a temática dos resíduos sólidos tem início em 1991 com o Projeto de Lei 203 que dispunha sobre acondicionamento, coleta, tratamento, transporte e destinação dos resíduos dos serviços de saúde. Alguns anos depois houve a tentativa da proposição Conama 259 e a formalização da Comissão Especial da Política Nacional de Resíduos. Em 2003, é formalizado pelo governo federal, o Grupo de Trabalho Interministerial de Saneamento Ambiental com o objetivo de promover a integração e reestruturação das ações de saneamento ambiental.

Em uma etapa posterior a Proposição Conama 259 é reformulada, com a atuação do Ministério do Meio Ambiente que encaminha o anteprojeto da Política Nacional de Resíduos Sólidos, após alguns anos é formalizada a Comissão Especial na Câmara dos Deputados, em 2006 é aprovado o relatório do PL 203/91. No ano seguinte é proposto um projeto substitutivo pelo executivo (PL 1991/2007), foram realizadas diversas audiências públicas com a presença dos setores interessados (catadores, representantes da indústria e demais membros). No dia 3 de agosto de 2010 é publicada no Diário Oficial da União a Lei Federal nº 12.305, instituindo a denominada Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Assim chega-se ao fim um debate de quase 20 anos, a aprovação da

PNRS marca um importante momento para a preocupação ambiental no Brasil, esse diploma legal tenta estabelecer o início de uma articulação institucional entre os entes públicos e o setor privado com objetivo de equacionar os problemas na gestão de resíduos. Tem como objetivo inicial a gestão dos resíduos e a erradicação dos lixões, além da formalização de diversos instrumentos socioeconômicos.

ANÁLISE DO PROBLEMA

É fundamental uma mudança no desenvolvimento e na implementação da política de resíduos sólidos no Estado do Rio de Janeiro, passou se oito anos da aprovação da Lei 12.305/2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, dentre diversos objetivos, tinha como principal meta erradicar os lixões, implementando um sistema de coleta e descarte mais sustentável e seguro.

Essa Política Nacional estabelecia um prazo de quatro anos para que os municípios tomassem as medidas necessárias para encerrar os lixões, entretanto esse prazo não foi cumprido, em grande parte dos municípios do país e do Rio de Janeiro o descarte de resíduos ainda era feito sem observância dos ditames estabelecidos pelo Programa Nacional. Em agosto de 2014 foi assinado um Termo de Compromisso Ambiental (TCA) ampliando o prazo para dar fim aos lixões. Apesar dessa prorrogação o Senado Federal aprovou uma nova prorrogação do prazo no projeto de Lei 425/2014 prorrogando até 2021 o prazo final para adequação ao PNRS.

De acordo com o projeto de Lei 425/2014 capitais e municípios de região metropolitana vão ter até 31 de julho de 2018 para acabar com os lixões. Os municípios de fronteira e os com mais de 100 mil habitantes, podem ter o prazo estendido até 2019. As cidades entre 50 e 100 mil habitantes terão prazo até 31 de julho de 2020 e aqueles com menos de 50 mil habitantes, até 31 de julho de 2021.

Há um evidente cenário de retração na implementação da política de resíduos sólidos, tornando ainda mais relevante discutir essa política e apontar a falta de atenção das autoridades para esse problema. Cumpre destacar que a descarte irregular dos resíduos sólidos traz efeitos deletérios para toda a população do Estado, além de prejudicar de forma mais acentuada a população vulnerável que mora nas regiões periféricas da cidade,

onde ficam instalado os principais lixões, havendo um verdadeiro “efeito boomerang”, onde os mais prejudicados são aqueles que menos contribuíram para o problema (BECK, 2011, p. 27).

Na regulamentação dos aterros sanitários, além da questão jurídica e ambiental presente no PNRS, há uma dimensão social, onde milhares de pessoas dependem de material reciclável para sua subsistência. A PNRS prevê diversos instrumentos sociais e econômicos visando a reintegração dos antigos catadores na coleta seletiva e atividades correlatas, deve-se destacar que essa medida deve ser aplicada em uma etapa inicial, para posteriormente tentar-se melhorar a condição social e de renda da categoria.

A política pública de resíduos sólidos no Brasil está atualmente em fase de implementação, no Estado do Rio de Janeiro houve um progresso efetivo dessa política dentro Município do Rio de Janeiro, contudo recentemente houve a tentativa de reativar antigos lixões e ainda há uma quantidade alarmante de vazadouros nos demais municípios do Estado. Além disso, é necessário no contexto do Município do Rio de Janeiro efetivar uma avaliação da política, houve efetivamente uma redução da quantidade de depósitos irregulares e uma maior destinação de resíduo para aterros controlados, mas os antigos catadores não foram integrados em programas de trabalho e auxílio social, conforme determina o PNRS. Fazendo se necessário analisar melhor a aplicação dessa política pública no Rio de Janeiro.

A PNRS elenca diversos instrumentos jurídicos, econômicos e sociais que não encontram efetividade, é fundamental revisar a implementação dessa política avaliando como esses instrumentos podem ser realizados, além de chamar a atenção para a necessidade da inclusão dessa política na agenda política e formal

Dessa forma, o problema central em torno das propostas do PNRS fica delimitado na avaliação da aplicação e efetividade do Plano Nacional de Resíduos Sólidos no Estado do Rio de Janeiro, analisando a atual situação no Estado na implementação de medidas para a erradicação de vazadouros a céu aberto, além de um estudo de meios para integração dos órgãos, instituições e poderes de governo que viabilize uma efetiva solução para a questão, elencando assim os diversos instrumentos disponíveis na lei, objetivando orientar qual medida seria mais adequada.

ANÁLISE DAS SOLUÇÕES – Opções para a Política Nacional de Resíduos Sólidos

A PNRS é instituída com as seguintes diretrizes: reciclagem, reutilização, tratamento dos resíduos sob formato de gestão integrada pelos entes federados, controle e a fiscalização estabelecido pelos diversos sistemas e órgãos afins. Além de trabalhar com os princípios da prevenção, precaução, do poluidor pagador, da ecoeficiência, responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e do reconhecimento do resíduo sólido como bem econômico e de valor social.

É urgente revisitar a política pública nacional de resíduos sólidos no âmbito do Rio de Janeiro e idealizar arranjos jurídicos para efetivá-la. O policy cycle é uma importante ferramenta na atual etapa da aplicação da PNRS no Rio de Janeiro, auxiliando a organizar as idéias e estabelecer um referencial. Esse ciclo define a formação das políticas públicas em: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção. (SECCHI, 2013, p. 43).

Alternativas:

As propostas apresentadas pela legislação que formaliza a Política Nacional de Resíduos Sólidos variam entre algumas intervenções programáticas e outras orientadas para uma atuação mais acentuada e operacional no problema apontado, com o objetivo de solucionar efetivamente a questão do descarte e tratamento irregular do resíduo sólido.

Para uma melhor organização metodológica dos principais instrumentos previstos na legislação, convém separar as propostas em três (3) dimensões: Dimensão Social e Educacional, Dimensão Institucional e Dimensão Econômica.

- Dimensão Social e Educacional: Desenvolver e fomentar a logística reversa, incentivar a reutilização, reciclagem e a redução da produção de resíduos. Promover programas e ações de conscientização sobre a destinação correta do lixo, incentivando coleta seletiva. Promover a educação ambiental
- Dimensão Institucional: Voltada para a integração dos entes, com o objetivo de viabilizar as previsões da PNRS em âmbito regional

e local. Incentivar a formação de consórcio Plurifederativo ou a Integração entre Municípios. Estimular um Federalismo Cooperativo Efetivo, com uma real integração da região metropolitana e valorização do papel do Estado como agente catalisador e intermediário entre o plano nacional e local.

- **Dimensão Econômica:** Ressalta os instrumentos econômicos previstos na legislação, buscando sua efetivação, com medidas indutoras e linhas de financiamento. Destaca-se a integração dos catadores no desenvolvimento da PNRS, utilizando e especializando sua mão de obra, e estimulando a formação de cooperativas para coleta seletiva. Do lixo a Luz, financiar e abrir linha de crédito para programas de geração de energia através do aproveitamento do gás metano.

Avaliação das Propostas:

Após uma fase inicial de divisão e categorização das alternativas previstas na Lei 12.305/10, cumpre analisar e avaliar mais a fundo cada espécie de proposta, com o objetivo de compreender as dimensões e seus instrumentos, para posteriormente recomendar quais medidas são mais adequadas.

Cumpre reforçar que a PNRS é uma política formalizada por legislação federal, embora não tenha uma omissão na sua formulação em âmbito nacional, há uma alta judicialização da sua fase executiva no Estado do Rio de Janeiro. Justificando-se a necessidade de idealizar, através dos instrumentos já previstos na legislação, quais ferramentas jurídicas podem auxiliar o gestor público na efetivação dessa importante medida, além disso, deve-se levar em conta o caráter matricial e dinâmico das políticas públicas, para ressaltar que a efetividade dos instrumentos previstos na PNRS reflete diretamente no melhor desempenho de outras importantes políticas.

Dimensão Social e Educacional: Conjunto de previsões com caráter mais programático, com o objetivo de orientar uma mudança progressiva em longo prazo. Estimula a formulação de acordos setoriais visando implementar a responsabilidade compartilhada pelos ciclos de vida dos produtos (desenvolvimento, processo produtivo, consumo e disposição

final), a implantação da coleta seletiva de resíduos previamente separados, a disposição final ambientalmente adequada e ordenada em aterro sanitário ou controlado que garanta minimizar os riscos ambientais, os possíveis danos a saúde pública, além de promover a reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação e aproveitamento do potencial energético. Dessa forma, incentiva um padrão de consumo e produção sustentável, atendendo as necessidades da sociedade por bens e serviços sem comprometer o meio ambiente, combatendo a cultura do consumo exacerbado e sua produção significativa de resíduos.

Essa dimensão incentiva à logística reversa como um instrumento de desenvolvimento sustentável, viabilizando a coleta e restituição dos resíduos para o setor empresarial produtor, visando o reaproveitamento dentro do ciclo produtivo. Assim institucionalizando a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, através de programas e ações para incentivar a iniciativa privada na promoção de medidas que minimize o volume de resíduos produzidos, contribuindo para a saúde humana e para a qualidade ambiental.

A PNRS estabelece um rol no artigo 6º, com alguns importantes instrumentos para tentar viabilizar e institucionalizar essas previsões. Dentro dessa dimensão, podem-se destacar os seguintes instrumentos de ação do poder público na PNRS: 1- monitoramento e fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária. 2- pesquisa científica tecnológica. 3- educação ambiental. 4- a formalização de uma rede de monitoramento e informação para auxiliar no controle e gestão da produção de resíduos, dentre eles o Sistema Nacional de Informações sobre Gestão de Resíduo Sólido e em Saneamento Básico (SINIR e SINISA), além do Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos e dos conselhos de meio ambiente.

Dimensão Institucional: Essa importante dimensão é orientada para promover e fomentar a integração dos entes federativos, a PNRS é uma política de amplo aspecto, sua implementação depende de uma coordenação entre União, Estados e Municípios, dependendo ainda da agregação entre os municípios. É uma política com muitos instrumentos e objetivos, sendo reconhecidamente custosa, a integração federativa torna-se requisito fundamental para sua implementação adequada, o desenvolvimento da PNRS depende de um melhora na efetividade do Federalismo Cooperativo.

Dessa forma, deve-se incentivar o gerenciamento integrado do resíduo sólido gerado, no âmbito local a formalização de um plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos é uma importante ferramenta para institucionalizar a gestão integrada de resíduos sólidos pelos entes, com ações conjuntas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final adequada.

Conforme a legislação, a PNRS dispõe de diversos princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações coordenadas pelo Governo Federal, podendo atuar isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares. A previsão do artigo 4º reforça o caráter integrativo e cooperativo da PNRS, incentivando a cooperação entre diferentes esferas do poder público e outros segmentos da sociedade.

Dimensão Econômica: A Lei 12.305/10 trás expressamente no artigo 42, os instrumentos econômicos da PNRS, demonstrando uma preocupação em normatizar linhas de financiamento, medidas indutoras e mecanismos de custeio para as previsões da Política Pública.

Essa disposição prévia na legislação sobre as fontes de custeio e financiamento demonstra uma preocupação do legislador em viabilizar a efetividade das disposições legais, é muito comum desenhar uma Política Pública sem normatizar meios para o custeio, a PNRS inova positivamente com a instituição de importantes instrumentos econômicos.

Dentre os princípios e diretrizes econômicas que orientam a PNRS destacam-se a normatização da possibilidade de adoção de mecanismos gerenciais e econômicos que assegurem a recuperação do custo dos serviços prestados, garantindo a sustentabilidade operacional e financeira dos serviços públicos de limpeza e manejo de resíduo sólido.

Outra importante previsão da PNRS no âmbito econômico é a possibilidade de utilizar o processo licitatório para incentivar um comportamento sustentável ao gestor público, dando prioridade na aquisição de produtos recicláveis e na contratação de serviços que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentável. A PNRS prevê ainda o incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para o reaproveitamento dos resíduos sólidos no processo produtivo, dando ênfase na recuperação e no aproveitamento do resíduo como fonte energética.

No rol de instrumentos econômicos previstos na Lei 12.305/10, deve-se ressaltar a previsão expressa da possibilidade do poder público instituir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender prioritariamente a implantação de infraestrutura física e a aquisição de equipamentos para cooperativa ou associações de catadores, facilitando o crédito aos catadores, viabilizando sua integração na coleta seletiva e formalizando um importante instrumento econômico de justiça social. O principal problema social e jurídico da implementação da PNRS foi o encerramento dos antigos lixões sem a integração profissional dos catadores na coleta seletiva ou sua requalificação para ingresso no mercado de trabalho.

Dentre os instrumentos econômicos, há previsão expressa no sentido de priorizar o financiamento e o acesso ao crédito aos municípios que desenvolverem projetos de gestão dos resíduos sólidos de caráter intermunicipal ou regional. Além disso, os entes que formularem consórcios públicos com o objetivo de descentralizar a prestação de serviços que envolvam a gestão de resíduos sólidos terão prioridade na obtenção de incentivos creditícios do Governo Federal

Considerações Finais

Os entes públicos dispõem de diversos instrumentos e regramentos para efetiva as diretrizes e normas da PNRS, nessa parte final do presente trabalho, busca-se elencar quais medidas o gestor deve adotar como prioridade para facilitar o cumprimento das obrigações da Lei Federal e promover um tratamento adequado dos resíduos, contribuindo para a promoção de um meio ambiente equilibrado, respeitando as determinações legais e os compromissos assumidos pelo Brasil.

1. Formalização do Plano Estratégico de Gestão de Resíduos

A PNRS estabelece a necessidade da formalização de um Plano Nacional de Resíduos Sólidos trazendo metas, programas, medidas e diretrizes. Esse instrumento nacional foi elaborado em 2011. Há também a necessidade da formalização de um plano estadual e local, no Estado do Rio de Janeiro foi publicado em 2014. Contudo no plano local, somente

três municípios formularam seus respectivos planos (Rio de Janeiro, Niterói e São João de Meriti).

Segundo o artigo 16 da PNRS, a elaboração do plano estadual é condição para acesso a recursos, incentivos e financiamentos da União, essa determinação também esta prevista para o ente municipal. Importante destacar que a legislação federal prevê a prioridade da destinação de recursos para Estados e Municípios que instituírem a gestão integrada do resíduo sólido, no plano municipal há ainda a possibilidade de priorizar o Município que implante a coleta seletiva integrando a participação de cooperativas ou associações de catadores.

Segundo dados da última pesquisa IBGE¹³⁷, o Brasil tem no total cerca de 5.561 municípios, sendo que somente 1487 municípios tem mais de 20 mil habitantes. Assim, há uma maioria significativa de municípios com baixa densidade populacional, a PNRS buscando dar efetividade a suas previsões, estabelece a possibilidade de formalizar um plano municipal simplificado de gestão integrada para municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes, com o objetivo de facilitar a gestão de resíduos para municípios de menor porte, a maioria dos entes municipais no Brasil.

A formalização de um plano estratégico para gestão de resíduos sólidos deve ser a primeira medida do gestor público, cumprindo a condição imposta pela lei para ter acesso ao incentivo financeiro que facilitará a implementação das outras medidas e diretrizes da PNRS, além disso, o gestor público deve priorizar a gestão integrada e consorciada com a participação das cooperativas, assim terá prioridade no acesso as linhas crédito e financiamento.

2. Cooperação Intermunicipal

A cooperação e integração em torno das diretrizes e metas da PNRS é uma preocupação desde a primeira legislação sobre o tema, esse ponto recebeu também uma forte atenção das determinações internacionais, desde a Declaração de Estolcomo a gestão bilateral e multilateral das questões ambientais foi prioridade. A Lei 12.305/2010 não foi diferente nesse importante ponto, a gestão integrada é formalizada como uma diretriz

137 Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm

básica, sendo repetida como um princípio diversas vezes ao longo da legislação.

A solução consorciada intermunicipal é incentivada como uma forma ideal para implementar as determinações legais, com diversos incentivos financeiros e creditícios. O gestor não fica retido a formalização do consórcio como instrumento para gestão integrada, conforme foi defendido pelo STF no julgamento da ADI 1.842 RJ a integração municipal pode ocorrer voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação e consórcios públicos ou compulsoriamente, nos termos da lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. Segundo o STF, a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos.

Dessa forma, o gestor público deve-se priorizar a gestão e aplicação conjunta da PNRS, a formalização de consórcios pode ser uma solução viável para promover a integração, mas o gestor pode também recorrer a vinculação através da região metropolitana.

3. Integração dos Catadores

O gestor público deve ter atenção à necessidade de integrar os antigos catadores no desenvolvimento da PNRS, utilizando e especializando sua mão-de-obra, deve ainda estimular a formação de cooperativas para implementar a coleta seletiva. Esse ponto é fundamental por uma lógica social, econômica e política, a preocupação com os catadores equaciona um importante problema social, pelo prisma econômico, facilita o acesso a linhas de crédito federal, além de evitar a judicialização das questões relativas à PNRS, e impede um desgaste político do gestor.

Deve-se destacar que a integração dos catadores é obrigação do gestor, a Lei 12.305/2010 em diversos pontos formaliza a preocupação com os antigos catadores, devendo o gestor dar uma atenção especial a categoria, vendo essa importante categoria profissional como um instrumento de fomento a coleta seletiva e desenvolvimento econômico aliado a questão ambiental.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de Direito Ambiental**, Rio de Janeiro: Atlas, 19^o Ed., 2017
- BECK Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2011.
- Ministério do Meio Ambiente. 4a **Conferência Nacional do Meio Ambiente**. Disponível em: < <http://www.conferenciameioambiente.gov.br/a-4a-cnma/geracao-de-emprego-e-renda/> >. Acesso em 25 out. 2018.
- PAROLA, G. **Estamos ‘fartos’ de ‘direitos humanos’ ... quando começaremos a falar de ‘deveres humanos’? A criação de deveres humanos ecológicos para equilibrar os direitos humanos ambientais**. Revista de Direito da UNIGRANRIO. , v.8, p.1, 2018.
- Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 ago. 2010. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2018.
- Rio de Janeiro [Prefeitura da Cidade]. Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos da Cidade do Rio de Janeiro: agosto 2012 — agosto 2016. Rio de Janeiro, 2012. Disponível: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/3372233/4160602/PMGIRS_Versao_final_publicacao_DO_dezembro2015_19_ABR_2016_sem_cabecalho1.pdf> . Acesso em: 20 out. 2018.
- SIDNEY, Guerra; Sérgio, Guerra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. p. 2 e ss.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

CONSTRUÇÃO JURÍDICO-FORMAL DOS POVOS TRADICIONAIS E SEU RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO, CULTURAL E TERRITORIAL

Talita Benaion Bezerra Thevenin

Julien Marius Reis Thevenin

INTRODUÇÃO

A origem dos movimentos ambientais no mundo deu-se, dentro de sua constituição histórica, no final do século XIX, nos Estados Unidos, na qual a noção de “*wilderness*” (vida natural/ selvagem) foi implementada, constituindo-se o preservacionismo como uma adoração à natureza estética, imutável e espiritual.

Após diversas críticas ao modelo preservacionista, nos anos 60 surge um novo modelo ecológico, o conservacionista, em que é questionado todo o sistema capitalista tecnológico industrial, abrangendo, desta forma, não só a questão ambiental, mas também a social, admitindo, portanto, a permanência e utilização humana dos ecossistemas de forma equilibrada e sustentável, visando conciliar a relação homem/natureza.

Outrossim, conforme elucidada Diegues (2000), após alguns anos de teorias conservacionistas, surge um novo modelo de teoria da conservação chamada de etnoconservação, a qual, por sua vez, visa construir uma ciência e prática em consonância com os elementos socioculturais e ambientais de seus países correspondentes, valorizando os saberes das co-

munidades tradicionais indígenas e não indígenas na conservação de seus territórios. O autor também acrescenta:

[...] deve ser criada uma nova aliança entre os cientistas e os construtores e portadores do conhecimento local, partindo de que os dois conhecimentos — o científico e o local — são igualmente importantes. [...] Na elaboração das estratégias de conservação, essas populações não somente devem ser ouvidas, como devem dispor de poder deliberativo nos órgãos de decisão, o que raramente acontece em países como o nosso. (2000, p. 41-43)

Assim sendo, conforme acima descrito, com o passar dos anos, junto ao crescimento da economia capitalista global, o paradigma ambiental começou a ser objeto de discussão por movimentos de conscientização dos recursos naturais.

Desta forma, os debates oriundos de diversos estudos, pesquisas e ações findaram por considerar a importância dos povos que há séculos habitavam as florestas, atuando como guardiões dos recursos naturais porque deles dependiam sua sobrevivência, por meio de seu modo de vida econômico, social e cultural, com pouco impacto ambiental.

Assim, passou a existir um consenso no sentido que a permanência destes povos no interior estas áreas é relevante para a garantia da manutenção de sua cobertura florestal. Eis a gênese dos povos tradicionais enquanto corresponsáveis pela conservação da sociobiodiversidade.

1. CONCEITUAÇÃO DOS POVOS TRADICIONAIS E REGRAS DE USO ESTABELECIDAS

Em meio às ciências ambientais e antropológicas, desenvolveram-se aprofundamentos conceituais sobre os povos tradicionais. Dentre tais conceitos, destaca-se o de Toledo (2001) que os considera: um grupo distinto na medida em que são adaptados ao ecossistema em que vivem e adotam uma estratégia de usos múltiplos na apropriação da natureza; praticam a produção rural de pequena escala, voltada principalmente para subsistência, com pouca utilização de energia e pequena produção de excedentes; têm uma relação estreita com seu território; e possuem uma forma de ver

o mundo que resulta em uma atitude protecionista e não materialista da terra e dos recursos naturais, com base em um intercâmbio simbólico com o mundo natural.

Ainda neste sentido, na década de 90, no Brasil, segundo Vianna (2008), a denominação povos tradicionais caracterizava todos aqueles grupos sociais habitantes de remanescentes florestais, que teoricamente viviam em harmonia com a natureza.

Nota-se que tais terminologias são deveras abrangentes, podendo abarcar diversos grupos humanos, desde extrativistas – sejam seringueiros, castanheiros, babaçueiros, etc. – pescadores artesanais, pequenos produtores, caiçaras, caipiras, pantaneiros e camponeses, até povos que, pela sua forma de vida, desenvolveram modos particulares de existência, como os ribeirinhos, e incluindo-se também em tais definições os indígenas e quilombolas (CUNHA; ALMEIDA, 2002).

Assim, tem-se como aspecto positivo tal conceituação ser congregadora, na medida em que não exclui nenhum dos plurais grupos humanos habitantes do território brasileiro, ainda que cada visão científica, seja ela antropológica, histórica e/ou geográfica, englobe todos ou apenas determinados grupos dentro da definição de povos tradicionais.

Neste ínterim, para Santilli (2005, p. 85) o entendimento de povos tradicionais é bem difundido entre os pesquisadores sociais e ambientais, que corrobora:

Convém destacar que a própria formulação do conceito de populações tradicionais está formulada a um novo modelo de conservação (socioambiental), que considera a enorme diversidade cultural existente no Brasil e as formas culturalmente diferenciadas de apropriação e utilização dos recursos naturais.

Quanto aos aspectos negativos desta conceituação, conforme Léna (2002, p. 18) tal categorização de povos tradicionais, formada por diversos grupos humanos, acaba por misturar categorias nativas, sociológicas e políticas, constituindo ambiguidades que, por sua vez, dificultam a implementação de políticas específicas adaptadas. Neste sentido, esclarece que “certas populações parecem ter um estatuto bem definido hoje, como é o caso das populações indígenas, dos seringueiros e dos quilombolas, outras

nem tanto, como é o caso dos ribeirinhos. São construções elaboradas para fins jurídicos”.

No que concerne às suas regras de usos estabelecidas, os povos tradicionais atualmente dispõem de regras formais vinculadas à área em que ocupam e de regras informais em uso que eles próprios estabeleceram ao longo do tempo para a boa convivência entre si e o meio ambiente.

Tucker e Ostrom (2009) esclarecem que as regras de uso formais compreendem a legislação, as decisões do executivo e judiciário e contratos entre particulares, desde que respeitados e submetidos a controle. No caso das regras formais serem ignoradas ou desconhecidas, não são consideradas efetivamente regras em uso. Estas, por sua vez, abrangem regras formais obedecidas de forma geral, assim como regras costumeiras que possam ter surgido ou sido formuladas em condições alheias à lei.

Neste sentido, Duprat afirma que as normas estabelecidas em dissonância com as atividades práticas dos homens aos quais se aplicam tornam-se meros itens mentais ou linguísticos. Portanto, faz-se imprescindível a inter-relação entre a norma e a prática em *locus* diverso da interpretação. E acrescenta:

É preciso que o aplicador do direito compreenda o ambiente no qual se faz uso da norma e a atenção que o grupo ou as pessoas lhe conferem. Compreender, ao invés de interpretar, é sair do cogito em direção à prática que se apresenta, e fazê-la falar. É dar efetividade à liberdade expressiva, de que se falou de início, como elemento central na relação desses grupos e pessoas com o Estado nacional, em seus diversos campos (2007, p. 23).

Contudo, nota-se a colisão por vezes existente entre os mecanismos dos povos tradicionais e os existentes pelo Direito positivado, conforme expressa Santana e Oliveira (2005, p. 03), *ipsis litteris*:

O que tornaria uma comunidade tradicional uma sociedade portadora de um patrimônio cultural imaterial necessitando ser protegido é o fato de que as populações tradicionais, principalmente as rurais, possuiriam como “conjunto de mecanismos de controle” um modo de viver e encarar o meio ambiente, em uma concep-

ção simbólica muito distinta do homem médio de uma sociedade urbanizada e (ou) industrializada e que, com o avanço desta, vem extinguindo essas manifestações tradicionais.

Portanto, as regras em uso seguidas pelas pessoas é que possuem efetivamente um desdobramento direto e indireto para os recursos naturais e delineiam as condições e os processos de mudanças.

2. INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS DE RECONHECIMENTO JURÍDICO-FORMAL AOS POVOS TRADICIONAIS

Instrumentos técnicos e legais começaram a ser criados no país a favor dos povos tradicionais “*lato sensu*” no início do século XX, sendo os indígenas os pioneiros a contarem com o reconhecimento de suas diferenças étnicas e culturais, ainda que, em diversos casos, tal reconhecimento findou por prejudicar seus direitos, conforme expressa Little (2002).

A partir da década de 1980, tais povos ganharam força política mediante um processo de organização interna de suas sociedades e essas forças exerceram um papel importante no reconhecimento e ampliação de seus direitos na promulgação da Constituição de 1988, a qual prevê, em seu capítulo VIII (“Dos Índios”) do Título VIII (“Da Ordem Social”), artigo 231, o reconhecimento aos índios no que concerne à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre suas terras, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Neste sentido, a Constituição Federativa do Brasil acerta ao assegurar legalmente a cultura de tais povos, posto que, segundo Häberle (2001, p. 7):

As constituições não são meros textos jurídicos ou livros de regras normativas, mas uma expressão de desenvolvimento cultural, os meios para a auto-apresentação cultural de um povo, um espelho do seu patrimônio cultural e base para uma esperança renovada.

A Carta Magna de 1988 também inovou ao prever os direitos territoriais dos quilombos, terras de preto e comunidades cafuzas, estabelecendo

em seu Artigo 68, das Disposições Transitórias que: “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado permitir-lhes os títulos respectivos”.

Assim, em relação aos povos tradicionais “*strito sensu*” no Brasil, em que pese não terem contado com tal previsão constitucional expressa, podem ser compreendidos no artigo 215 e 216 da Constituição Federal, o qual aborda acerca dos direitos culturais e do patrimônio cultural brasileiro.

Isto porque tais dispositivos preveem a proteção do Estado do pleno exercício dos direitos culturais de grupos formadores da sociedade nacional e compreendem a cultura não apenas como a manifestação artística e produção intelectual, científica e tecnológica, mas uma forma de criar, fazer e viver dos povos e comunidades tradicionais, dentro de suas especificidades.

Esta garantia à diversidade social e cultural no país também consta no preâmbulo da Constituição que, ainda que não possua força normativa, orienta os intérpretes neste sentido ao prever a sociedade brasileira como fraterna, pluralista e sem preconceitos, devendo ser assegurados os direitos sociais e individuais.

Ademais, evidencia-se uma sintonia entre os sistemas jurídicos internacional e pátrio, posto que, em de 02 de novembro de 2001, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural – UNESCO, vem reafirmar em suas considerações iniciais a cultura para além das artes e das letras, compreendendo os modos de vida, as maneiras de viver juntos e os sistemas de valores, tradições e crenças.

Ratificada no país por meio do Decreto Legislativo 485/2006, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais demonstra, em seu artigo 2º, item 6, trata explicitamente a diversidade cultural como princípio para o desenvolvimento sustentável.

No mesmo sentido, vale também destacar a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, de 17 de outubro de 2003, ratificada pelo Brasil em 01 de março de 2006, a qual estabelece em seu artigo 2º, inciso I, que o patrimônio cultural imaterial pode ser entendido como:

As práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural.

De tais Convenções depreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui igual valor ao princípio da pluralidade, incluindo a proteção de sua liberdade de expressão e convicções de vida.

Desta forma, questões concernentes à diversidade cultural devem ser classificadas como direito fundamental e, portanto, de aplicação imediata, conforme prevê o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição (NETO, 2007). Neste sentido, acrescente-se que o parágrafo 2º do mesmo artigo confere aos Tratados que versam sobre questões relacionadas aos direitos fundamentais natureza hierárquica de norma constitucional e de aplicação imediata.

Merece também destaque a Convenção da Diversidade Biológica, cujo texto foi firmado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, na Conferência “Rio 92”, tendo sido ratificado por meio do Decreto Legislativo n.º 02/1994. Tal Convenção, em seu artigo 8º, alínea “j”, classifica que as comunidades locais e as populações indígenas são as detentoras dos conhecimentos, inovações e práticas tradicionais, e que cabe a elas o direito de dispor da forma que lhes aprouverem e na medida de seus interesses, com a devida aprovação, participação e repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização de seus conhecimentos.

Outro instrumento internacional de grande relevância às garantias dos direitos dos povos tradicionais consiste na promulgação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que versa sobre os povos indígenas e tribais, por meio do Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004. Nos termos do artigo 1º, item 2, inova-se ao prever como critério fundamental para sua determinação enquanto povo indígena ou tribal a sua própria consciência, ou seja, utiliza o critério de auto-identificação. Assim, desde que o grupo se defina como tal, deve ser aparado pela Convenção.

Segundo Neto (2007, p. 45), esta forma de concepção dos grupos tradicionais tem “provocado e promovido de forma deliberada uma ver-

dadeira ruptura no mundo jurídico, que sempre esteve vinculado aos intérpretes autorizados da Lei”. Neste ínterim, vale destacar o pensamento de Benatti (2016, p. 5):

A tradicional “política de universalização” dos sujeitos e grupos sociais adotada pelo Direito não corresponde às demandas e reivindicações desses grupos. Esse modelo de pensamento apenas aprofunda os problemas, pois não há como “enquadrar” situações vivenciadas por essas comunidades diversificadas aos modelos jurídicos preexistentes. O direito tradicionalmente formulado tem se colocado como um obstáculo na garantia da reprodução física e social dos povos e comunidades tradicionais.

A identidade destes povos possui estreita vinculação com o uso de suas terras. Neste sentido, o artigo 14, item 1, da presente Convenção prevê acerca da dominialidade e direitos territoriais, devendo ser reconhecidos e assegurados a estes povos os direitos de propriedade e posse das terras que tradicionalmente ocupam, bem como de terras não ocupadas que venham sendo utilizadas de forma tradicional.

Além disto, o artigo 16 aduz o direito de regresso destes povos a suas terras tradicionalmente ocupadas, quando findarem as causas motivadoras de seu traslado e reassentamento. Neste sentido, vale destacar que tal direito aplica-se a inúmeros casos brasileiros de povos que foram obrigados a se deslocarem de seus lugares de origem por conta de projetos agropecuários, hidrelétricos e de mineradoras (ALMEIDA, 2008).

Neste diapasão, é estabelecido também o respeito às culturas e valores espirituais relacionados à suas terras ou territórios (artigo 13, item 1) e a utilização do termo “terras” inclui o conceito de territórios, abarcando a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma, para os direitos sobre os recursos naturais existentes, com a devida participação do uso, administração, conservação e participação dos benefícios (artigos 13, item 2 e artigo 15, respectivamente).

No que concerne à questão territorial, voltando ao âmbito nacional, é imperioso citar o artigo 225, que se destaca na Carta Magna quanto à proteção ambiental, prevendo a garantia ao meio ambiente ecologicamen-

te equilibrado a todos, posto que, em seu inciso III, parágrafo 1º, definiu a criação, em todas as unidades da federação, de espaços territoriais especialmente protegidos – ETEP, cuja alteração ou desafetação dependem da edição de lei formal, ficando a cargo do Poder Público. Tais espaços podem ser assim definidos:

Todo local, definidos ou não seus limites, em que a lei assegura especial proteção. Ele é criado por atos normativos ou administrativos que possibilitem à administração pública a proteção especial de certos bem, restringindo ou limitando sua possibilidade de uso ou transferência, pelas suas qualidades inerentes. (SOUZA FILHO, 1993, p. 11)

Desta forma, no campo infraconstitucional brasileiro, tendo por finalidade regulamentar o supracitado artigo 225 da Constituição Federal e instituir o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, foi instituída a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, prevendo as Unidades de Conservação de Uso Integral e as de Uso Sustentável.

Assim, não obstante o prisma conservador de que apenas as Unidades de Uso Integral seriam as que efetivamente garantem a preservação dos recursos naturais, na visão do meio ambiente intocável, uma posição contrária, pautada em diversas pesquisas e ações concretas, vem obstinadamente corroborando que os locais de alta diversidade sociocultural aparecem associados às concentrações remanescentes de biodiversidade, exatamente pelos saberes dos funcionamentos dos ecossistemas adquiridos milenarmente por estes povos, com a devida utilização de seus recursos dentro de diversos sistemas de manejo que asseguram a sustentabilidade (SEARS; PINEDO-VASQUEZ, 2005).

Desta feita, a implementação das Unidades de Conservação de Uso Sustentável surgem como uma possibilidade efetiva de norma formal em uso, haja vista a sua flexibilidade e possível adequabilidade a realidade socioambiental em que se inserem.

As Unidades de Uso Sustentável são divididas em sete modalidades, conforme prevê o artigo 14 da Lei, das quais se destacam as Florestas Nacionais (artigo 17), as Reservas Extrativistas (artigo 18) e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável (artigo 20). As primeiras constituem áreas

com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas que asseguram a permanência dos povos tradicionais que lá habitam anteriores à sua criação e promovem o desenvolvimento de pesquisa científica e uso múltiplo sustentável dos recursos florestais, geridos pelo Poder Público, por meio de um plano de Manejo que garanta uma qualidade de vida digna a estes habitantes.

As Reservas Extrativistas são áreas naturais utilizadas por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, objetivando conciliar a proteção ambiental com a sobrevivência física e cultural de populações extrativistas tradicionais, como castanheiros, seringueiros, pescadores artesanais, babaçueiros, etc., já que dependem diretamente da existência de um ambiente natural preservado e, de maneira geral, agem de forma não degradatória, utilizando os recursos florestais necessários à prática da atividade extrativista de forma sustentável.

E as Reservas de Desenvolvimento Sustentável – RDS, as quais abrigam povos tradicionais cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações, nos quais se inserem os ribeirinhos, objetivando também a conciliação entre a preservação da natureza e, ao mesmo tempo, a garantia das condições e meios essenciais para melhoria da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais, além da devida valorização, conservação e aperfeiçoamento do conhecimento e das técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estes povos, conforme o parágrafo 1º do artigo 20, da supracitada Lei.

3. NORMAS LEGAIS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS AOS POVOS TRADICIONAIS

No que diz respeito ao reconhecimento de sua existência formal, os povos tradicionais começaram a ganhar mais espaço primeiramente em 1992, com a vanguardista Portaria do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA n.º 22-n, de 10 de fevereiro, a qual criou o Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Populações Tradicionais – CNPT, aprovando seu Regimento Interno de forma a viabilizar sua atuação.

Por conseguinte, em 2002 foi instituído o Decreto Federal que criou a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais. Tal Decreto foi alterado em 2006 e novamente em 2016, pelo Decreto n.º. 8.750, de 09 de maio, transformando-o em Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, um órgão colegiado de caráter consultivo, integrante da estrutura do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, sendo paritário entre representantes das comunidades tradicionais e do Poder Público.

Após ampla discussão e reivindicação, em 07 de fevereiro de 2007, por meio do Decreto Presidencial n.º 6.040, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, houve enfim a formalização de sua existência, com sua definição prevista no artigo 3º, inciso I, *verbum ad verbum*:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Nota-se que tal definição segue o mesmo tratamento dispensado pela Convenção 169 da OIT, no sentido de não definir estritamente quais os grupos que se inserem nestas categorias, possibilitando uma ampliação do rol, conforme os critérios de auto-definição também mantidos neste texto, ao prever “que se reconhecem como tais”.

Contudo, mesmo com tais definições expressas de povos tradicionais na legislação competente, vale salientar que:

[...] não significa exatamente um acatamento absoluto das reivindicações encaminhadas pelos movimentos sociais, não significando, portanto, uma resolução dos conflitos e tensões em torno daquelas formas intrínsecas de apropriação e de uso comum dos recursos naturais, que abrangem extensas áreas principalmente na região amazônica, no semi-árido nordestino e no planalto meridional do País (ALMEIDA, 2008, p. 26).

Outrossim, a referida Política possui sua base no tripé cultura/identidade/territorialidade, tendo como principal objetivo “promover o desenvolvimento sustentável, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia de seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com o respeito e valorização da sua identidade e suas formas de organização e diferentes instituições” (artigo 2º).

Neste sentido, ressalte-se a Emenda Constitucional n.º 71, de 29 de novembro de 2012, a qual incluiu o artigo 216-A, na Constituição, a qual instituiu o Sistema Nacional de Cultura, tendo por escopo a promoção do desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais, bem como estabelecendo a transversalidade das políticas culturais e a democratização dos processos decisórios com participação e controle social como princípios, dentre outros (caput e parágrafo 1º, incisos VII e X).

O Código Florestal – Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, por sua vez, também traz avanços normativos aos povos tradicionais em alguns de seus artigos, versando acerca da autorização da exploração agroflorestal sustentável praticada por povos tradicionais, a ser considerada como interesse social, desde que não descaracterize a cobertura vegetal existente e não prejudique a função ambiental da área (artigo 3º, inciso IX, alínea “b”); da construção de suas moradias, a ser caracterizada como atividade de baixo impacto ambiental (art. 3º, inciso X, alínea “e”).

Prevê também sobre a garantia de isenção do Plano de Manejo Florestal Sustentado – PMFS para a exploração florestal não comercial realizada pelos povos tradicionais (art. 32, inciso III); a autorização do uso de fogo para a prática de agricultura de subsistência exercida pelos povos tradicionais (artigo 38, parágrafo 2º); dentre outros.

Além disso, outro instrumento legal relativo aos povos tradicionais que merece atenção é a Lei 11.284, de 02 de março de 2006, a qual dispõe sobre a Gestão de Florestas Públicas para a Produção Sustentável, tendo como princípios a proteção dos valores culturais associados à biodiversidade ecossistêmica; o estabelecimento de atividades que promovam o uso eficiente e racional das florestas, contribuindo para o desenvolvimento sustentável; o respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, de acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação; a garantia de condições estáveis e seguras que

estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas; dentre outros (artigo 2º).

Cumpra destacar que a gestão de florestas está diretamente associada à gestão das comunidades locais, que poderão regularizar as posses de suas áreas tradicionalmente ocupadas ou utilizadas, imprescindíveis à conservação de sua identidade cultural, conforme prevê o artigo 6º da Lei. Tal artigo estabelece a identificação destas florestas públicas conforme sua destinação, prevendo a criação de reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável, e a concessão de uso por meio de projetos de assentamento florestal, de desenvolvimento sustentável, agroextrativistas ou outros similares, para a realização das concessões florestais, de forma não onerosa.

Destarte, além da garantia assegurada legalmente da gestão das florestas e de sua biodiversidade, é cogente avançar no reconhecimento de direitos sobre o patrimônio dos povos tradicionais, para que possam usufruir da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de seus saberes tradicionais e do material genético existente em seu território, por meio de um sistema de repartição justa dos benefícios. Tais conhecimentos abrangem técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, saberes acerca dos diversos ecossistemas, bem como de propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas, além das próprias categorizações e classificações de espécies de fauna e flora utilizadas (SANTILLI, 2005).

Neste diapasão, cumpre destacar a existência da recente Lei n.º 13.123, de 20 de maio 2015, a qual dispõe sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, e acerca da repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, prevendo em seu artigo 8º a proteção dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético dos povos tradicionais, em que é assegurada a sua participação nas tomadas de decisões acerca do assunto.

Conforme bem elucida Noda, *et al.* (2002), é fundamental ao agricultor tradicional manter a estabilidade dos níveis de biodiversidade dos ecossistemas por ele manejados. No que concerne aos recursos genéticos, sua conservação é assegurada na proporção em que se mantém a sustentabilidade do sistema produtivo. Neste viés, os produtores tradicionais destacam-se como os povos que ainda cultivam e conservam a variabilidade genética de espécies olerícolas, frutíferas, florestais e medicinais.

Ademais, ainda segundo os autores, os sistemas de conservação e melhoramento genético *in situ* de muitas espécies cultivadas, desenvolvidos por estes povos, podem apresentar-se também como uma alternativa econômica a fim de geração de renda aos agricultores tradicionais, que receberam os devidos saberes com seus ancestrais, que inclusive melhoraram a qualidade das plantas.

Isto posto, diante do reconhecimento jurídico-formal dos povos tradicionais em convênios internacionais, na Carta Magna e em Leis, Decretos e Instruções Normativas, acima dissertados, imperioso mencionar a explanação de Almeida (2008, p. 20) sobre o assunto:

O reconhecimento jurídico-formal das práticas de uso comum, mediante a ação dos movimentos sociais, permite registrar conquistas efetivas, contrariando simultaneamente tanto as interpretações deterministas de que se estaria diante de uma “crise do tradicional” mediante o crescimento demográfico, quanto as interpretações evolucionistas que reiteram uma “crise dos comuns” indicativa de seu trágico declínio ou de uma “tendência inexorável ao desaparecimento”.

Contudo, afirma o supracitado autor que, ainda que tenham sido instituídas as normas jurídicas a estes povos, há a notória dificuldade de sua efetiva implementação prática, demonstrando uma resistência por conta da sociedade dominante, isto porque tal reconhecimento culmina com a ruptura da invisibilidade social, a qual historicamente caracterizou estas formas de apropriação dos recursos pautados no uso comum e em inerentes fatores culturais, conduzindo a transformações na estrutura agrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a instituição de alguns importantes instrumentos jurídico-formais aos povos tradicionais, é notório que ainda se está longe de lhes serem assegurados tudo que de fato têm direito. Neste sentido, é fundamental que haja um maior apoio governamental no desenvolvimento de políticas públicas em que se valorize o aprimoramento das agriculturas tradicionais, a fim de que possam ser economicamente rentável e viável a estes povos, assegurando-lhes melhores condições de vida.

Faz-se necessária a interlocução dos saberes tradicionais com os saberes científicos existentes, para a consecução de alternativas sustentáveis voltadas a solucionar ou ao menos minimizar os problemas ambientais causados pelo sistema capitalista. Para tanto, faz-se necessária a adoção de práticas de baixo impacto ambiental aplicadas pelos povos tradicionais, contribuindo para a conservação florestal, a fim de, se não solucionar, ao menos minimizar os impactos geradores da famigerada crise ambiental.

Por fim, cumpre assegurar o direito a estes povos de escolherem suas próprias prioridades e de controlarem, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural, com sua participação na formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente, tirando destes povos o estigma de não terem a capacidade de discernimento do que é melhor para si em termos econômicos e socioambientais, rompendo esta condição de “tutela”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. W. B. de. Terras Tradicionalmente Ocupadas: Processos de Territorialização, Movimentos Sociais e Uso Comum. In: ALMEIDA, A. W. B. de (Org.) **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2.^a ed, Manaus: PGSCA–UFAM, 2008.

BENATTI, J. H.. Populações Tradicionais e o Reconhecimento de seus Territórios: Uma Luta Sem Fim. In: **Anais do 7º Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade**. Brasília, 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Decreto n.º 8.750, de 09 de maio de 2016**. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8750.htm#art20> Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

_____. **Decreto Legislativo n.º. 02 de 1994.** Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

_____. **Decreto Legislativo n.º. 143 de 2002.** Aprova o texto da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao-1-pl.html>> Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

_____. **Decreto Legislativo n.º. 485, de 2006.** Aprova o texto da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, celebrada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2006/decretolegislativo-485-20-dezembro-2006-548645-norma-pl.html>> Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

_____. **Decreto Presidencial n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm> Acesso em: 03 de junho de 2016.

_____. **Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm> Acesso em: 01 de julho de 2016.

_____. **Lei 11.284, de 02 de março de 2006.** Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF;

altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111284.htm> Acesso em: 03 de junho de 2016.

_____. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em 10 de março, 2017.

CUNHA, M. C. da; ALMEIDA, M. B. de (Orgs.). **Enciclopédia da Floresta. O Alto Juruá: Práticas e Conhecimentos das Populações.** MMA. Companhia das Letras, 2002.

DIEGUES, A. C. Etnoconservação da Natureza: Enfoques Alternativos. In: DIEGUES, A. C. (Org.) **Etnoconservação: novos rumos para a proteção da natureza dos trópicos.** 2ª Edição. HUCITEC / NUPAUB – USP, 2000.

_____. **O mito moderno da natureza intocada.** 5ª Edição. São Paulo: HUCITEC / NUPAUB – USP, 2004.

DUPRAT, D.. Prefácio. In: SHIRAISHI NETO, J., (Org). **Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil:** Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional. Manaus: UEA, 2007.

HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional.** Traduzido por Hector Fix-Fierro, México DF: Universidad Autónoma do México; 2001.

LÉNA, P. As políticas de desenvolvimento sustentável para a Amazônia: problemas e contradições. In: ESTERCI, N; LIMA, D; LÉNA, P. **Rede Amazônia: diversidade sociocultural e políticas ambientais,** v. 1, n. 1. Rio de Janeiro, 2002.

- LITTLE, P. E. Territórios sociais e Povos Tradicionais no Brasil: por uma Antropologia da Territorialidade. **Série Antropologia**, 322, 2002. Disponível em: http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PaulLittle__1.pdf. Acesso em: 20 de julho de 2016.
- NETO, J. S. A Particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais face às Declarações e Convenções Internacionais. In: SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais no Brasil: Declarações, Convenções Internacionais e Dispositivos Jurídicos definidores de uma Política Nacional**. Manaus: UEA, 2007.
- NODA, S. N.; NODA, H.; MARTINS, A. L. U. Papel do processo produtivo tradicional na conservação dos recursos genéticos vegetais. In: RIVAS, A.; FREITAS, C. E. C. **Amazônia: uma perspectiva interdisciplinar**. Manaus: Universidade do Amazonas, 2002.
- SANTANA, L. R.; OLIVEIRA, T. O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo direito ambiental. **Anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**, São Paulo: Antônio Herman Benjamin, 2005.
- SANTILLI, J. F. da R. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Petrópolis, 2005.
- SEARS, R. R. e PINEDO-VASQUEZ, M. Cortando as árvores e cultivando a floresta: a produção madeireira de pequenos proprietários na várzea da Amazônia. In ZARIN. et al., (Orgs.). **As florestas produtivas nos neotrópicos: conservação por meio do manejo sustentável**. São Paulo/SP: Ed. Peirópolis, 2005.
- SOUZA FILHO, C. F. M. de. **Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação**. Curitiba, Universitária Champagnat, 1993.
- TOLEDO, V. M. Indigenous Peoples and Biodiversity. In: LEVIN, S. et al. (eds.). **Encyclopedia of Biodiversity**. Academic Press, 2001.

TUCKER, C. M.; OSTROM, E. Pesquisa multidisciplinar relacionando instituições e transformações florestais. In: MORAN, E. F.; OSTROM, E. (Orgs.). **Ecossistemas florestais: Interação homem-ambiente**. São Paulo: Senac/Edusp, 2009.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 02 de novembro de 2001**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>> Acesso em: 05 de janeiro de 2017.

UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 17 de outubro de 2003**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>> Acesso em: 15 de março de 2017.

VIANNA, L. P. **De invisíveis a protagonistas: populações tradicionais e unidades de conservação**. São Paulo: Annablume; FAPESP, 2008.

MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA GERAÇÃO E A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

Thais Cíntia Cármi

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar o meio ambiente como um direito fundamental de terceira geração e as implicações que podem ser percebidas no âmbito das atividades empresariais.

Observa-se a crescente preocupação social e dos operadores do Direito à proteção ao meio ambiente e sua relevância para as atuais e futuras gerações, traduzindo-se em ações que podem ser observados em várias áreas do conhecimento, espraiando-se para o cotidiano das empresas.

Os efeitos dessa preocupação serão objeto de estudo deste trabalho, mormente no que se refere às implicações que podem ser observadas no âmbito da classificação das companhia de capital aberto com ações bursáteis pelas bolsas de valores que comercializam seus títulos.

Para tanto, primeiramente, será analisado o conceito de meio ambiente, a natureza dos direitos fundamentais e suas gerações, a definição de sustentabilidade empresarial, os índices atualmente utilizados com o escopo de verificar o grau de comprometimento das empresas com a preservação ambiental, e os efeitos da publicização dos indicadores das empresas avaliadas, demonstrando como o mercado de capitais pode ser contribuir para incentivar as sociedades a desenvolver ou incrementar suas práticas sustentáveis.

1 MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federativa do Brasil destaca todo um capítulo ao meio ambiente, alçando sua importância tanto sob o prisma normativo como programático:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Para que se tenha a correta percepção dessa disposição, é mister tratar do conceito de meio ambiente.

Conforme as lições de José Afonso da Silva, o ambiente é composto de elementos de distintas naturezas: meio ambiente natural, formado pela biosfera; meio ambiente cultural, que compreende o patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico; e o meio ambiente artificial, integrado pelo espaço urbano construído pelo homem (SILVA, 2013).

A Lei nº 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, em seu artigo 3º, inciso I, define meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;(...)” (BRASIL, 1981). Pode-se observar a correlação existente entre o meio ambiente e outro importante direito salvaguardado constitucionalmente: a vida.

A dimensão da proteção ao meio ambiente é de tal magnitude, que uma breve análise interdisciplinar com a biologia pode auxiliar nesse entendimento. Richard LEWONTIN (2002) ensina que o organismo não responde a um ambiente externo, mas é um elemento constituinte do ambiente e que dele emana. Assim, não pode haver organismo sem ambiente, e não pode haver ambiente sem organismo.

MATURANA e VARELA (2001) desenvolvem ainda mais essa ideia, defendendo que há transformações mutuamente desencadeadas entre organismo e ambiente, estando ambos em constante transformação e influenciando um ao outro.

Como se pode observar, tanto na biologia como no direito, resta clara o vínculo entre o homem e o meio, e como se influenciam mutuamente, demonstrando haver uma íntima relação autopoiética nesse sistema.

Feita essa análise, verifica-se que a própria correlação supra mencionada denota que a sustentabilidade ambiental corrobora com a defesa de outros direitos de primeira grandeza. Todos eles são objeto de salvaguarda constitucional.

Instituídos com o escopo de proteger os cidadãos de arbitrariedades do Estado, fortemente influenciados pelos ideais trazidos pelo Iluminismo, os direitos fundamentais também deveriam traduzir a função estatal de atuar em prol da melhoria das condições sociais e bem estar coletivo. Sob essa perspectiva, observa-se sua natureza polifacética, pois visa resguardar o homem na sua liberdade, nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2018).

Os direitos fundamentais, portanto, apresentam-se como a positivação constitucional de valores básicos e essenciais, que formam o núcleo substancial da ordem normativa necessária para a preservação adequada e longa de um Estado constitucional democrático (SARLET, 2005).

1.1 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Doutrinariamente, os direitos fundamentais têm sido divididos em dimensões ou gerações, conforme a natureza do direito tutelado.

Aqueles ditos de primeira geração são entendidos que mais estreitamente estão relacionados à própria origem desses direitos, voltados para a limitação da atuação estatal e salvaguarda dos direitos individuais, como a igualdade perante lei, proteção à vida, à liberdade, dentre outros. Ou seja, defendem a autonomia dos particulares, reconhecendo sua independência em relação ao demais membros participantes da sociedade e do próprio Estado (SILVA, 2018).

Justamente por seu âmbito material, são usualmente normatizados nas constituições dos Estados democráticos de direito, limitando a atuação estatal no que tange à preservação da esfera individual. Segundo LAFER (2006), baseiam-se “numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista”.

Com o passar dos anos e o agravamento das questões sociais em decorrência das guerras mundiais que assolaram os povos no século XX, o Estado deve assumir novas preocupações, mantendo os direitos de primeira geração e atentando-se para a redução das desigualdades sociais e a necessidade de desenvolver políticas públicas voltadas para a construção de condições de vida mais dignas, inclusive no que tange a direitos econômicos.

Conforme lições de FERREIRA FILHO (2006), além de confirmar o direitos de primeira geração, a a eles serão somados os de segunda geração, vez que resultam da demanda dessa nova realidade social dos indivíduos. O que se altera é a perspectiva em relação à atuação estatal: enquanto, em primeira momento, buscava-se limitar o Estado, nesse novo cenário têm-se por escopo que aja proativamente objetivando o bem estar da coletividade, com ela interagindo para alcançá-lo.

Nas palavras de LAFER (2006), os “direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.”

Como se pode observar, as crises trazidas pela falta de condições dignas influenciaram a expectativa do bem de vida a ser salvaguardado socialmente. Com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, desveladas a inúmeras atrocidades cometidas e percebido o ponto que se pode chegar de desrespeito ao ser humano, há uma importante reação internacional em prol de que seja evitada a repetição de fatos que abrangem esse nível de crueldade.

Os estudos, nesse sentido, desdobram-se para outra dimensão, assumem uma nova etapa, com distintas de inquietações e se arvoram para valores que alcançam a atenção com o destino dos povos como um todo, sem divisões, sem que raças, cores ou credos limitem a proteção devida ao ser humano.

Nesse ambiente, são criados organismos internacionais de altíssima relevância, como a Organização das Nações Unidas – ONU (1945), preocupados com a essência do ser humano, bem como o próprio futuro da humanidade. Essencialmente, emergem questões que são alimentadas pelos

sentimentos de solidariedade e fraternidade, ampliando o escudo protetivo dos direitos fundamentais (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2018).

Assim, o direito à paz, a comunicação, ao patrimônio comum e ao meio ambiente são envolvidos sob o mesmo manto, ultrapassando o interesse de um indivíduo, grupo ou determinado Estado, o que retrata a grandeza desse anseio protetivo.

FERREIRA FILHO (2006), de maneira magistral, percebe os elos que aproximam as três gerações estudadas com os ideais da Revolução Francesa:

(...) a primeira geração seria dos direitos de liberdade, a segunda dos direitos de igualdade, a terceira, assim completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.

Acerca de tais direitos, MORAES associa à terceira geração o direito a um meio ambiente equilibrado, tanto assim que se encontra constitucionalmente protegido.

No mesmo sentido caminha BOBBIO (1992), ao defender que tal geração de direitos propõe um novo enfoque de cooperação internacional em benefício de todos, o que abrange os problemas ambientais mundiais, pois ultrapassa fronteiras e necessita de soluções universais. Isso implica não apenas na solidariedade das nações mais ricas com as mais pobres, como também das gerações presentes para com as gerações futuras.

Assoma-se diante das nações a evidência de que a questão referente ao meio ambiente ecoa internacionalmente, sendo perceptível que há uma transcendência territorial e pessoal, tanto no que tange à adversidade, quanto sua à sua elucidação. Não há possibilidade de compartimentar essa matéria, seccionando seus efeitos.

MILARÉ corrobora esse entendimento e esclarece:

(...) os interesses difusos expressivamente se revelam no tema de meio ambiente, porque a proteção deste não cabe a um titular exclusivo ou individuado, mas se espalha difusamente sobre toda coletividade e cada um de seus membros.

Ainda há a construção doutrinária para a configuração de direitos de quarta geração. Não há consenso nesse sentido¹³⁸, assim, será resumidamente mencionada neste trabalho.

A quarta geração seria composta por direitos fundamentais que abarcam a defesa da democracia, informação e pluralismo, em prol da do futuro da cidadania e legitimidade da globalização política (NOVELINO, ano).

Em que pese todas as dimensões ou gerações que possam ser utilizadas para classificação dos direitos fundamentais, é imprescindível esclarecer que se tratam de direitos considerados indivisíveis, independentemente de sua natureza ser social, econômica ou afins, pois são tidos como unos, indivisíveis (SILVA e GUIMARÃES, 2014), sendo, todos eles, de alta relevância.

Uma vez categorizado o direito ao meio ambiente protegido, tanto para as atuais como para as futuras gerações, analisa-se como o comportamento empresarial foi alterado em virtude desse valor social que se tornou mais relevante a cada dia.

2 SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

A crescente preocupação com questões relacionados à matéria ambiental ensejou o reflexo multidisciplinares em várias áreas de conhecimento. Isso resultou numa expansão do conceito de sustentabilidade, incluindo em seu significado aspectos empresariais.

Esses novos contornos incluem o crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a igualdade social, formando um tripé estrutural que resultou no chamado *Triple Bottom Line* - TBL.

As organizações incorporaram o triplo alicerce econômico-financeiro, social e ambiental à sua estrutura, sendo de responsabilidade dos administradores de incorporá-los à estratégia de negócios. Cabe salientar que os gestores respondem pelo adequado processo de implementação desse planejamento (ELKINGTON, 1997).

Nesse novo contexto, as empresas preocupam-se com a revisão de seus procedimentos internos, incluindo em seu plano de negócio práticas ambientalmente sustentáveis, que se alinhem aos elementos de TBL,

138 Apenas a título de exemplo, enquanto BOBBIO (1992) entende que direitos de quarta geração estão relacionados à engenharia genética, BONAVIDES (2018) defende que se referem à tutela da democracia, da informação e do pluralismo.

como a logística reversa e a inovação no processo produtivo com vistas à diminuição de resíduos.

Corroborando esse entendimento e trazendo viés conceitual normativo ao tema, a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, define Logística Reversa da seguinte forma:

(...) instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada; (...)

Os procedimentos empresariais passaram a ter um novo componente de alta relevância: a sustentabilidade, com efeitos positivos na avaliação do capital reputacional da empresa, assim entendida a porção do valor de mercado da empresa que pode ser atribuída à percepção que se tem da empresa como uma corporação de boa conduta no mercado MACHADOFILHO; ZYLBERSZTAJN, 2004).

Não se trata de uma definição recente, mas, como ressalta MAGALHÃES (2008), a reputação empresarial decorre de uma construção social que busca legitimar as companhias perante a sociedade.

Com o avançar das preocupações ambientais, essa percepção ingressa no ambiente do mercado de capitais, e passa a ser um ponto de atenção a ser sopesado pelo potenciais investidores de recursos em títulos que são negociados em bolsa de valores. São, então, criados indexadores que evidenciam o grau de compromisso socioambiental dos emitentes desses títulos. No Brasil, foi desenvolvido o Índice de Sustentabilidade Empresarial.

3 ÍNDICE DE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL - ISE

Em 2005, a BM&FBOVESPA, então denominação da B3¹³⁹, lança

139 A B3 conjuga a fusão da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F) e da Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia – CETIP. A Bovespa era responsável pela negociação de ações; a BM&F, por contratos de mercadorias (as chamadas commodities), contratos de derivativos, tanto para pagamento à vista, como para liquidação futura. Já a CETIP era responsável pelos sistemas eletrônicos

o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, que manifestou-se como um importante fator de indução das empresas para a adoção de práticas de negócios que contribuam para a preservação do meio ambiente com o desenvolvimento sustentável de suas atividades.

O precursor do ISE e, por assim dizer, sua fonte de inspiração, foi o *Dow Jones Sustainability Indexes* (DJSI). Primeiro índice de ações a ser criado, o DJSI foi lançado em Nova Iorque, em 1999. Posteriormente, em 2000, surge o FTSE4Good, criado em Londres. Já em 2003, lança-se o terceiro índice de ações, o JSE, na bolsa de valores de Joanesburgo, África do Sul.

SIMMONETTI (2007) esclarece que a primeira iniciativa rumo à defesa da sustentabilidade empresarial no mercado de capitais foi o “*socially responsible investments*” (SRI). Com esse indicador de práticas sustentáveis, observou-se que os investidores preferiam carteiras de ações compostas por títulos em que as empresas selecionadas apresentavam baixo ou nenhum risco de envolvimento em problemas socioambientais.

Esta prática foi amplamente utilizada entre 2001 e 2002, período no qual verificou-se o crescimento de 7% (sete por cento) dos ativos nos Estados Unidos da América, enquanto outros caíram 4% (quatro por cento), conforme dados compilados pelo Fórum de Investimento Social dos Estados Unidos (SOCIAL INVESTMENT FORUM FOUNDATION, 2003).

O ISE é o quarto índice de sustentabilidade criado em ambiente bursátil. No primeiro ano, reuniu as ações de vinte e oito empresas qualificadas como “avançadas” na sustentabilidade empresarial.¹⁴⁰

Esse índice foi financiado pelo *International Finance Corporation* e tem por escopo estimular a mudança comportamental das sociedades que têm suas ações negociadas em bolsa de valores. Pretende-se fomentar condutas éticas e promover a conexão entre os investimentos

de custódia, registro de operações e liquidação financeira no mercado de títulos públicos e privados.

140 As empresas assim consideradas na época foram as seguintes: ALL América Latina Logística, Eletrobraz, Aracruz Celulose, Eletropaulo, Belgo Mineira, Embraer, Bradesco, Gol Linhas Aéreas Inteligentes, Banco do Brasil, Ioch-Maxion, Braskem, Itaubanco, CCR Rodovias, Itaúsa, Celesc, Natura, Ceming, Perdigão, Cesp, Suzano Bahia Sul, Papel e Celulose, Copel, Tractebel Energia, Copesul, Unibanco, CPFL Energia, Votorantim Celulose e Papel, Dasa Diagnósticos da América e WEG.

e a sustentabilidade do processo produtivo, tornando-os harmoniosos (BOVESPA, 2008).

Para tanto, desenvolve-se uma análise comparativa das empresas listadas na B3, considerando-se a eficiência econômica, o equilíbrio ambiental, a justiça social e a governança corporativa.

Ademais, o ISE é considerado um instrumento de autorregulação, pois permite que sejam analisados minuciosamente o desempenho em grau de sustentabilidade corporativa da companhia cujas ações são transacionadas em Bolsa de Valores.

Para que possa compor tal indexador, devem ser atendidos vários critérios, conforme segue (BMF&BOVESPA, 2005):

- ter suas ações negociadas em 50% (cinquenta por cento) dos pregões no período de vigência das 3 (três) carteiras anteriores;
- não ser classificado como “Penny Stock”,¹⁴¹ conforme Manual de Definições e Procedimentos dos Índices da BM&FBOVESPA);
- atender aos critérios de sustentabilidade e ser selecionado pelo Conselho Deliberativo do ISE.

Além de atender a critérios claramente estipulados, há alguns eventos que podem retirar a categoria de ISE. Assim, serão excluídos da carteira os ativos que:

- deixarem de atender a qualquer um dos critérios de inclusão acima indicados;
- durante a vigência da carteira, passem a ser listados em situação especial, assim entendidos ativos de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, regime especial de administração temporária, intervenção ou qualquer outra hipótese definida pela Bolsa. Nessas hipóteses, serão excluídos ao final de seu primeiro dia de negociação nesse enquadramento;
- forem de emissão de uma empresa cujo desempenho de susten-

141 São consideradas penny stocks as ações cotadas na casa dos centavos, geralmente de empresas em grande dificuldade financeira. Como apresentam baixo valor, qualquer mudança nos preços significa uma variação significativa, por esse motivo costumam atrair investidores de alto risco que ganham com a especulação.

tabilidade, no entendimento do Conselho Deliberativo do ISE (CISE), tenha sido significativamente alterado em função de algum acontecimento ocorrido durante a vigência da carteira. Diferentemente do que ocorre com os títulos em situação especial, ativos nessa situação poderão ser excluídos a qualquer momento, por deliberação do CISE.

Enfim, ressalta-se que as dimensões da sustentabilidade estabelecidas para cálculo do ISE abrangem quatro grandes eixos: o econômico-financeiro, o social, o ambiental e o de governança corporativa, resultando em um indicador de amplo espectro e de elevado valor informativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado neste estudo, os direitos fundamentais encontram-se fundamentados normativamente pela Carta Magna de 1988. Com o passar do tempo e o surgimento de novas condições no cenário social, político e econômico, outras necessidades demandam do Estado proteção.

Diante desse panorama, analisando os direitos que se expandem ao longo dos anos, a doutrina constrói categorias para classificar essas evoluções, que passam a ser denominadas de gerações dos direitos fundamentais.

A proteção ao meio ambiente encontra-se inserida no rol da terceira geração desses direitos, e trata-se de um valor que transcende a preocupação social e adentra a seara empresarial, influenciando o capital reputacional das companhias.

Para que potenciais investidores possam avaliar o grau de comprometimentos com boas práticas socioambientais adotados pelas corporações, as bolsas de valores desenvolvem índices específicos. No Brasil, lança-se o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE.

Valendo-se de tais informações, é possível dirimir suas dúvidas quanto ao direcionamento de seus recursos e graduar seu envolvimento com procedimentos sustentáveis.

Essas iniciativas demonstram como a proteção ao meio ambiente alcançou um patamar de expressiva relevância no meio corporativo, e como o mercado de capitais pode auxiliar nesse sentido.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARBOSA, Paulo Roberto Arcoverde. **Índice de sustentabilidade empresarial da Bolsa de Valores de São Paulo (ISE - BOVESPA): exame da adequação como referência para aperfeiçoamento da gestão sustentável das empresas e para formação de carteiras de investimento orientadas por princípios de sustentabilidade corporativa**. Disponível em: https://www.coppead.ufrj.br/upload/publicacoes/Paulo_Barbosa.pdf Acesso em 07 Abr 2019.

BMF&BOVESPA. **Manual de Definições e Procedimentos dos Índices da BM&FBOVESPA**. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/Indices/download/Manual-de-Definicoes-e-Procedimentos-dos-Indices-da-BMFBOVESPA-R.pdf>>. Acesso em: 04 abr 2019.

BOVESPA. **ISE em bolsa de valores**. Disponível em: <www.institutoatkwjh.org.br/compendio/?q=node/43>. Acesso em: 01 abr 2019.

BOVESPA. **O que é o ISE**. Disponível em: <<http://isebvmf.com.br/index.php?r=site/conteudo&id=1>>. Acesso em: 01 abr 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_173_.asp . Acesso em: 01 abr 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil/03/Leis/L6938.htm> , último acesso em 01 abr 2019.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm, último acesso em 01 abr 2019.

ELKINGTON, John. The Triple Bottom Line of 21st Century Business. In: *Cannibals With the Forks*, Capstone, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FÜHRER, Maximilianus C. A.; MILARÉ, Édis. **Manual de Direito Público e Privado.** 17. ed. São Paulo: RT, 2009.

GEORGE, Pierre. **L'environment.** Paris: PUF, 1973.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEWONTIN, Richard. **A Tripla Hélice: gene, organismo e ambiente.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MACHADO FILHO, C.A.P; ZYLBERSZTAJN, D. **Capital reputacional e responsabilidade social: considerações teóricas.** Caderno de pesquisas em administração. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 87-98, abril/jun 2004.

MAGALHÃES, R. Lucro e reputação: a dimensão política no mercado financeiro. In: SEMINÁRIO SOCIOAMBIENTAL, 2008. São Paulo: USP. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/economia/eventos/seminarios-socioambientais-lucro-e-reputacao-dimensao-politica-no-mercado> . Acesso em: 01 fev 2019.

MATURANA, Humberto e VARELA, Francisco. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. **A efetivação de direitos fundamentais: a relação entre o desenvolvimento e o plexo constitucional**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 199-223, jul./dez. 2014. Disponível em: < <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/449/436>>. Acesso em: 01 abr 2019.

SIMONETTI, R. **Investimento Socialmente Responsável e o Índice de Sustentabilidade Empresarial da Bovespa**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Gestão de Sustentabilidade. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

SOCIAL INVESTMENT FORUM FOUNDATION. **Report on Socially Responsible Investing Trends in the United States**. Disponível em: <https://community-wealth.org/content/report-socially-responsible-investing-trends-united-states> Acesso em: 01 abr 2019.

TECNOLOGIA

A NECESSIDADE DE UMA “DIGITALÉTICA” E OS DIREITOS HUMANOS NOS AMBIENTES DIGITAIS

Adriano Augusto Fidalgo

1. Introdução

O presente artigo visará demonstrar a necessidade de um novo conceito chamado “digitalética”, que consiste na somatória dos vocábulos digital e ética, tendo por escopo o artigo de defender que a ética digital ou o neologismo digitalética sirva como um alerta para que, por meio da Educação Digital, os direitos humanos e fundamentais sejam preservados nas redes sociais, visando que não se propaguem os crimes de ódio, a apologia a crimes, a dualidade de opiniões que provoca tantas discussões inférteis e tudo mais que redunde em mais e mais violência, tanto nos âmbitos físico e digital.

Tendo como foco central a dignidade da pessoa humana, consagrada na doutrina católica, pelas normas internacionais emanadas pela ONU, pelo direito internacional e pelos direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição Federal.

Há diversos casos em que, nas redes, as pessoas são expostas, vendo a sua dignidade ser vilipendiada, em notórios linchamentos públicos. As Fake News são um exemplo de violação a dignidade da pessoa humana, já que a mentira, com esteio na velocidade e nas plataformas tecnológicas se propagam de maneira abrangente, causando prejuízos intensos, além de desinformação, o que, por si só, já viola os elementares direitos humanos.

Nessa mesma ordem de ideias, os mesmos nefastos efeitos se observam nas situações de cyberbullying (bullying no ambiente digital), em que, as vítimas veem a sua honra, privacidade ou intimidade destruída, com isso redundando em depressões, traumas e, em casos extremos, situações relacionadas a suicídios.

Na era da sociedade da informação, de velocidade de propagação impressionante dos dados, do chama *Big Data*, mas fugaz em premissas, como destacado por Bauman, questiona-se o que é importante.

Muito bem enfrentado o tema em dissertação de Mestrado (TERÇARIOL, 2003, p. 287), citando Moraes, como segue: “Ao analisar as problemáticas existentes no mundo atual, é possível perceber a urgência de se promover uma Educação em Valores Humanos no ambiente educacional, de modo que as pessoas sejam formadas em todas as suas dimensões, buscando uma evolução da sua consciência individual, coletiva e planetária (MORAES, 1997).”

Como posto, uma Educação em Valores Humanos no ambiente educacional, tem importância indubitável, notadamente pelos desafios ora postos. Aqui se preferirá a definição e aprofundar o que se entende por Educação Digital como algo ligado a ética digital, a cidadania e o respeito ao direito dos demais indivíduos, curvando-se as normas de convivência costumeiras e legais.

2. Educação Digital e outros Fundamentos

2.1. Educação Digital

O corrente texto se utilizará de referencial teórico baseado em autores que versam sobre a formação humana, dando amparo para uma definição da Educação Digital. Como destacou Severino (2012, p. 70), a educação carrega arraigada em si como um elemento conscientizador, vale dizer, indispensável na Era Digital:

A educação é efetivamente uma prática cujo instrumental é formado por instrumentos simbólicos de trabalho e de ação. Dirige-se aos educandos interpelando sua subjetividade e investindo no desenvolvimento desta. Daí a importância do conhecimento

teórico no trabalho educativo e por isso se fala do papel conscientizador da educação.

A aparente incerteza que os elementos digitais geram pode ser superada, como aqui será enfrentado, em especial considerando as questões de ética, direitos humanos e a cidadania, como complexo de respeito à dignidade da pessoa humana norteando as boas condutas e as melhores práticas que todos os indivíduos merecem receber. Na era digital, ainda é elementar dar o devido respeito e destaque à perpétua e irrevogável Educação.

A Educação Digital é um nítido exemplo de matéria transdisciplinar, como discorrido por Morin (2003, p. 104), em tal excerto que se critica a separação das disciplinas:

Esses poucos exemplos, apressados, fragmentados, pulverizados, dispersos, têm o propósito de insistir na espantosa variedade de circunstâncias que fazem progredir as ciências, quando rompem o isolamento entre as disciplinas: seja pela circulação de conceitos ou de esquemas cognitivos; seja pelas invasões e interferências, seja pelas complexificações de disciplinas em áreas policompetentes; seja pela emergência de novos esquemas cognitivos e novas hipóteses explicativas; e seja, enfim, pela constituição de concepções organizadoras que permitam articular os domínios disciplinares em um sistema teórico comum.

Conforme conceituou Pinheiro (2016, p. 527), vislumbra-se como elementar a efetividade da Educação Digital:

Educar na sociedade digital não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos ou fazer efetivo uso da tecnologia no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhes permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência de informações e transformações. É preparar cidadãos éticos para um novo mercado de trabalho cujas exigências tendem a ser maiores que as atuais.

De nosso viés, define-se Educação Digital como o conjunto de metodologias que reflitam em ensino e aprendizagem, com o objetivo de

transmitir conhecimentos éticos e de cidadania, para o uso e acesso de ambientes digitais, na internet, nos aplicativos, nos programas e demais sistemas informáticos, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e o bem comum.

Como advertiu Severino (2014, p. 264), a importância da educação e os juízos de valor moral vêm abraçando à filosofia para se desvendar tais situações:

É por isso que a filosofia continua buscando fundamentar também os nossos juízos de valor moral. Por mais que já saibamos que os valores que embutimos em nossas práticas pessoais cotidianas sejam herdados de nossa própria cultura, recebendo-os através dos processos informais e formais de educação, continuamos desafiados a justificá-los, a fundamentá-los, buscando esclarecer como eles se legitimam e legitimam o nosso agir individual e coletivo.

De tal modo, cumpre que seja levada a todos, mas principalmente as crianças e aos adolescentes, a necessária Educação Digital. O direito à educação tem suma importância para todos os cidadãos, sobretudo para o adolescente, visto que ele é um jovem ainda em formação. Ao tratar sobre a relevância da educação enquanto mediação da existência histórica, assim advertiu Severino (2012, p. 67):

A educação é mediada e mediadora, esforço de constituição de significado explicitando sua condição ontológica de prática humana. A educação é mediação fundamental para as demais, que formam a existência histórica. A educação é um investimento intergeracional com objetivo de inserir os educandos nas forças construtivas do trabalho, da sociabilidade e da cultura. Entendida a educação como prática real, superam-se as concepções espiritualizadas do processo. A educação é uma atividade como qualquer outra, é trabalho e prática social e simbólica.

Desta forma, percebe-se como a educação é elementar à formação da complexa dimensão que prepara o indivíduo. Portanto, a educação se trata de um direito humano fundamental, que visa à expansão da personalidade humana, além de consagrar as liberdades fundamentais.

Compre consignar que a ONU, com a participação de diversos países, firmou em 2015 a Agenda 2030¹⁴² para o Desenvolvimento Sustentável, com 17 objetivos. O quarto se refere à educação de qualidade, conforme consta em sua ementa: “Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.” Desta forma se incluiu nessa direção a indispensável Educação Digital.

2.2. Direitos Humanos

O uso da tecnologia é uma realidade insofismável, como bem destacado por Piovesan e Munõz (2016), citando a Agenda 2030 da ONU, em artigo localizado no sítio das Nações Unidas, a saber:

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados-membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, das comunicações e da interconexão mundial, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do conhecimento, com base em uma educação inclusiva, equitativa, não discriminatória, com respeito às diversidades culturais.

Na sociedade global da informação, emergencial é incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades.

Vive-se na pós-modernidade, dentro da sociedade da informação, qual seja, época em que todas as relações são rápidas, com prazo de validade, dinâmicas, eis que a celeridade dos tempos e a fragilidade dos valores vividos assim estampam os relacionamentos do tempo atual.

Cumpra esclarecer que direitos humanos são conquistas históricas após seculares embates, que acabaram se consagrando e normatizando pela Organização das Nações Unidas (ONU), não somente, entretanto

142 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 17 objetivos para transformar o nosso mundo. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 10.Fev.2019.

é o diploma de maior destaque, pela sua famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme Enunciados elaborados na Assembleia Geral do dia 10/12/1948. Dentre eles podemos destacar a educação, lá tratada por instrução, a saber (2009, p. 14):

Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Portanto, a educação ou a instrução se trata de um direito humano fundamental! Bem esclarecem Silveira e Rocasolano (*op. cit.*, p. 229) acerca do conceito de direitos humanos, ao destacarem:

Revisados os fundamentos do conceito de direitos humanos e das múltiplas definições que existem sobre o conteúdo destes direitos, optamos por uma definição teleológica, porém explicativa e descritiva – isto é, que pretenda expressar os elementos estruturais dos direitos humanos preservando sua continuidade essencial. Mais que isso, optamos por uma definição que considere não só a *dinamogenesis* destes direitos, mas dialogue com a teoria do poder. É a definição de Pérez-Luño, para quem os direitos humanos são “um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.

Logo, deve ser promovida uma educação de qualidade, em conformidade com o que é garantido pelo uso dos meios necessários pedagógicos e estruturais que o Estado possa conferir, mas sempre tendo como foco os direitos humanos do indivíduo, de modo preservar a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, cita-se abaixo o item 8, da Declaração da Agenda 2030, das Nações Unidas, o qual discorre sobre as garantias elementares e democráticas a todo ser humano:

8. Prevemos um mundo de respeito universal dos direitos humanos e da dignidade humana, do Estado de Direito, da justiça, da igualdade e da não discriminação; do respeito pela raça, etnia e diversidade cultural; e da igualdade de oportunidades que permita a plena realização do potencial humano e contribua para a prosperidade compartilhada. Um mundo que investe em suas crianças e em que cada criança cresce livre da violência e da exploração. Um mundo em que cada mulher e menina desfruta da plena igualdade de gênero e no qual todos os entraves jurídicos, sociais e econômicos para seu empoderamento foram removidos. Um mundo justo, equitativo, tolerante, aberto e socialmente inclusivo em que sejam atendidas as necessidades das pessoas mais vulneráveis.

Segundo destacado a ligação entre direitos humanos e Educação é intimamente inafastável, eis que, somente a Educação pode conferir plenitude no exercício da dignidade da pessoa humana, seja pelo acesso a outros direitos, seja por tornar o cidadão cômico de seus direitos, com aguçado pensamento crítico.

2.3. Apontamentos sobre a Legislação Nacional

Destarte, nota-se que, além das legislações internas já existentes como a Constituição Federal, O Código Civil, o Marco Civil, a Lei Carolina Dieckmann, a Lei de Combate ao *Bullying* e demais normas que já compõe o nosso sistema legal, o que mais importa, nesta quadra de avanços tecnológicos, é uma formação humana integral, com o afloramento da cidadania digital e, com isso, o exercício da digitalética, como escudo

fundamental de prevenção e preservação da dignidade da pessoa humana (subjetivamente) e dos direitos humanos (coletivamente).

Na era da sociedade da informação temos de um lado várias facilidades que saltam da tecnologia, por meio dos aplicativos, dos sites de relacionamentos, das novas formas de prestação dos serviços que se maximizaram com o uso da internet, com sentida ruptura nos costumes. Por exemplo, não é mais preciso se deslocar até uma locadora para alugar um filme, com o serviço fornecido pela Netflix, por exemplo. A antiga expressão caiu a ficha também perdeu o sentido, pois, com o advento dos celulares poucas pessoas usam o antigo telefone público, o chamado orelhão.

Todas essas benesses vêm acompanhadas, de outro lado, de novas responsabilidades imersas em grandes desafios que impactam na vida de todos, mas, especialmente, na vida dos jovens, indivíduos ainda em formação, em desenvolvimento de suas habilidades emocionais e sociais. E as situações são complexas, como verificado em relatos que chegam até a mídia e pelas experiências angariadas em escolas públicas desenvolvidas como voluntário em que se trata de situações de Direito Digital e Educação Digital. A citar: o *cyberbullying*, a vingança pornô, a sextorsão, o envio frequente de *nudes*, as *fake news*, o uso de imagens, a ocorrência de plágios, os discursos de ódio (*hatters e trolls*), as discussões nos grupos de *WhatsApp*, enfim, algumas situações apenas para ilustrar, dentre tantas outras vivenciadas pelos jovens.

Nesse sentido, os incidentes que atingem os jovens são graves, dessa forma podendo redundar em evasão escolar, agressividade, depressões e nas situações mais graves em mutilações e suicídios, como já destacado. Assim, são esses os efeitos colaterais do mundo conectado. Denominado por Modernidade Líquida (BAUMAN). Com toda uma ecologia própria das ações (MORIN) de tal geração, em que ocorre uma super vigilância (FOUCAULT), por onde incorre não raramente em uma violência simbólica decorrente do próprio sistema de poder (BOURDIEU).

Neste contexto complexo vale citar um exemplo para estampar o momento atual sobre o uso tecnológico. Em um grupo de WhatsApp de amigos de colégio, todos na época com 14 anos, criado para combinarem de assistir a Copa de 2014 na casa de uma das alunas, de onde saltou a primeira condenação de uma administradora de grupo de WhatsApp, pois, ciente de situações de *cyberbullying* efetivadas pelos colegas em relação a

um adolescente da sala, ela nada fez quando chamada para sanar a situação como administradora, respondendo com um *emoji*. O que redundou em condenação judicial dos agressores, da administradora do grupo e os seus pais, por decorrência legal da responsabilidade patrimonial.

A promulgação do ECA (Lei 8.069 de julho de 1990), prevê, em sua disposição preliminar, a proteção integral à criança e ao adolescente. Além do mais, ainda no que concerne à tecnologia, a virtualização dos relacionamentos faz com que os jovens precisem de orientação, conforme apontou Morin (2003, p. 53-54):

Assim, seria preciso ajudar as mentes adolescentes a se movimentar na noosfera (mundo vivo, virtual e imaterial, constituído de informações, representações, conceitos, ideias, mitos que gozam de uma relativa autonomia e, ao mesmo tempo, são dependentes de nossas mentes e de nossa cultura) e ajudá-las a instaurar o convívio com suas ideias, nunca esquecendo que estas devem ser mantidas em seu papel mediador, impedindo que sejam identificadas com o real. As ideias não são apenas meios de comunicação com o real; elas podem tornar-se meios de ocultação. O aluno precisa saber que os homens não matam apenas à sombra de suas paixões, mas também à luz de suas racionalizações.

Deste modo, os desafios dos adolescentes para o reconhecimento e a construção da identidade, como indivíduos, perpassam e se relacionam com o direito à educação e, mais do que isso, ao conhecimento gerado pela educação, inclusive como um direito humano, que lhes é conferido e consagrado pelas legislações locais e internacionais.

A articulação entre a educação escolar e os Direitos Humanos é, primeiramente, pensar que se devam considerar as dimensionalidades do sujeito envolvido nesse processo, a fim de promover uma atuação dos profissionais que implique no modo como fazer, agir e pensar, isto é, nos aspectos presentes nas características dessa proposta, em que se priorize uma educação como direito humano e para os Direitos Humanos.

Ainda sob o ponto de vista legal, a Constituição Federal se refere ao termo adolescente em várias passagens, destacadas a seguir, a exemplo de quanto trata dos direitos da criança e do adolescente, em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Desta forma, destaca-se a proteção legal constitucional assegurada à criança e ao adolescente, sendo dever de todos zelarem por ela.

2.4. Ética Digital

A perspectiva de Educação Integral compreende o desenvolvimento de um processo educacional que visa desenvolver o ser humano sobre as prerrogativas de uma educação pública e democrática. A concretude e a qualidade desse processo precisam englobar as multiplicidades de saberes existentes, assim como a realidade em que está inserido o sujeito na sociedade. Contudo, um trabalho pautado na valorização do conhecimento adquirido a partir de uma prática embasada na valorização humana resulta em uma educação que promove os direitos humanos, bem como reflete na atuação do sujeito enquanto cidadão no exercício de sua cidadania, em um processo democrático.

Aqui faremos uma breve apresentação sobre a ética considerando o uso do aparato tecnológico, ou o que poderá se chamar de ética digital. A ética é a mesma, só muda o ambiente. Mas para tanto se apresentarão algumas colocações de cunho tecnológico para contextualização.

Vale destacar que, conforme Morin, os fundamentos da ética estão em crise no mundo ocidental (MORIN, 2005b, p. 27):

Os fundamentos da ética estão em crise no mundo ocidental. Deus está ausente. A Lei foi dessacralizada. O Superego social já não se impõe incondicionalmente e, em alguns casos, também está ausente. O sentido da responsabilidade encolheu; o sentido da solidariedade, enfraqueceu-se.

A crise dos fundamentos da ética situa-se numa crise geral dos fundamentos da certeza: crise dos fundamentos do conhe-

cimento filosófico, crise dos fundamentos do conhecimento científico.

Para alguns o tempo atual é chamado ironicamente e criticamente de Pós-Verdade, como referendado por Gurovitz (2017, s/p), sendo marca deste lapso temporal as discussões que se avolumam. Eis que nos fenômenos comunicacionais cotidianos existem muitos combates nas redes, com disputas inclusive entre Estados, Instituições, Corporações e pessoas comuns, tendo em conta que as redes sociais deram voz a todos. Tais atos e fatos têm impactos nas esferas pública e privada, com efeitos nas dimensões psicológicas, jurídicas, sociais, pedagógicas e etc.

Temas como moedas digitais, *fake news*, algoritmos, responsabilidade civil por curtir e compartilhar, reputação digital, inteligência artificial, internet das coisas, indústria 4.0, *drones*, aplicativos de comunicação, redes sociais, crimes eletrônicos, carros autônomos, aplicativos de transporte individual e outros são assuntos corriqueiros que exigem um enfrentamento ético de escolhas, como proposto por Morpheus em Matrix¹⁴³, pílula azul ou vermelha?

Barbosa (2013, p. 153) fala sobre a relação entre violência e poder, invocando Walter Benjamin, o que é comum se ver nas redes sociais, quando se impera a intolerância:

À primeira vista, o ensaio de Benjamin parece não fugir ao estilo típico de um pequeno estudo tradicional de filosofia do direito, mencionando que a tarefa de uma crítica da Gewalt poderia ser definida como a apresentação de suas relações com o direito e a justiça: “pois, qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas” (BENJAMIN, 2011, p. 121).

143 Data de lançamento: 21 de maio de 1999 (2h 15min). Direção: Lana Wachowski, Lilly Wachowski. Elenco: Keanu Reeves, Laurence Fishburne, Carrie-Anne Moss mais outros, conforme sinopse. Gêneros: Ação, Ficção científica. Nacionalidade: EUA. Refiro-me a cena específica em que Morpheus coloca um dilema para Neo, o protagonista do filme, onde a pílula vermelha equivale a adentrar no mundo que seria real (Matrix), ao passo que a pílula azul representa o mundo físico que conhecemos que seria irreal. Disponível em: <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-19776/#synopsis-details>. Acesso em: 24.Fev.2019.

A esfera dessas relações será designada pelos conceitos de direito e justiça. O direito, segundo Benjamin, é constituído por uma relação de medialidade, sendo a violência um atributo da esfera dos meios, isto é, instrumental. É preciso lembrar que o termo a que Benjamin se refere, *Gewalt*, é polissêmico: pode ser utilizado tanto com o significado de violência quanto de poder. É inegável que as abordagens de Benjamin se deterão em uma crítica à instrumentalidade da violência e do poder a ela atrelado. Mesmo o direito natural, segundo Benjamin, é tão somente uma teoria dos fins justos, que teria como ótica principal o critério de um fim absoluto que prescindiria da análise da conformidade aos meios. Tal concepção, que teria sido o fundamento ideológico para o terrorismo na Revolução Francesa, não veria qualquer problema no uso de meios violentos para fins justos, percebendo a violência como um atributo natural (que seria transferido ao Estado na instauração do Contrato Social).

Desta maneira, criar uma mentalidade de ética digital e real, já que é uma mesma realidade em duas dimensões, é crucial ensinar aos jovens a criar uma reputação digital é elementar, pois os atos nas redes têm consequências no mundo físico. O respeito mútuo deve reinar em todas as plataformas por onde se comuniquem as pessoas. Desafios contemporâneos a serem enfrentados pelos docentes.

Quando se pensa em conhecimento, lembra-se da chamada Alegoria da Caverna de Platão, em que se destacam as incertezas e a importância da educação, como mencionado por Maciel (2018, s/p):

De acordo com a apresentação de Platão, Sócrates teria respondido aos questionamentos de Glauco, quanto à influência da educação na natureza humana, descrevendo um aglomerado de pessoas que têm vivido acorrentadas desde a infância, encarando uma parede vazia, incapazes de ver uns aos outros ou a si mesmos. Estas pessoas assistem sombras projetadas na parede vazia, sombras de coisas passando em frente ao fogo atrás delas, e começam a dar nomes a estas sombras. Entre as pessoas e o fogo há uma pequena parede, que impede que os acorrentados vejam aqueles que passam em frente ao fogo, carregando objetos, mas vejam apenas os objetos se

movendo, como em um teatro de fantoches. Ainda, os sons vindos de fora ecoam pelas paredes da caverna, fazendo com que os acorrentados pensem tratem-se de sons produzidos pelos objetos que parecem mover-se sozinhos.

A aparente incerteza que os elementos da Educação geram pode ser superada, como aqui será enfrentado, em especial considerando as questões de ética, direitos humanos e a cidadania, como complexo de respeito à dignidade da pessoa humana norteando as boas condutas e as melhores práticas que todos os indivíduos merecem receber. Na era digital, ainda é elementar dar o devido respeito e destaque à perpétua e irrevogável Educação.

Abaixo usaremos alguns conceitos éticos para transportar eles para os desafios pontuais da era digital. Nota-se que, assim como em outras áreas, a falta de educação básica é um dos problemas que redundam nos embates que saltam para as diversas ocorrências observadas seja *off-line* ou *online*.

Na obra clássica de Aristóteles, *Ética a Nicômaco* (2015, p. 72), em tradução recente, obra de quase dois mil e quatrocentos anos, encontra-se uma atualidade tamanha, dentre outras passagens, ao assim dispor tratando das virtudes e dos vícios:

O fim, sendo assim objeto de desejo, e os meios para alcançar o fim, objetos de deliberação e de escolha, as ações que dizem respeito a esses meios serão voluntárias e feitas por escolha. Por consequência, a virtude também depende de nós, e igualmente também o vício. De fato, como também depende de nós agirmos, e depende também não agir, e onde depende de nós dizermos não, depende também de nós dizermos sim; de modo que, se agir depende de nós quando a ação é boa, dependerá de nós também não agir quando a ação é vergonhosa, e se não depende de nós agirmos quando é boa, dependerá de nós também agir quando a ação é vergonhosa. Mas se realizar ações boas e vergonhosas depende de nós, do mesmo modo também depende o não realiza-las, e se isso significa ser bons ou maus, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos.

Nota-se que, ainda que em um senso comum os assuntos vinculados à ética e a moral recebam contornos de obsolescência, na verdade elas devem receber um local de destaque nas grades escolares, ainda que de modo

transversal. Com moral e ética se cria uma oportunidade da empatia florescer, com o exercício de fraternidade que respeita a dignidade da pessoa humana, suscitados pelo senso crítico sobre as práticas não dignificantes, quando observadas.

Sobre a ética, destacando o seu papel na história do conhecimento, dentro da filosofia, bem destacou Chaui (2012, p. 65):

Deixando de ser metafísica, a filosofia se tornou o conhecimento das condições de possibilidade do conhecimento verdadeiro enquanto conhecimento possível para os seres humanos racionais. A filosofia tornou-se uma teoria do conhecimento, ou uma teoria sobre a capacidade e a possibilidade humana de conhecer, e uma ética, ou estudo das condições de possibilidade da ação moral enquanto realizada por liberdade e por dever. Com isso, a filosofia deixava de ser conhecimento do mundo em si e tornava-se apenas conhecimento do homem como ser racional e moral.

De tal modo, podemos entender como ética a moral coletiva. Cumpre aqui a definição sobre ética de Severino (2014, p. 270):

Ética é a área da filosofia que investiga os problemas colocados pelo agir humano enquanto relacionado com valores morais. Busca assim discutir e fundamentar os juízos de valor a que se referem as ações quando neles fundam seus objetivos, critérios e fins.

É bom atentar para o fato de que em nosso meio, muitas vezes, os termos ética e moral são tomados como sinônimos, tanto para designar as prescrições vigentes como para designar a disciplina que estuda os valores implicados na ação. Só o contexto pode dizer em que sentido os termos estão sendo usados.

Como tratado acima, a ética também pode simbolizar as prescrições vigentes, bem como, para designar a disciplina que estuda os valores implicados na ação.

Interessante também é a digressão sobre ética que é apresentada por Bobbio (2004, p. 81), contrastando com a política e citando Weber:

As duas questões devem ser bem diferenciadas, já que podem levar a respostas diversas: uma medida eticamente justa pode ser politicamente inoportuna e vice-versa. O contraste secular entre ética e política tem sua fonte principal nessa divergência. Na realidade, como já se observou várias vezes, o contraste entre ética e política se resolve no contraste entre duas éticas (às quais Max Weber deu os nomes de ética da intenção e ética da responsabilidade), ou, se se prefere, entre dois diferentes critérios de julgamento da bondade ou da maldade das ações humanas: ou segundo a conformidade com princípios universais, que são pressupostos como mandamentos para a boa ação e como proibições da má ação, ou a partir do resultado obtido, o qual é habitualmente julgado segundo o princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número (disso resulta que o contraste entre as duas éticas e também representado como contraste entre a moral deontológica e a moral utilitarista).

Neste sentido, o homem é um ser ético. E a dignidade da pessoa humana sempre deve ser o centro das atenções. Com essa observação pontuaram Rocasolano e Silveira (2010, p. 35):

Pode-se afirmar, destarte, que o ser humano não se limita a viver uma vida casual e determinada apenas pelos processos naturais; o homem constrói a sua própria história, fruto das suas constantes decisões histórico-seletivas. Enfatiza-se a ideia do ser humano como ente que é e que deve ser, consciente dessa dignidade. É precisamente da autoconsciência acerca de sua dignidade que surge o conceito de pessoa, segundo o qual o homem não é homem apenas porque existe, mas pelo significado que adquire sua própria vida.

Estamos nas grandes cidades, com a vigência de um contrato social, como dito por Rousseau. Não podemos deixar de citar o conhecer a si mesmo, trabalhar a empatia com os outros e de se entender o que é fazer parte de um grupo ou sistema. Devemos pensar nas relações sistêmicas, como destacado por Goleman e Senge (2015, p. 8):

Eles descrevem três conjuntos de habilidades cruciais para se orientar em um mundo acelerado de distrações crescentes e envol-

vimento interpessoal ameaçado – um mundo no qual as ligações entre as pessoas, os objetos e o planeta são mais importantes do que nunca. Pense nesses conjuntos de habilidades como um foco triplo – interno, no outro e externo.

Desta forma, percebe-se que é importante o controle emocional de cada indivíduo, a empatia junto à coletividade e o entendimento de pertencimento sistêmico, para as situações de prevenção e repressão a incidentes de agressões desmedidas, seja no campo real ou digital, que eventualmente possam de fato ocorrer. A escola deve dar o devido preparo educacional ao aluno, preparando-o para tais realidades.

De outro ângulo, essa importante temática sobre ética pode ser abordada sempre que seja necessária, de modo transversal com os outros conteúdos cotidianos, suscitando o pensamento crítico, a visão social e a responsabilidade. Interligando-se à questão da ética, outros temas como: direitos humanos, cidadania e educação digital, podem garantir uma orientação educacional mais calcada em valores que promovam a paz social, a tolerância e o respeito mútuos, inclusive entre professores e alunos.

Desta maneira, criar uma mentalidade de ética digital é crucial! Ensinar aos jovens a criar uma reputação digital é elementar. Prevenindo diversos infortúnios futuros. Assim, resguardando-se a dignidade da pessoa humana. Deste modo, justifica-se a criação do termo DIGITALÉTICA.

3. Considerações finais

Nesta ordem de ideias parece elementar a importância da Educação Digital. Sem se entender os mecanismos tecnológicos e as suas consequências todos ficamos à mercê de resultados inesperados. Portanto, fundamental se entender esse admirável mundo novo para que valores humanos sejam atribuídos para um exercício ético e respeitoso dentro de tais ambientes digitais, que são uma só dimensão do mundo real e físico.

De modo compatível, seja respeitada a dignidade da pessoa humana, destacando o plexo de direitos humanos envolvidos nas situações digitais, com a preservação e a consagração dos direitos a todos os indivíduos devidos, inclusive no espaço digital, como a liberdade de pensamento, a

honra, a legalidade, a privacidade, a intimidade e os demais inerentes ao sujeito humano.

O que gerará um despertar para o vero exercício da cibercidadania, amparado em elementos de convicção dos riscos e direitos inerentes ao uso dos beneplácitos tecnológicos, o seu uso ético, com a necessária conscientização de que isso só é possível com um exercício contínuo de Educação Digital.

Pelo todo exposto, uma digitalética é fundamental, pois, ainda que os valores que estampam as boas práticas, as práticas dignificantes que protegem a condição humana sejam antigos, oriundos de conquistas históricas, uma nova nomenclatura interessa com o escopo de alertar para os desafios atuais, cuja alteração é diuturna e roga por um aprimoramento constante dos educadores, notadamente no campo digital, eis que, dia a dia somos provocados a tomar decisões éticas no campo digital, espraiando-se pelos nossos relacionamentos reais.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Luciano Ferreira de Souza, São Paulo: Martins Fontes, 2015.

BARBOSA, Jonnefer F. **A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de *reine Gewalt***. Revista de Filosofia Autora. Jul./dez. 2013, v. 25, n. 37, p.151-169. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/655/580.pdf>. Acesso em 10/08/2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, 7ª reimpressão, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. 05 de outubro de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25.Set.2018.

- BRASIL. LEI 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16.Jul.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 18.Jun.2018.
- BRASIL. Lei 13.185, de 06 de novembro de 2015. **Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em: 10.Out.2017.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **Iniciação à Filosofia.** São Paulo: Editora Ática, 2012.
- GOLEMAN, Daniel; SENGE, Peter. **O Foco Triplo. Uma nova abordagem para a educação.** 1ª Edição, Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- GUROVITZ, Helio. **O jornalismo na época da pós-verdade.** Revista Época. Atualização: 21.Ago.17. Disponível em: <http://epoca.globo.com/cultura/helio-gurovitz/noticia/2017/08/o-jornalismo-na-era-da-pos-verdade.html>. Acesso em: 23/09/2017.
- MACIEL, Willyans. **Alegoria da Caverna.** Info Escola. Disponível em: <http://www.infoescola.com/filosofia/alegoria-da-caverna/>. Acesso em: 31.Mai.2018.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita. Repensar a reforma. Reformar o pensamento.** Tradução Eloá Jacobina. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- MORIN, Edgar. **O método 6: ética.** Tradução Juremir Machado da Silva. 2ª Edição, Porto Alegre: Editora Sulina, 2005b.
- MUNÓZ, Lucien; PIOVESAN, Flávia. **Artigo: Internet e direitos humanos.** Nações Unidas. Atualização: 10/11/16. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 10.Out.2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Atualização: 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 31.Mai.18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **17 objetivos para transformar o nosso mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 10.Fev.2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, sujeito e história**. São Paulo: Olho d' água, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia no Ensino Médio**. São Paulo: Cortez, 2014.

TERÇARIOL, Adriana Aparecida de Lima. **Um desafio na Formação de Educadores: A Vivência e Desenvolvimento de Valores Humanos usando as Tecnologias**. Dissertação de Mestrado apresentado na UNESP. 2003. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92361/tercariol_aal_me_prud.pdf?sequence=1. Acesso em: 15.Jun.2018.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA EXECUÇÃO PENAL ATRAVÉS DO USO DE NOVAS TECNOLOGIAS COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Amanda D'Andrea Löwenhaupt

1 Introdução

O presente artigo versa a respeito da atuação da Defensoria Pública na Execução Penal com a promoção do uso de novas tecnologias para melhor garantia da dignidade dos presos.

Tem-se por objetivo geral discutir a forma como a utilização de novas tecnologias por parte da Defensoria Pública no atendimento de seus assistidos na Execução Penal pode ser considerada como promotora da efetivação da dignidade da pessoa humana das pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário nacional. Como objetivos específicos, pretende-se analisar as peculiaridades da dignidade da pessoa humana no contexto da execução da pena, verificar a atuação da Defensoria Pública na Execução Penal, e apresentar projetos da Defensoria Pública que se utilizem de novas tecnologias para um melhor atendimento de seus assistidos. Estes objetivos específicos correspondem aos capítulos em que está dividido o presente artigo.

No primeiro capítulo, apresentaremos o conceito de dignidade a ser utilizado ao longo das discussões, bem como elencaremos alguns elementos da proteção constitucional pátria e convencional internacional a respeito da dignidade da pessoa humana no contexto específico da pessoa privada de liberdade no sistema penitenciário.

No segundo capítulo, passaremos à atuação da Defensoria Pública na Execução Penal, trazendo dados a respeito de suas atribuições, bem como da carga de trabalho dos defensores públicos.

No terceiro capítulo, serão apresentados projetos específicos da Defensoria Pública que se utilizam de novas tecnologias no âmbito da Execução Penal para um melhor atendimento dos seus assistidos, quais sejam, o projeto Fale com a Defensoria, de instalação de totens eletrônicos em penitenciárias, o projeto Zap Defensoria, de notificação por meio de mensagens eletrônicas, e a campanha pela ampliação do uso da tornozeleira eletrônica.

Este estudo se justifica pela contínua atualidade da discussão a respeito das violações à dignidade da pessoa humana no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, e da busca por formas de mitigar estas violações. Busca-se responder de que forma a utilização de novas tecnologias por parte da Defensoria Pública pode promover o respeito à dignidade humana, tendo-se por hipótese que a utilização da assistência de tecnologia para ampliação das possibilidades de atendimento da Defensoria Pública promove a dignidade humana mediante a garantia do acesso à justiça.

A metodologia empregada foi a revisão da bibliografia especializada, bem como da legislação pertinente, tendo sido utilizados ainda relatórios estatísticos, bem como comunicações públicas da Defensoria com relação aos seus projetos na Execução Penal.

2 A Execução Penal e a Dignidade da Pessoa Humana

Um dos grandes problemas enfrentado pelo sistema penitenciário nacional diz respeito ao tratamento dos apenados durante a execução da pena à luz do valor constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não pretendemos aqui estabelecer um conceito de dignidade da pessoa humana, de modo que nos utilizaremos do conceito apresentado por Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comuni-

dade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2010, p. 70)

Desta forma, passaremos à questão específica da proteção da dignidade da pessoa humana na execução de penas.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, também conhecidas como Regras de Mandela, estabelecidas em tratado internacional do qual o Brasil é signatário, estabelecem em diversos pontos a importância do respeito à dignidade dos presos. Já na Regra 1 a dignidade inerente ao ser humano é citada como fundamento para a vedação da tortura e de tratamentos e sanções cruéis, desumanos ou degradantes. Na Regra 5 par. 1, é trazida a recomendação de que o regime prisional busque evitar a redução do respeito à dignidade do preso. A Regra 50 estabelece o respeito à dignidade humana quando da realização de revistas íntimas e inspeções. As visitas conjugais também devem ser conduzidas com respeito à dignidade, onde forem permitidas, segundo estabelece a Regra 58 par. 2. Até mesmo o corpo de preso falecido deve ser tratado com respeito e dignidade pela administração prisional, conforme a Regra 72. Finalmente, o próprio treinamento dos funcionários da administração prisional deve incluir o respeito à dignidade humana, conforme a Regra 76 par. 1, “b” (Regras de Mandela, 2016).

Assim, resta clara a preocupação internacional com o respeito à dignidade humana da pessoa presa, bem como a preocupação pátria ao aderir ao instrumento internacional.

Além das previsões expostas, é preciso considerar que a dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento da República (CF, art. 1º, III), mais do que isso, “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 86-87).

Ainda, diversos direitos fundamentais dos presos, previstos no art. 5º da Carta Maior, estão fundados na dignidade humana, como a vedação a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), a vedação de penas cruéis (CF, art. 5º, XLVII, “e”) e a garantia do respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX).

Assim, a execução da pena pode atingir o patrimônio do apenado, reduzir sua liberdade de locomoção e até mesmo suspender seus direitos políticos, porém jamais poderá atacar sua dignidade.

Aqui, buscamos os ensinamentos de Ingo Sarlet (2010), que destaca que a dignidade da pessoa humana não pode ser violada nem mesmo nos casos em que o indivíduo houver, por suas ações prévias, violado a dignidade de terceiros, não sendo admitida a restrição à dignidade por haver violado a dignidade de outrem. Assim, o cometimento de delito, ainda que atentatório à dignidade da vítima, não pode ser utilizado como justificativa para a violação da dignidade do apenado no sistema prisional.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se então como limitadora dos poderes do Estado no que tange à execução das penas.

Passaremos a seguir ao papel da Defensoria Pública na Execução Penal.

3 A Defensoria Pública na Execução Penal

A atuação da Defensoria Pública na Execução Penal vem prevista na Lei nº 7.210 de 1984, a Lei de Execução Penal – LEP. Em particular, destaca-se a obrigatoriedade da prestação do serviço de assistência jurídica, não somente perante o juízo da Execução Penal, como também dentro dos próprios estabelecimentos penais.

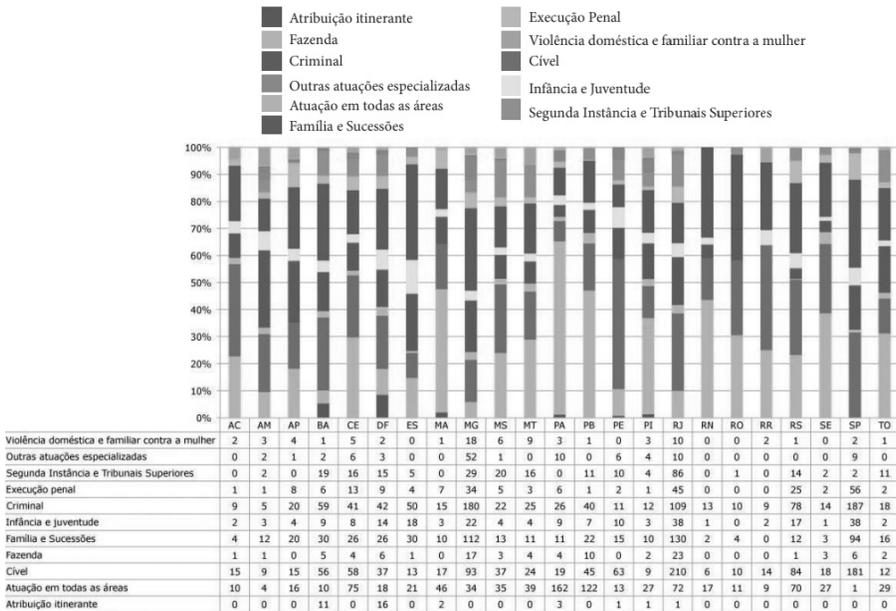
A assistência prestada pela Defensoria Pública não se limita à defesa em Processos Administrativos Disciplinares ou pedidos de progressão de regime, o papel do defensor público é também de monitorar a situação do apenado e o manter informado a respeito do seu processo de execução, bem como interceder junto à administração penitenciária em nome do apenado pelos mais diversos motivos, como pedidos de saída temporária e inclusão de familiares na lista para registro dos visitantes, de modo que a atuação da Defensoria Pública não se limita ao aspecto processual (JAPIASSÚ, 2013).

Contudo, dentre os déficits do sistema penitenciário nacional, pode ser citada a falta de defensores públicos com atribuição permanente na

execução penal. A falta de defensores especializados bem como o alto número de apenados atendidos por cada defensor impossibilita a realização deste trabalho de forma plena.

A pesquisa realizada pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP para o mapeamento da atuação das defensorias públicas nos Estados da Federação aponta dados alarmantes a respeito do baixo número de defensores na Execução Penal, conforme veremos a seguir.

Gráfico 1 – Atribuição dos Defensores Públicos



Fonte: ANADEP, 2013

Fonte: ANADEP, 2013

Conforme demonstrado no gráfico, o número de defensores atribuídos à Execução Penal em 2013 totalizava somente 231 profissionais em todo o país. Em junho do mesmo ano, a população carcerária total do país era de 574.027 presos¹⁴⁴ (DEPEN, 2013). Desta forma, a proporção

144 Informações mais atualizadas a respeito da população prisional brasileira estabelecem um número de 726.712 presos em junho de 2016 (DEPEN, 2016), contudo, optou-se por dato anterior para possibilitar melhor comparação com os dados disponíveis a respeito das atribuições da Defensoria Pública.

de defensores públicos da Execução Penal com relação aos apenados era de um defensor para cada cerca de dois mil e quinhentos presos, o que inviabiliza o atendimento particularizado de cada apenado. Além disso, três Estados não contavam com nenhum defensor público na Execução Penal, enquanto outros quatro possuíam a instituição da Defensoria Pública sem que esta tivesse sido efetivamente implementada, de modo que não estão apresentados no gráfico. Ainda, um total de 868 defensores atuavam em todas as áreas jurídicas, o que não é compatível com a atenção continuada necessária na Execução Penal.

A falta de defensores públicos, em especial com atribuição específica para a Execução Penal, aliada ao alto número de pessoas presas, apresenta-se como significativo obstáculo para a realização da tarefa estabelecida à Defensoria Pública pela Lei de Execução Penal.

Cumprindo ainda destacar que a Defensoria Pública possui historicamente o papel de defesa de direitos fundamentais, de modo que não pode se desvincular da promoção da dignidade no sistema prisional.

Ainda, a Defensoria Pública apresenta-se como constante promotora da dignidade dos presos, não somente no que tange à busca por um tratamento digno dentro do sistema prisional, mas também com a promoção de atividades visando a integração social do preso e a garantia de direitos não atingidos pela pena restritiva de liberdade, como demonstrado por programas como a organização de cerimônias de casamento civil para os apenados que desejarem a prestação desse serviço (ANADEP, 2016).

Assim, surge a necessidade de ampliação da atuação da Defensoria Pública, tendo como método o uso crescente de novas tecnologias de forma a fornecer assistência e agilizar o trabalho dos defensores públicos.

Com isso, cada vez mais está presente a busca por formas de utilização de novas tecnologias para possibilitar o atendimento mais rápido de um maior número de apenados.

4 Uso de novas tecnologias pela Defensoria Pública para efetivação dos direitos dos apenados

Passaremos então à análise de projetos específicos da Defensoria Pública que visam um melhor atendimento de seus assistidos através do uso de novas tecnologias. Os projetos aqui apresentados foram elencados por seu

grau de inovação ou por sua relevância para o tema exposto, não buscando aqui a elaboração de um rol exaustivo das ações da Defensoria Pública.

4.1 Projeto Fale com a Defensoria: implementação de totens eletrônicos da Defensoria Pública da União em presídios federais

O primeiro projeto piloto a ser apresentado foi idealizado pela Defensoria Pública da União, e implementado com o auxílio do Departamento Penitenciário Nacional. Intitulado Fale com a Defensoria, o projeto visa possibilitar maior facilidade de informação dos presos com relação ao andamento de seus processos.

O projeto consiste na instalação de um totem eletrônico vinculado à Defensoria Pública, com informações relevantes para os presos. Inicialmente, o totem foi instalado somente na penitenciária federal de Porto Velho (Rondônia), contudo, segundo o defensor público-geral federal Carlos Eduardo Paz, o projeto poderá ser expandido para as demais penitenciárias federais caso obtenha resultados positivos, bem como está sendo estudada a possibilidade de proposta de expansão do projeto para os presídios estaduais, a cargo dos governadores (DPU, 2017).

O totem permite o acesso a informações tais como:

[...] o número do processo de assistência jurídica; o nome do defensor público federal responsável; o número do processo de transferência e/ou execução e andamento processual dos feitos; o tempo de inclusão/prorrogação no Sistema Penitenciário Federal; informações sobre a pena cumprida e a cumprir, inclusive dias remidos/a remir; campos com opções de demandas a serem encaminhadas ao defensor e campo específico que exibirá mensagem do defensor [...] a visualização de uma série de informações, como as datas prováveis do livramento condicional, da progressão de regime, do vencimento da permanência e eventual existência de decisões e recursos sobre pedidos de prorrogação da permanência na penitenciária federal. Também será possível realizar solicitações como o cálculo da pena; avaliações do direito à progressão de regime, do direito a livramento condicional, do direito à remição de

pena em razão de atividade realizada na penitenciária federal e na penitenciária estadual, do direito a indulto ou comutação de pena e informações sobre a situação de Procedimento Disciplinar de Interno (PDI). (DPU, 2017)

O totem é acessado através de grades, permanecendo a tela e o sensor biométrico voltados para o pátio, de modo que possa ser acessado durante o banho de sol dos apenados, mas que o equipamento fique protegido contra eventuais degradações. Ainda, para a garantia da intimidade do preso, as informações só podem ser acessadas mediante biometria. Os dados biométricos dos presos foram cadastrados por servidores no totem (DPU, 2017).

O objetivo do projeto é facilitar a comunicação da Defensoria com o apenado, bem como o manter informado a respeito de seu processo sem que haja necessidade para tal de visita do defensor público ao presídio.

O totem não substitui o trabalho da Defensoria, nem impede as visitas à penitenciária, servindo como forma de complementação do trabalho. Considerando os dados apresentados anteriormente a respeito do baixo número de defensores atribuídos à Execução Penal, bem como o alto número de assistidos privados de liberdade, a utilização dos totens eletrônicos tem o potencial de aliviar a carga de trabalho dos defensores.

Especialmente com relação à comarca de Porto Velho, é preciso considerar que a Defensoria Pública da União possui apenas oito cargos para a comarca, estando somente quatro deles ocupados. Os quatro defensores públicos da união são responsáveis por todos os casos de competência federal da comarca, não somente da execução penal na penitenciária federal, e são responsáveis por cerca de vinte e cinco mil processos em curso (ANADEF, 2017).

Assim, a utilização do totem objetiva viabilizar um melhor atendimento dos presos por parte da Defensoria, que conta com um número limitado de profissionais para o atendimento, ainda que com isso não se busque evitar ou eliminar as visitas dos defensores públicos à penitenciária, mas tão somente aumentar o número de atendimentos e evitar que o tempo limitado do atendimento seja gasto com atualizações a respeito do processo que poderão assim ser obtidas pelo próprio preso.

Finalmente, cumpre destacar que, ainda que o projeto seja realizado pela Defensoria Pública da União, todos os presos têm acesso aos dados de seus processos, inclusive aqueles que não são atendidos pela Defensoria e possuem procurador particular, não havendo diferenciação entre os presos para o uso do equipamento (DPU, 2017).

O projeto ainda está em seu estágio inicial, presente somente em uma penitenciária, e os seus resultados ainda não foram divulgados. Ainda, não será considerada a expansão do projeto antes da análise e divulgação dos dados referentes à penitenciária de Porto Velho. Assim, ainda não é possível extrair conclusões a respeito da efetividade do programa.

4.2 Projeto Zap Defensoria: comunicação com os assistidos da Defensoria através do aplicativo WhatsApp

Outro projeto piloto que visa beneficiar os assistidos da Defensoria Pública através do uso de novas tecnologias é o chamado projeto Zap Defensoria. O projeto, iniciado em julho de 2017, utiliza o aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp como forma mais ágil de contato com os assistidos, além de visar a economia de recursos, tendo em vista que comunicação através do aplicativo é gratuita, enquanto outras formas de notificação como ligações telefônicas incorrem em gasto para a Defensoria.

O projeto Zap Defensoria foi iniciado na cidade de Gurupi, na Defensoria Pública Estadual do Estado de Tocantins, não estando ainda disponível em outros municípios.

Conforme divulgação pela Defensoria Pública Estadual de Tocantins (2017), através do sítio eletrônico da ANADEP, o projeto é de adesão voluntária por parte dos assistidos, devendo a adesão ser feita pessoalmente através do preenchimento de um formulário físico a ser arquivado pela Defensoria. O aplicativo somente é utilizado para notificação dos assistidos, que não devem responder às mensagens, e sim encaminharem-se para o atendimento presencial na Defensoria Pública. Documentos requisitados através do aplicativo também devem ser entregues presencialmente, e não enviados através de resposta pelo aplicativo, sendo que dados pessoais dos assistidos nunca são solicitados por esta via eletrônica. A notificação através do aplicativo não substitui o atendimento presencial na Defensoria Pública, mas tão somente as ligações telefônicas e outros meios previstos

em lei de notificação e convocação para a Defensoria, de modo que não há qualquer prejuízo para os assistidos que não aderirem ao projeto, sendo que estes simplesmente serão notificados através dos métodos ordinários já empregados anteriormente. Lara Gomides, titular da 5ª Defensoria Pública Cível de Gurupi, é supervisora do projeto, idealizado pela assistente de Defensoria Ilsa Vieira de Araújo Martins, e que atende às áreas da família, execução penal, cível e Núcleo Aplicado de Minorias e Ações Coletivas. O projeto conta com número crescente de adesões, passando de vinte e dois assistidos nos primeiros dois meses do projeto para mais de quinhentos assistidos ao final do primeiro ano.

Ainda que o serviço não possa ser utilizado pelos apenados privados de liberdade no sistema prisional, o atendimento da Defensoria Pública na Execução Penal não se resume aos presídios, de modo que o serviço pode ser utilizado pelos apenados em cumprimento de medidas diversas da prisão ou em liberdade condicional.

Assim, apresenta-se como mais uma ferramenta em potencial para ser utilizada pela Defensoria Pública no atendimento de seus assistidos na Execução Penal.

4.3 Sistema de monitoramento eletrônico de presos: em defesa do uso da tornozeleira eletrônica

Diferentemente dos projetos apresentados acima, a tornozeleira eletrônica não é de criação e implementação por parte da Defensoria Pública. Contudo, devido à intensa campanha realizada pela Defensoria Pública para a defesa e promoção do uso da tornozeleira eletrônica como resposta à superlotação do sistema penitenciário, bem como política de prevenção do primeiro ingresso ao presídio, tendo em vista a falência do sistema prisional, foi incluída aqui como nova tecnologia empregada pela Defensoria visando a efetivação do valor da dignidade da pessoa humana.

O monitoramento eletrônico surge no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 12.258 de 2010, que altera disposições do Código Penal e da Lei de Execução Penal.

Curiosamente, o monitoramento eletrônico foi idealizado como forma de aumentar o rigor do cumprimento da pena, tendo sido pensado inicialmente para os regimes semiaberto e aberto, e posteriormente veta-

do para o regime aberto. Tal como foi idealizado, o monitoramento eletrônico somente acrescentava mais um requisito a ser cumprido pelo preso quando da saída no regime semiaberto, sendo inclusive apontado como estigmatizante para o apenado, bem como um caso de aumento do poder punitivo do Estado como forma de resposta à sociedade com relação ao aumento da criminalidade (MADOZ, 2016).

Contudo, a Defensoria Pública passou a defender o uso do monitoramento eletrônico para a liberação de pessoas que de outro modo não estariam em liberdade, visando com isso mitigar em certa medida a superlotação do sistema prisional.

Em especial, destaca-se a Defensoria Pública Estadual do Estado do Rio Grande do Sul, que requisitou ao Núcleo de Pesquisas em Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, uma pesquisa a respeito da eficácia do monitoramento eletrônico entre os apenados do Rio Grande do Sul. O estudo, coordenado por Vanessa Chiari Gonçalves, professora da UFRGS, analisou a situação de 564 das 1963 pessoas em monitoramento eletrônico no Estado do Rio Grande do Sul, e apontou o alto grau de eficácia do monitoramento eletrônico, em especial entre as mulheres, sendo que entre os homens o índice de uso regular do equipamento foi de 76%, enquanto entre as mulheres foi de 94% para o regime inicial fechado e 98% para o regime inicial semiaberto (PGE-RS, 2017).

Assim, o monitoramento eletrônico, que inicialmente foi criticado por atribuir mais requisitos a cumprir para os presos que já teriam anteriormente a possibilidade de se encontrarem em liberdade sem o uso da tornozeleira, passou a ser defendido para um número maior de casos, visando atender presos que do contrário se encontrariam privados de liberdade.

Desta forma, o monitoramento eletrônico pode contribuir para o desafogamento do sistema penitenciário, apresentando-se como forma alternativa de lidar com o problema da superlotação, bem como forma de evitar o primeiro ingresso no sistema prisional, considerado pela criminologia como sendo extremamente danoso.

Finalmente, é preciso destacar que, ainda que a tornozeleira eletrônica represente um gasto para o Estado, este gasto só deve ser considerado em relação ao preso que poderia ser posto em liberdade sem a tornozeleira

eletrônica. Isso porque o valor gasto com cada apenados em monitoramento eletrônico corresponde a cerca de um décimo do valor gasto pelo Estado para arcar com aquele mesmo apenado em um presídio em regime fechado (MADOZ, 2016).

Certamente preocupações de cunho econômico não devem ser as únicas consideradas para a implementação e manutenção de políticas criminais, contudo, tendo em vista ser o limitado orçamento público por vezes apontado quando do surgimento de novas tecnologias para implementação no sistema penitenciário, é importante destacar que no caso há uma substituição de gastos, sendo o valor do monitoramento eletrônico inferior ao da manutenção do cumprimento da pena em regime fechado (MADOZ, 2016).

5 Considerações finais

No início desse estudo, propusemo-nos a responder um questionamento, qual seja, de que forma a utilização de novas tecnologias por parte da Defensoria Pública pode promover o respeito à dignidade humana.

Ao longo do trabalho, analisamos o sistema de execução da pena à luz da dignidade da pessoa humana, para determinar a necessidade do respeito à dignidade do apenado e a impossibilidade de sua violação em qualquer caso, de modo que o sistema penitenciário deve se adequar para garantir esse respeito à dignidade.

Com base neste posicionamento, apontamos que a dignidade da pessoa humana apresenta-se como limitadora dos poderes do Estado no que tange à execução das penas.

Quanto à atuação da Defensoria Pública na Execução Penal, apontamos o baixo número de profissionais com esta atribuição, em contraste com o tamanho considerável da população prisional.

Com relação a esta falta de defensores públicos, defendemos ser ela prejudicial à atuação da Defensoria na Execução Penal, tendo em vista que esta exige monitoramento da situação dos presídios, bem como contato frequente com os assistidos.

Também apontamos não ser viável o cumprimento das tarefas atribuídas à Defensoria Pública na Execução Penal com a atual proporção de presos por defensor público.

Posteriormente, passamos à análise de projetos específicos empregados pela Defensoria Pública com a utilização de novas tecnologias.

Quanto ao projeto Fale com a Defensoria, estabelecemos ainda não ser possível traçar conclusões, tendo em vista que os resultados da implementação do projeto piloto ainda não foram divulgados.

Contudo, uma análise preliminar leva a perspectivas positivas com relação ao projeto, uma vez que este apresenta a possibilidade de um maior acesso à justiça por parte dos presos. Por meio da implementação do totem eletrônico, o preso não mais depende da visita do defensor público para se informar a respeito do andamento do seu processo ou menos para realizar algum pedido à Defensoria Pública, que passa a poder ser notificada pela via eletrônica.

Ainda, o sistema biométrico utilizado pelo totem permite uma maior garantia de proteção das informações sigilosas do preso, de modo que possam ser apresentadas sem qualquer prejuízo, e a instalação do totem eletrônico em corredor, só sendo possível o acesso pelo preso através de grades, oferece certa proteção do mecanismo contra danos que pudessem acarretar em um custo mais elevado de manutenção. Desta forma, posicionamo-nos de maneira cautelosamente favorável ao projeto, ainda que aguardando a divulgação dos resultados para chegar a um posicionamento firme.

Quanto ao projeto Zap Defensoria, ainda que os resultados e aplicabilidade desta forma de notificação sejam limitados, concluímos que não há prejuízo no uso do aplicativo de mensagens instantâneas para notificação dos assistidos, pelo contrário, sua utilização fornece maior agilidade para as notificações sem a necessidade de gastos adicionais por parte da Defensoria.

Quanto à utilização do sistema de monitoramento eletrônicos de presos, concordamos com o posicionamento da Defensoria Pública no sentido de que o seu uso como requisito adicional para a liberação de presos que de outro modo já poderiam se encontrar em liberdade sem ele não é necessário e é prejudicial ao preso, na medida em que aumenta o rigor de sua situação, contudo, apresenta-se como importante ferramenta para a liberação de presos nas demais circunstâncias, quando a liberdade não seria concedida sem que houvesse o uso do monitoramento eletrônico.

Por fim, concluímos estar confirmada a hipótese de pesquisa, na medida em que o uso das novas tecnologias apontadas possibilita que o atendimento por parte da Defensoria Pública seja otimizado de modo a atingir

um maior número de preso, bem como possibilita, na figura do monitoramento eletrônico, a liberação de apenados dos presídios com a dupla finalidade de devolução à sociedade de forma monitorada e desafogamento de presídios superlotados.

Contudo, o uso dessas novas tecnologias, e a população prisional atingida por elas, ainda são extremamente limitados, de modo que os benefícios se estendem somente a uma pequena parcela da população prisional. Para que o uso dessas novas tecnologias possa de fato servir à efetivação da promoção da dignidade da pessoa humana no sistema prisional, é preciso que seja difundido para uma maior parcela da população prisional.

Entretanto, as novas tecnologias não podem substituir de forma plena o contato do defensor público com seus assistidos, tão pouco deve diminuir o papel do defensor público na fiscalização presencial das condições dos apenados dentro dos presídios.

6 Referências

Assessoria de Comunicação Social – Defensoria Pública da União. DPU e Depen instalam totem eletrônico no presídio federal de Porto Velho *in*: Defensoria Pública da União – Notícias. 27 mar. 2017. Online. Disponível em: < <http://www.dpu.def.br/noticias-rondonia/36483-dpu-e-depen-instalam-totem-eletronico-no-presidio-federal-de-porto-velho>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Assessoria de Comunicação Social – Defensoria Pública da União. DPU inicia por Rondônia instalação de totem eletrônico em presídios federais *in*: Defensoria Pública da União – Notícias. 23 mar. 2017. Online. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/36438-dpu-inicia-por-rondonia-instalacao-de-totem-eletronico-em-presidios-federais>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Assessoria Especial de Comunicação – Defensoria Pública Estadual do Estado de Tocantins. TO: Zap Defensoria é aprovado por usuários de Gurupi *in*: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – Notícias. 22 set. 2017. Online. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=35356>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Assessoria Especial de Comunicação – Defensoria Pública Estadual do Estado da Bahia. BA: Defensoria Pública promoverá casamento coletivo de internos *in*: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – Notícias. 20 jan. 2016. Online. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=25925>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112258.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2013. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/total-brasil-junho-2013.pdf/view>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

IPEA. MOURA, Tatiana Whately de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SILVA, Fábio de Sá e; CASTRO, André Luis Machado de. Mapa da Defensoria Pública no Brasil, 2013. Online Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2419>> Acesso em 12 jul. 2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios Contemporâneos na Execução Penal no Brasil *in*: Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-

-GB, ano 1 vol. 1 n. 1, jun. 2013. Online. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/download/14316/10852>> Acesso em: 10 jul. 2018.

MADOZ, Wagner Amorim. Eficiência x garantias – a utilização de sistema de monitoramento eletrônico de presos (tornozeleira eletrônica). **Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal**, v. 4, n. 2, Porto Alegre: 2016. Online. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65425>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Estudo da UFRGS confirma eficácia da tornozeleira eletrônica. Procuradoria-Geral do Estado RS – Comunicação. 19 maio 2017. Online. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/convite-xvi-congresso-de-direito-tributario-em-questao>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GDPR E O DIREITO À EXPLICAÇÃO DE DECISÕES AUTOMATIZADAS: PANACEIA OU REMÉDIO EFICAZ CONTRA A OPACIDADE ALGORÍTMICA?

Giovana Figueiredo Peluso Lopes

INTRODUÇÃO

O Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, ou “GDPR”, sigla derivativa do termo em inglês *General Data Protection Regulation*, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, tem como objetivo reforçar e unificar a proteção dos dados pessoais no âmbito da União Europeia (UE), inserindo-se em um contexto global em que a coleta e o tratamento desses dados se faz cada vez mais presente no dia a dia em sociedade.

Por se tratar de um regulamento, tem-se que as normas previstas no GDPR são diretamente aplicáveis a todos os membros da UE, vinculando, conseqüentemente, qualquer organização que ofereça bens ou serviços que colem dados pessoais relacionados a ela. Além disso, em virtude de seu pioneirismo, o GDPR muito provavelmente desempenhará o papel de regra modelo para futuras regulamentações sobre o tema em outros países, tendo já influenciado, por exemplo, a criação da primeira lei geral de proteção de dados no Brasil, conhecida como LGDP (Lei n. 13.709/2018).

Desde a sua aprovação pelo Conselho Europeu em abril de 2016, tem sido amplamente alegado que o GDPR impõe um “direito à explicação”

de todas as decisões automatizadas feitas por sistemas de inteligência artificial, como forma de promover a transparência e a responsabilidade (“*accountability*”), princípios norteadores do Regulamento. Entretanto, diante da inexistência de menção expressa a tal direito no texto principal do GDPR, bem como da linguagem ambígua adotada em muitos de seus artigos, configura-se, atualmente, um cenário de incerteza acerca de sua aplicação e abrangência. Assim, a pesquisa proposta tem como objetivo analisar como se dá a construção normativa desse direito no âmbito do Regulamento, bem como a viabilidade de sua concretização.

A hipótese a ser investigada é a de que o direito à explicação, ao contrário do que tem sido comumente afirmado, estaria limitado a uma explicação relativa à funcionalidade do sistema, isto é, à lógica geral de seu funcionamento e suas consequências previstas, fornecendo, assim, uma explicação *ex ante* à tomada de decisão. O direito à explicação de decisões específicas, por outro lado, que englobaria as razões e circunstâncias individuais de determinada decisão automatizada, possibilitando também uma explicação *ex post*, não faria parte do escopo de aplicação do Regulamento. Para tanto, adota-se como referencial teórico a interpretação proposta por Wachter et. al (2017) do direito à explicação como um direito a ser informado (“*right to be informed*”).

Ademais, diante da enorme dificuldade em se fornecer informações claras acerca do processo de tomada de decisão desses sistemas de maneira compreensível ao titular de dados, questionar-se-á se direitos individuais à explicação constituem de fato o melhor remédio contra o problema da opacidade, ou apenas uma “falácia da transparência”. Metodologicamente, a pesquisa possui caráter descritivo, fazendo uso de fontes documentais diretas e indiretas.

O presente trabalho estruturar-se-á da seguinte forma: No tópico 1, será apresentado um panorama geral da utilização de técnicas de inteligência artificial (IA), em especial de *machine learning*, para a análise de dados pessoais, e as consequências indesejáveis que podem advir de tal uso – e que justificam a busca por um “direito à explicação”. Em seguida, no tópico 2, serão analisados os dispositivos do Regulamento Geral comumente utilizados para fundamentar a existência do direito em questão, levando-se em conta as limitações referentes à sua aplicabilidade. No tópico subsequente, tratar-se-á da dificuldade em se fornecer explicações detalhadas acerca de

uma decisão específica realizada por um algoritmo de *machine learning*, propondo-se, como consequência, métodos complementares ao direito à explicação capazes de dar maior suporte ao sujeito cuja análise dos dados pessoais exerce influência significativa sobre sua vida. Finalmente, serão apresentadas as conclusões obtidas ao longo da pesquisa.

1 PROBLEMAS RELACIONADOS À OPACIDADE ALGORÍTMICA

Cada vez mais, empresas e governos têm feito uso de sistemas de *machine learning*, ou aprendizado de máquina, para tomar ou dar suporte a decisões que possuem um impacto crucial na vida de indivíduos, variando desde o preço e disponibilidade de bens e serviços online, elegibilidade para obtenção de crédito ou benefícios previdenciários, até decisões relativas à reincidência criminal e liberação sob fiança.

Ao contrário do paradigma lógico tradicional (comumente denominado “*Good Old-Fashioned Artificial Intelligence*” ou “GOFAI”), que atingiu seu apogeu com os sistemas especialistas da década de 1980 e se concentrava na manipulação de símbolos de alto nível, os novos sistemas baseados em *machine learning* possuem a vantagem de aprender a partir de experiências, encontrando caminhos naturais de generalização por meio de exemplos e padrões estatísticos ocultos nos dados de entrada (BOSTROM, 2014).

Ocorre que, como tais algoritmos são treinados a partir de dados já existentes, há o risco de que eles repliquem ou até mesmo exacerbem padrões históricos indesejados de inequidade ou discriminação, ainda que não intencionalmente. Por exemplo, um sistema de análise e filtragem de currículos que se baseie apenas nas taxas de sucesso anteriores dos candidatos muito provavelmente reproduzirá vieses exibidos em modelos tradicionais e não automatizados de contratação, compreendendo a ausência de mulheres ou negros no passado como um padrão a ser replicado.

Exemplar de tal ocorrência discriminatória é passível de ser observado em um estudo realizado pela ONG ProPublica em 2016, que demonstrou que um software amplamente utilizado pelo sistema de justiça norte americano para determinar a possibilidade de reincidência futura para fins

de liberação mediante fiança apresentava um significativo viés de discriminação contra negros (ANGWIN et. al, 2016).

Um sério obstáculo ao desafio de tais sistemas consiste no fato de que seus *outputs*, ou resultados, que se traduzem com ou sem intervenção humana em uma decisão, não são realizados por humanos ou até mesmo por regras legíveis a humanos, mas por técnicas matemáticas menos escrutáveis (EDWARDS; VEALE, 2018).

Nesse sentido, um solicitante de empréstimo que tem seu crédito negado por um desses sistemas não pode compreender facilmente se seus dados foram erroneamente inseridos, o que ele pode fazer para ter maiores chances de aceitação no futuro, ou principalmente provar que o sistema é discriminatório – com base em sua raça ou gênero, por exemplo (EDWARDS; VEALE, 2018). É justamente em virtude dessa opacidade que o funcionamento de tais algoritmos é comparado ao de uma “caixa preta”, ou “*the AI black box*”, no original em inglês (PASQUALE, 2015).

Nesse contexto, a transparência no formato de um direito à explicação tem emergido como uma solução atrativa, uma vez que intuitivamente promete a abertura dessa “caixa preta” algorítmica e o consequente empoderamento dos titulares de dados. A explicação acerca de como o sistema alcançou determinada decisão consiste no primeiro passo para o exercício dos direitos que o sujeito de dados possui de contestá-la, expressar seu ponto de vista ou obter intervenção humana por parte do controlador – direitos previstos expressamente no Artigo 22(3) do GDPR (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Da forma como é popularmente interpretado, esse direito à explicação abrangeria esclarecimentos a respeito de decisões automatizadas específicas, depois que as mesmas foram tomadas (GOODMAN; FLAXMAN, 2016). Entretanto, a análise atenta dos dispositivos do Regulamento Geral que fornecem a sua base legal revela não se tratar de um remédio tão simples e eficaz quanto aparenta.

2 A BUSCA POR UM DIREITO À EXPLICAÇÃO NO GDPR

No Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o direito à explicação é comumente derivado de algum dos seguintes dispositivos: i) o supramencionado Artigo 22(3), que prevê salvaguardas contra

a tomada de decisões automatizadas – e comentado pelo Considerando 71; ii) Artigos 13 e 14, que tratam dos deveres de notificação e são comentados pelos Considerandos 60 e 62; ou (iii) Artigo 15, que regulamenta o direito de acesso e é comentado pelo Considerando 63. Neste tópico, tais dispositivos serão analisados individualmente de forma a aferir suas limitações como fundamentos para um direito à explicação.

Antes, porém, faz-se necessário esclarecer o que se quer dizer por “explicação” de uma decisão automatizada. Nesse sentido, Wachter et. al (2017, p. 6) apontam para duas possibilidades: a primeira delas diz respeito à funcionalidade do sistema, isto é, a lógica, significância, consequências previstas e funcionalidade geral de um sistema de tomada de decisão automatizada (e.g. a especificação de requisitos do sistema, árvores de decisão, modelos pré-definidos, critérios e estruturas de classificação).

A segunda possibilidade trata de decisões específicas, ou seja, as justificativas, razões, circunstâncias individuais de uma decisão automatizada específica (e.g. ponderação de recursos, informações sobre grupos de referência ou perfil, regras de decisão específicas definidas pela máquina) (WACHTER et. al, 2017, p. 6).

Os autores fazem, ainda, a distinção das explicações oferecidas em relação ao momento em que a decisão é tomada: com a explicação *ex ante* ocorrendo, por óbvio, anteriormente à decisão e, por conseguinte, podendo abarcar logicamente apenas questões relativas à funcionalidade do sistema – vez que, segundo os autores, uma decisão específica não pode ser explicada antes que o sistema a alcance. A explicação *ex post*, por outro lado, pode abordar tanto a funcionalidade do sistema quanto a lógica de uma decisão específica (WACHTER et. al, 2017, p. 6).

Tendo em mentes essas distinções, dar-se-á prosseguimento à análise dos dispositivos do Regulamento Geral.

2.1 Artigo 22(3) – Salvaguardas

Na primeira hipótese apresentada, que diz respeito ao direito do titular de dados a não ser submetido a decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, tem-se que o Artigo 22(3) do GDPR estabelece que:

Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) [para a celebração ou a execução de um contrato] e c) [for baseada no consentimento explícito], o responsável pelo tratamento aplica as medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, *obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão* (UNIÃO EUROPEIA, 2016, grifo nosso).

Os direitos listados no artigo em análise não constituem um rol exaustivo de salvaguardas, mas sim uma lista de requisitos mínimos a serem observados pelo controlador de dados. Isso levanta a questão de quais outros direitos poderiam ser invocados pelo titular de dados nessa situação – sendo o direito de receber uma explicação acerca de uma decisão automatizada específica *após a sua realização* a opção mais apta a beneficiá-lo (MENDOZA; BYGRAVE, 2017).

Contudo, a menção expressa a este direito ocorre apenas no Considerando 71, que estabelece que o

(...) tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, *de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação* e de contestar a decisão (UNIÃO EUROPEIA, 2016, grifo nosso).

Entretanto, embora façam parte do texto geral, os considerando não possuem poderes para criar, por si só, direitos juridicamente vinculantes – estes somente podem ser criados em conformidade a um artigo. Os considerandos, portanto, fornecem apenas orientações sobre como os artigos devem ser interpretados. Nas discussões que antecederam ao GDPR, por uma questão de conveniência política, muitas questões controversas demais para serem objeto de acordo no texto principal foram postas em prática somente através de considerandos (EDWARDS; VEALE, 2016), prática comum nos processos legislativos da União Europeia e que, reforça-se, não criam direitos ou obrigações específicas.

Se vinculante, o Considerando 71 exigiria uma explicação *ex post* de

decisões específicas, uma vez que trata de salvaguardas a serem aplicadas sempre que uma decisão automatizada for realizada. A análise dos esboços prévios do GDPR e dos comentários das negociações entre a Comissão, o Parlamento e o Conselho Europeu revela, porém, não ter sido essa a intenção dos legisladores. Isso porque verifica-se que salvaguardas mais rigorosas no que tange à tomada de decisões automatizadas e práticas de perfilamento, incluindo-se o direito juridicamente vinculante à explicação de decisões específicas após a sua realização, foram retiradas do texto principal adotado em 2016 (WACHTER et. al, 2017, p. 11).

2.2 Artigos 13 e 14 – Deveres de notificação

Os Artigos 13 e 14 do GDPR, por sua vez, impõem deveres de notificação para os controladores de dados quando do processamento de dados pessoais coletados diretamente de seu titular ou de terceiros, respectivamente.

Dentre as informações necessárias para garantir um processamento justo e transparente, os Artigos 13(2)f 14(2)g incluem a informação acerca da existência de decisões automatizadas (das quais o Artigo 22(1) e (4) trata), e, “pelo menos nesses casos [*i.e.* decisão necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; e decisão baseada no consentimento explícito do titular dos dados, respectivamente] *informações úteis relativas à lógica subjacente*, bem como a *importância e as consequências previstas* de tal tratamento para o titular de dados” (UNIÃO EUROPEIA, 2016, grifo nosso).

A combinação de tais dispositivos seria o suficiente, segundo autores como Bryce Goodman e Seth Flaxman (2016), para fundamentar um direito *ex post* a explicações de decisões automatizadas. Entretanto, os deveres de notificação impostos ao controlador de dados precedem ao processo de tomada de decisão – no que diz respeito aos dados coletados diretamente do titular, a notificação deve ocorrer, segundo o Artigo 13(2)f, no momento da coleta para processamento (MENDOZA; BYGRAVE, 2017).

A mesma lógica seria aplicável à hipótese do Artigo 14 – coleta de dados pessoais não através de seu titular, mas sim de terceiros –, na medida em que o Artigo 14(3)a estabelece que o responsável pelo seu tratamento apenas deve notificar o titular dentro do prazo máximo de 30 dias após

a ocorrência da coleta. Conforme previamente abordado, somente uma explicação relativa à funcionalidade do sistema é logicamente possível antes da tomada de decisão. Assim, os Artigos 13 e 14 não são capazes de fundamentar um direito *ex post* à explicação de decisões específicas que só podem ser comunicadas aos titulares de dados uma vez que a decisão tenha sido tomada – e não somente com a sua coleta prévia a qualquer processamento (WACHTER et. al, 2017).

2.3 Artigo 15 – Direito de Acesso

Finalmente, é possível fundamentar o direito à explicação com base no direito de acesso previsto no Artigo 15 do GDPR. Conforme exposto no item anterior, os Artigos 13 e 14 impõem deveres de notificação aos controladores decorrentes da coleta de dados pessoais. Em contrapartida, o Artigo 15 estabelece um direito de acesso ao titular desses dados, que deve ser por ele invocado. Juntos, esses artigos constituem uma unidade, visto que fornecem ao titular de dados acesso a informações idênticas, bem como utilizam a mesma linguagem (WACHTER et. al, 2017).

Inobstante essa redação idêntica dos Artigos 15(1)h, 13(2)f e 14(2)g, o direito de acesso não se limitaria, a princípio, a uma explicação *ex ante* da funcionalidade do sistema. Por depender de uma solicitação por parte do titular de dados que pode ser feita a qualquer tempo, é possível que a informação seja por ele requerida após a tomada de uma decisão automatizada específica, envolvendo uma explicação da mesma (EDWARDS; VEALE, 2016; MENDOZA; BYGRAVE, 2017).

De acordo com Wachter et. al (2017), porém, há razões suficientes para duvidar que o direito de acesso represente um direito a explicações *ex post* de decisões específicas. Para os autores, em primeiro lugar, o termo “consequências previstas” (“*envisaged consequences*”) possui orientação futura, exigindo dos controladores de dados a antecipação das possíveis consequências de seus métodos automatizados de tomada de decisão, antes que ela seja realizada (quando aplicada a decisões já alcançadas, o termo torna-se incoerente). Assim, a mesma restrição temporal que recai sobre os Artigos 13 e 14 valeria também para o Artigo 15, possibilitando apenas uma explicação acerca da funcionalidade do sistema.

Informações sobre as “consequências previstas” indicam que o controlador deve informar ao titular aquilo que ele pretende obter por meio da tomada de decisão automatizada. Não se exige do controlador prever as consequências que de fato serão obtidas, mas sim a explicação do escopo, intenção e propósito do processamento. Isso deixa entrever que o direito de acesso não diz respeito a como uma decisão individual foi alcançada, mas sim ao dever do controlador de dados de fornecer informações sobre a existência, objetivos e consequências do processamento automatizado – em outras palavras, uma explicação da funcionalidade do sistema (WACHTER et. al, 2017).

Ainda, a análise da implementação do direito de acesso pelos Estados-Membros da União Europeia sob a vigência da Diretiva 95/48/CE, instrumento normativo de proteção de dados que deu lugar ao GDPR, revela inúmeros interesses e exceções que limitaram significativamente tanto o seu escopo de aplicação quanto o conteúdo da explicação oferecida – dentre as quais se encontram os direitos de propriedade intelectual e o segredo industrial.

Cumprе ressaltar que a única menção feita a essas limitações no GDPR encontra-se no Considerando 63, segundo o qual o direito de acesso não deverá prejudicar os direitos ou as liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o *software* (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Aqui, mais uma vez, tem-se a problemática da natureza jurídica dos considerandos no ordenamento europeu, considerados apenas como complementos norteadores dos artigos, estes sim vinculantes.

Inobstante, a análise histórica do direito de acesso feito por Wachter et. al (2017) mostra que, em geral, os titulares de dados têm direito a receber algumas informações sobre a funcionalidade geral de um sistema autônomo de tomada de decisão, mas pouca ou nenhuma informação sobre as razões ou circunstâncias de uma decisão específica. Diante disso, os autores adotam uma postura pessimista em relação a futura abrangência do direito à explicação, afirmando que se a interpretação do GDPR seguir a precedência histórica, muito provavelmente o mesmo não apresentará a solução definitiva para o problema da opacidade que muitos procuram.

Em virtude de todo o exposto, concluem que tal direito será limitado a explicações relativas à funcionalidade geral dos sistemas utilizados e, jus-

tamente por isso, recomendam abordá-lo como um “*direito a ser informado* sobre a existência de tomadas de decisão automatizadas e funcionalidade do sistema” (WACHTER et. al, 2017, p. 40-41, grifo nosso).

A adoção de tal nomenclatura no trabalho de Wachter et. al recebeu críticas no sentido de que configuraria uma “irresponsabilidade retórica”, aparentando que o intuito dos autores seria o de oferecer um argumento negando a existência de um direito à explicação – argumento este que poderia ser utilizado por aqueles indivíduos e corporações contrários ao fortalecimento da proteção de dados pessoais (SELBST; POWLES, 2017, p. 11).

Ressalte-se, nesse sentido, que a intenção dos autores não é a de rejeitar um o direito à explicação, mas sim de reduzir o seu escopo de aplicação (algo que os próprios críticos são capazes de reconhecer¹⁴⁵). Visam, portanto, acalmar os ânimos daqueles que veem tal direito como uma panaceia, possibilitando dessa forma um redirecionamento de foco para outros mecanismos de proteção do sujeito de dados talvez até mais eficazes – assunto que será tratado adiante.

3 ALTERNATIVAS A UM “DIREITO À EXPLICAÇÃO”

Independentemente de questões relativas à funcionalidade do sistema ou a decisões específicas, de tomada de decisão *ex ante* ou *ex post*, ainda que houvesse consenso acerca da existência de um direito à explicação aplicável a toda e qualquer decisão automatizada, o problema da opacidade não seria resolvido imediatamente.

Quando o Artigo 22(1) do GDPR estabelece que o titular dos dados tem o direito de não se sujeitar a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar (UNIÃO EUROPEIA, 2016), dois pressupostos básicos são deixados em aberto: primeiro, o que vem a ser uma decisão totalmente automatizada; e segundo, quais tipos de decisões automatizadas afetariam de maneira significativa a esfera jurídica do titular de dados.

145 No original: “It [the right to be informed] gives the impression of a strong argument against a right to explanation, while in reality it defines the right to explanation down (...)” (SELBST; POWLES, 2017, p. 11).

No primeiro caso, cria-se, crucialmente, uma brecha na qual o envolvimento, ainda que mínimo, de um ser humano no processo de tomada de decisão de um mecanismo que, de outra forma, seria totalmente automatizado possibilita a neutralização ou até mesmo a burla dos direitos decorrentes da norma em apreço, dentre os quais o direito de acesso (situação às vezes referida como “*human in the loop*”).

Para Mendoza e Bygrave (2017), o GDPR somente pode ser afastado nesses casos quando um processo automatizado constitui apenas uma ferramenta decisória de apoio para um ser humano, que considera os méritos de seus resultados antes de chegar à sua decisão – em outras palavras, a participação humana deve ser realmente ativa e capaz de reverter o resultado automatizado. É este o entendimento adotado pelo *Data Protection Working Party* (A29WP) em suas *Guidelines on Automated Individual Decision Making and Profiling*, que, embora não vinculantes, advertem contra a “fabricação de intervenção humana mínima no processo decisório” como mecanismo de afastamento do GDPR (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

No que tange às situações que podem afetar a esfera jurídica e os interesses dos sujeitos de dados, são descritos, também nas supracitadas *Guidelines*, importantes exemplos como: a) avaliações ou *scorings*; b) decisões automatizadas com efeitos jurídicos ou similares; c) monitoramento sistemático; d) tratamento de dados sensíveis; e) dados processados em larga escala; f) *datasets* que forem combinados ou misturados; g) processamentos que impedem titulares de dados de exercerem direitos, de usarem determinado serviço ou de celebrarem determinados contratos (FRAZÃO, 2018).

Entretanto, conforme ressalta Ana Frazão (2018, p. 3), persistem diversas controvérsias sobre a existência de impactos relevantes sobre os titulares de dados em algumas situações, tais como a utilização de decisões totalmente automatizadas para publicidade individualizada (conhecida como *targeting advertising*), ou mesmo para recomendações personalizadas de filmes ou programas de TV. Estariam tais situações incluídas no escopo de aplicação do Artigo 22? Apesar da ausência de consenso sobre o tema, a depender do grau de intrusão dos procedimentos e da forma como eles afetam minorias, vulneráveis, crianças ou adolescentes, a resposta poderá ser afirmativa.

Para além das brechas legais encontradas no próprio GDPR, há, ainda, um outro empecilho à aplicação plena de um direito à explicação de

decisões algorítmicas automatizadas: grande parte das vezes, o sistema é tão complicado que mesmo os engenheiros que o projetaram têm dificuldade em identificar o motivo por trás de uma ação isolada, inexistindo, atualmente, uma maneira óbvia de criar sistemas desse tipo capazes de sempre explicar o porquê de seus atos (KNIGHT, 2017).

Uma vez que o direito à explicação, ou direito a ser informado, consiste em um direito pertencente ao sujeito de dados, termos como “informações úteis relativas à lógica subjacente” devem ser interpretados em relação a esse sujeito de dados. Isto é, as informações fornecidas acerca do funcionamento do sistema devem ser úteis em relação ele – notadamente, um ser humano que, presume-se, não possui especialização técnica (SELBST; POWLES, 2017).

Justamente por isso, Lilian Edwards e Michael Veale (2017) questionam-se a respeito da eficácia das explicações como um remédio no combate à opacidade, uma vez que informações significativas subjacentes à lógica do funcionamento de tais sistemas são tão difíceis de se obter.

Os autores ressaltam que os estudiosos da privacidade já estão familiarizados com a noção de que o consentimento, muitas vezes considerado pelo público leigo como a principal salvaguarda para o controle de dados pessoais (principalmente no universo *online*), não oferece o poder de autodeterminação informacional, mas apenas legitima a extração involuntária de dados pessoais de seus titulares (EDWARDS; VEALE, 2017).

Da mesma forma, alegam que

depende de direitos individuais à explicação como meio para que os usuários assumam o controle de sistemas de ML [*machine learning*] arrisca a criação de uma similar “falácia da transparência”. Os sujeitos de dados individuais não têm o poder para usar o tipo de explicações algorítmicas que provavelmente lhe serão oferecidas (...) Eles são, na maioria das vezes, pobres em tempo, em recursos e carentes da experiência necessária para fazer uso significativo desses direitos individuais. De certa forma, a falácia da transparência é ainda pior do que a do consentimento, uma vez que a explicação em si pode não ser significativa o suficiente para conferir muita autonomia mesmo ao sujeito de dados mais capacitado (EDWARDS; VEALE, 2017, p. 67, tradução nossa).

Existem numerosas maneiras pelas quais a transparência como um método para compreender e governar sistemas complexos – tanto no passado como agora, na era dos sistemas de *machine learning* – é não apenas limitada, mas também enganosa. A abordagem tradicionalmente individualista de questões relacionadas à privacidade e à proteção de dados (LINDROOS-HOVINHEIMO, 2017), somada a modelos neoliberais de agência, impõem um fardo tremendo sobre os indivíduos para obter informações sobre um sistema, interpretá-las e determinar o seu significado, apenas para descobrirem, ao final, que possuem poucos meios para alterar a situação, encontrando-se desconectados do poder (ANANNY; CRAWFORD, 2016).

Diante de tal situação, talvez seja interessante alterar o foco da discussão, que até agora tem girado em torno dos direitos individuais conferidos aos titulares de dados – como o direito à explicação –, para outros dispositivos introduzidos pelo GDPR que têm por foco a criação de um ambiente menos tóxico para o desenvolvimento de sistemas automatizados no futuro. Essas ideias resultam de um conceito de engenharia pautada na privacidade por design (“*privacy by design*”), que tem em mente a proteção da privacidade em todas as etapas do processo de criação, envolvendo diretamente os controladores na produção de sistemas menos invasivos à privacidade (EDWARDS; VEALE, 2017).

Por exemplo, o Artigo 25 do GDPR impõe que o responsável pelo tratamento dos dados aplique, tanto no momento de *definição* dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, medidas técnicas e organizativas adequadas para a proteção do sujeito de dados, como a pseudonimização e a minimização de dados – resultando, da segunda, que somente os dados pessoais necessários para o processamento sejam coletados (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Tais medidas são comumente referidas como “*privacy by default*”.

Além disso, no Artigo 35, estabelece-se que, quando determinado tipo de tratamento, em particular que faça uso de novas tecnologias, for suscetível de implicar em um elevado risco para os direitos e liberdades dos sujeitos de dados, deverá o controlador realizar uma avaliação de impacto (“*data protection impact assessment*”) antes de iniciar o tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Quando essa avaliação indicar risco elevado, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados do Estado-membro deverá ser consultada antes do

lançamento do sistema, devendo aconselhar o controlador e podendo fazer uso de seus poderes para proibir temporária ou permanentemente o uso do sistema. Dadas as multas passíveis de serem impostas aos controladores que não cumprirem as disposições do Regulamento Geral (que, na pior das hipóteses, prevista no Artigo 83(5), consistem em até 4 % do volume de negócios anual a nível mundial da empresa), tem-se aqui um método potencialmente eficaz para controlar os sistemas de tomada de decisões automatizadas (EDWARDS; VEALE, 2017).

Por vez, o Artigo 37 do GDPR (UNIÃO EUROPEIA, 2016) impõe aos responsáveis pelo tratamento e processamento de dados pessoais, sejam organizações públicas ou privadas de larga escala, e também a qualquer responsável que processe dados pessoais sensíveis, a indicação de um “*Data Protection Officer*” ou DPO (conceito traduzido como a figura do “encarregado”).

Finalmente, as medidas voluntárias previstas no GDPR podem também exercer influência positiva sobre os sistemas utilizados. No Artigo 42, propõe-se a criação de procedimentos voluntários de certificação em matéria de proteção de dados, bem como a criação de selos e marcas, para fins de demonstrar conformidade com o Regulamento. Podem, ainda, ser estabelecidos para efeitos de comprovação da existência de garantias adequadas fornecidas pelos responsáveis pelo processamento ou por subcontratantes (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Nesses casos, além de questões relativas à existência de vieses discriminatórios poderem ser incluídas nos padrões a serem observados para a certificação, seria possível estimular a criações de algoritmos mais escrutáveis. Outra vantagem da adoção de selos e marcas consiste na sua aplicabilidade diferenciada por setores, a depender do risco que determinada tecnologia apresente para a proteção da privacidade e de dados pessoais.

CONCLUSÃO

As limitações existentes em relação ao direito à explicação demonstram que, ao contrário do que tem sido frequentemente alegado, ele não se apresenta como uma solução simples para a promoção da transparência algorítmica: a ausência de previsão expressa de sua existência na parte vinculante do GDPR e a impossibilidade de sua aplicação *ex post* a decisões

específicas foram apenas algumas das restrições abordadas no presente trabalho, que derivam de um Regulamento altamente ambíguo, repleto de brechas legais, e também de empecilhos inerentes às técnicas utilizadas em sistemas de *machine learning*.

Justamente por isso, questionou-se se o foco excessivo apenas em tal direito não seria prejudicial, por não levar em conta outros mecanismos existentes – e talvez até mais eficientes – capazes de promover os interesses dos titulares de dados sem sobrecarregá-los com o ônus de terem que tentar compreender informações sobre um sistema que às vezes não são claras nem mesmo para aqueles que o criaram.

Dentre tais mecanismos, foram analisados os requisitos obrigatórios de *privacy by design* e de *privacy by default*, as avaliações de impacto sobre a proteção de dados, a indicação da figura do *data protection officer* e, ainda, a criação voluntária de sistemas de certificação.

Da análise feita, conclui-se que esses mecanismos alternativos são capazes de ultrapassar a abordagem individualista que permeia o direito à explicação, concentrando esforços na criação *a priori* de sistemas mais amigáveis à proteção da privacidade, bem como em maneiras diversas para o alcance da governança algorítmica. Ter como meta desenvolver sistemas melhores e menos opacos, com possibilidade de auditorias mais claras e envolvendo programadores bem treinados para evitar a reprodução de vieses parece uma alternativa mais viável do que manter o foco excessivo na busca incessante pela abertura de uma caixa preta – através de um direito amplo e irrestrito à explicação de decisões automatizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANANNY, Mike; CRAWFORD, Kate. Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its applications to algorithmic accountability. **New Media & Society**, v. 20, n. 3, 2018, p. 973-989.

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNE, Lauren. Machine Bias. **ProPublica**, maio 2018. Disponível em: <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>. Acesso em: 04/02/19.

BOSTROM, Nick. **Superinteligência**: Caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo. Rio de Janeiro: DarkSide, 2014.

EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’? **IEEE Security & Privacy**, v. 16, n. 3, 2018, p. 46-54. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3052831>>. Acesso em: 08/02/19.

_____. Slave to the Algorithm? Why a ‘right to an explanation’ is probably not the remedy you are looking for. **Duke Law & Technology Review**, v. 16, n. 01, 2016, p. 18-84. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2972855>>. Acesso em: 08/02/19.

FRAZÃO, Ana. Controvérsias sobre o Direito à Explicação e à Oposição diante de Decisões Automatizadas. **Jota**, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/controversias-sobre-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-automatizadas-12122018>>. Acesso em: 14/02/19.

GOODMAN, Bryce; FLAXMAN, Seth. EU Regulations on Algorithmic Decision-Making and a “Right to Explanation”. **AI Magazine**, v. 38, n. 03, 2016, p. 1-10.

KNIGHT, Will. The Dark Secret at the Heart of AI. **MIT Technology Review**, abr. 2017. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>>. Acesso em: 16/02/19.

LINDROOS-HOVINHEIMO, Susanna. Private Selves: An analysis of legal individualism. In: KURKI, Visa A. J.; PIETRZYKOWSKI, Tomasz (Eds.). **Legal Personhood: Animals, artificial intelligence and the unborn**. Cham: Springer, 2017, p. 29-46.

MENDOZA, Isak; BYGRAVE, Lee A. The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling. **University of Oslo Faculty of Law Research Paper**, n. 20, 2017, p. 01-23. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2964855>>. Acesso em: 09/02/19.

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society**: The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SELBST, Andrew; POWLES, Julia. Meaningful Information and the Right to Explanation. **International Data Privacy Law**, v. 7, n. 4, 2017, p. 1-20.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho** (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-General-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados.pdf>>. Acesso em 09/02/19.

_____. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**. Estrasburgo, 24/10/1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31995L0046>>. Acesso em: 09/02/19.

_____. **ARTICLE 29WORKING PARTY (A29WP): Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679**. Bruxelas, 06/02/2018. Disponível em: <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>. Acesso em 14/02/19.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation. **International Data Privacy Law**, 2017, p. 1-47. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2903469>>. Acesso em: 07/02/19.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE PESSOALIDADE E VULNERABILIDADE

Giovana F. P. Lopes

INTRODUÇÃO

Sistemas baseados em algoritmos de inteligência artificial (IA) são uma tecnologia já presente no cotidiano. Diante de sua crescente ubiquidade e potencial de comercialização, investimentos vultosos – notadamente por agentes privados –, são destinados à pesquisa e desenvolvimento desta tecnologia com prognóstico de uso cada vez mais disseminado em um futuro próximo.

O atual entusiasmo no que diz respeito à pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial, entretanto, teve início aproximadamente em 2010, e foi movido pelos seguintes fatores: “i) a existência de métodos estatísticos e probabilísticos cada vez mais sofisticados; ii) a disponibilidade de um número expansivo de dados; iii) a acessibilidade a um enorme poder computacional a baixo custo; iv) e a crescente adequação de ambientes às novas tecnologias, como a automação residencial e a criação de cidades ‘inteligentes’” (FLORIDI et. al, 2017, p. 2). Tais fatores, que se retroalimentam, possibilitaram o crescimento exponencial da criação e aperfeiçoamento de sistemas de IA nos últimos anos, não aparentando ser uma tendência passageira.

Quando os agentes de IA agem de forma autônoma, esperamos que sua atuação se conforme ao conjunto de normas formais e informais assu-

midas no caso de interações entre humanos. Como forças fundamentais de ordenamento social, direito e ética devem informar e julgar o comportamento de tais sistemas.

Como em qualquer tecnologia, o uso aceitável de sistemas baseados em IA será informado pelos princípios legais e éticos. Entretanto, como aplicar esses princípios para esta nova tecnologia, particularmente aqueles que envolvem autonomia, agência, controle e responsabilidade?

Soma-se ao aqui exposto o fato de que tecnologias de inteligência artificial desenvolveram-se, até muito recentemente, em uma espécie de vácuo normativo, à exceção de algumas legislações específicas que regulam a utilização de veículos autônomos, drones e programas-robôs no comércio eletrônico. Conforme assinala Scherer (2017, p. 356), são poucas as leis ou regulamentos existentes que abordam especificamente os desafios únicos gerados pela IA.

A tendência atual em se pensar em sistemas de IA em geral e mesmo robôs particularmente como análogos humanos é compreensível, visto que alimentada pela cultura pop, notadamente pela literatura *cyberpunk*, que posteriormente ganhou as telas de cinema¹⁴⁶. Carrega consigo, entretanto, perigos significativos. Pesquisadores e desenvolvedores exploram há décadas a tendência que humanos possuem à antropomorfizar objetos que se parecem ou que atuam como nós como forma de atrair atenção e investimentos (KAPLAN, 2015, p. 36).

Essa tendência à antropomorfização demonstrada perante sistemas de IA, no campo da regulação social de seu uso, reflete-se atualmente em propostas de personificação de tais entes para o direito. Ou seja, que algoritmos de IA sejam tratados como centros autônomos de imputação de direitos e deveres. Considerados agentes autônomos, diretamente a eles se deveria imputar as consequências de seu comportamento.

Isto pressupõe que máquinas são mais semelhantes a nós do que realmente são e que são capazes de diferenciar e respeitar nossas convenções sociais, desconsiderando-se os riscos associados ao uso disseminado de sistemas que se comportam de maneira autônoma (sem supervisão humana direta) reagindo a seu ambiente.

146 Veja-se: GIBSON, William. *Neuromancer*. [Trad.] Fábio Fernandes. São Paulo: Editora Aleph, 2016; *MATRIX*. Direção: Andy e Larry Wachowski. Fox Studios, 1999.

Por exemplo, em 06 de maio de 2010, precisamente a partir das 14h42m, o índice Down Jones sofreu uma brusca queda, em questão de minutos, de mais de mil pontos ou 9% (nove por cento) em relação ao momento de abertura. Mais de um trilhão de dólares em valores de investidores – economias, aposentadorias garantidas por fundos de pensão, fundos patrimoniais para a manutenção de universidades – foram perdidos até as 14h47m. A *U.S. Exchange and Securities Commission – SEC*, levou cerca de seis meses para determinar o que havia ocorrido e não se tratou, como imaginado, de algum terrível equívoco, mas do resultado de programas de *High Frequency Trading – HFT* (responsáveis, à época, por mais de 60% das transações na bolsa) fazendo exatamente aquilo para o qual foram projetados. O problema teve sua origem na oferta de venda, por um grande fundo de investimentos, de ações agrupadas em uma aplicação financeira altamente diversificada. Contudo, não havendo de imediato (milissegundos) compradores no mercado e ninguém supervisionando a operação, os preços caíram, o que foi detectado por *bots* de HFT cujas ações no mercado se influenciaram reciprocamente, desencadeando automaticamente estratégias de *stop loss*, com ordens de venda a qualquer preço (KAPLAN, 2015, p. 61).

Resta claro, portanto, que a utilização crescente de tais sistemas representa um aumento da dependência e vulnerabilidade da pessoa humana em relação às decisões e comportamentos por eles adotados. Seria a personificação uma política legislativa adequada à minimização e dispersão social dos potenciais danos resultantes do uso disseminado de sistemas de comportamento autônomo?

1 IA: HISTÓRIA E CONCEITO

A questão fundamental acerca da possibilidade de máquinas “pensarem” foi posta, pela primeira vez, por Alan Turing:

Proponho-me a considerar a questão ‘As máquinas podem pensar?’ Isso deve começar com definições do significado dos termos ‘máquina’ e ‘pensar’. As definições podem ser enquadradas de modo a refletir tanto quanto possível o uso normal das palavras, mas essa atitude é perigosa, se o significado das palavras ‘máquina’ e ‘pensar’ for encontrado ao examinar como elas são comumente

usadas é difícil escapar à conclusão de que o significado e a resposta à pergunta ‘As máquinas podem pensar?’ deve ser procurado em uma pesquisa estatística, como uma pesquisa Gallup (TURING, 1950, p. 433).

A pergunta é por ele posteriormente descartada porque desprovida de sentido, visto que se uma máquina ou um sistema artificial for capaz de simular o comportamento de um agente humano inteligente ao executar uma tarefa proposta (*to play the imitation game*), ela cumpre sua função e a indagação adquire um caráter metafísico (TURING, p. 434).

Pode-se dizer, contudo, que o marco histórico de um esforço coletivo direcionado ao campo da inteligência artificial foi o chamado *Darhmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, no qual no verão de 1956 um grupo multidisciplinar de cientistas se reuniu buscando um significativo avanço quanto ao problema de se construir máquinas que simulassem em todos os aspectos a inteligência humana ou, como sugerido por John McCarthy, uma Inteligência Artificial (MCCARTHY et. al, 1955).

Nas décadas subsequentes, o campo da inteligência artificial passou por momentos de expansão e retração, na medida em que a resolução de alguns dos problemas inicialmente propostos revelou-se mais difícil do que o previsto inicialmente, e outros, simplesmente insuperáveis com as tecnologias disponíveis à época. Foi apenas no final dos anos de 1990 que as inovações em IA passaram a ocorrer em ritmo acelerado, com os pesquisadores da área direcionando seu foco à aplicação da tecnologia a problemas do mundo real, como reconhecimento de imagem e diagnóstico médico (ESTADOS UNIDOS, 2016, p. 5).

Nesse contexto, é possível destacar alguns importantes marcos na história da inteligência artificial, como a vitória, em 1997, do computador *Deep Blue*, desenvolvido pela IBM, sobre o campeão mundial de xadrez Garry Kasparov. Outros avanços significativos incluem o desenvolvimento, pela agência governamental norte-americana DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*), de um agente cognitivo que aprende e organiza – CALO, na sigla inglesa –, e que levou à criação do assistente pessoal *Siri* pela Apple; e a vitória do computador *Watson*, desenvolvido também pela IBM, no jogo televisivo de perguntas e respostas *Jeopardy!*, em 2011.

Atualmente, a definição mais aceita para o termo “Inteligência Artificial” é a de que este se refere ao estudo e projeto de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso (RUSSELL; NORVIG, 2010).

2 IA e Personalidade

A ideia de se atribuir personalidade a sistemas de inteligência artificial como análogos humanos reflete a tendência natural que humanos apresentam de antropomorfizar objetos que se pareçam ou se comportem como eles (MICHALCZAK, 2017).

2.1 IA e Personalidade Natural

O debate filosófico contemporâneo acerca do conceito de pessoa pode-se dizer, em linhas gerais, ser dividido entre duas correntes: a descritiva e a axiológica. A concepção descritiva de pessoa possui sua origem na filosofia analítica e principalmente no pensamento de Locke, definindo pessoa a partir da presença ou ausência de determinadas características empíricas, notadamente mentais. Por sua vez, a concepção axiológica coloca ênfase no fato de ser o conceito de pessoa um *status*, como no clássico pensamento Thomista e, talvez mais influente contemporaneamente, no pensamento Kantiano e neokantiano (BROZEK, 2017).

No que se refere ao Direito, a noção de pessoa (envolvendo a pessoa natural e a pessoa jurídica) possui um caráter técnico e não se encontra, de fato, conectada concretamente a qualquer concepção filosófica, seja de caráter descritivo ou axiológico.

A ideia de pessoa natural exposta pelo ordenamento claramente não corresponde a concepções filosóficas descritivas como as de Singer (2001) ou Engelhardt (1996), tampouco a concepções axiológicas como a de Spaemann (2007). O mesmo se pode dizer da categoria denominada pessoa jurídica.

Aparentemente, o conceito técnico de pessoa para o direito parece revelar uma abstração (NAFFINE, 2017) cujo conteúdo encontra-se ordinariamente influenciado pela chamada *folk psychology* (“psicologia popular”) em seu nível fenomenológico, qual seja, um rico repertório con-

ceitual que a maioria dos adultos humanos utiliza para explicar, prever e descrever as ações uns dos outros e, talvez, entes não humanos por aproximação, incluindo conceitos como crença, desejo, intenção, esperança, medo e outros, por Davis e Stone (1995) chamados *atitudes proposicionais*.

Pouca controvérsia existe acerca de ser determinada pela estrutura física (*hard wired nature*) de nosso aparato cognitivo – a estrutura neural ou mecanismo cognitivo –, responsável pela manifestação fenomenológica da chamada psicologia popular (BROZEK, 2017, p. 10). Isto explicaria a tendência (*bias*) de antropomorfização manifesta diante de sistemas baseados em IA.

A rigor, apresentam-se duas categorias distintas de pessoa para o ordenamento jurídico. Um sistema de IA deveria ser tratado como pessoa natural ou como jurídica (com todas as implicações decorrentes no que concerne à delimitação de sua capacidade de direito)?

Considerando a tendência humana à antropomorfização, a proposta de personificação jurídica de IA's demanda investigar se e como se manifestam estados subjetivos como a intencionalidade nos chamados intelectos artificiais para além do imaginário representado na cultura pop e alimentado por desenvolvedores de tais sistemas como estratégia de marketing e captação de investimentos (BRYNJOLFSSON; MCAFFEE, 2014).

No que se refere à possibilidade de uma IA manifestar estados mentais como crenças, intencionalidade ou outros verifica-se na literatura a controvérsia entre o que se convencionou chamar IA fraca ou *special artificial intelligence* e IA Forte ou *general artificial intelligence*.

Por se tratar da tentativa de replicar a cognição humana através de processos artificiais, a inteligência artificial possui uma relação direta de interdependência com o estudo da consciência. Ocorre que, conforme aponta Searle, inexistente um consenso, inclusive dentre a comunidade científica, acerca do que venha a ser a consciência, e sobre como exatamente os processos neurobiológicos no cérebro são capazes de causá-la (SEARLE, 1998).

O dualismo de origem cartesiana exerce influência, até os dias atuais, sobre muitos teóricos da consciência, que resistem em tratá-la como um fenômeno biológico semelhante a qualquer outro.

Dentre contemporâneos adeptos do dualismo, pode-se citar Roger Penrose e David Chalmers. O primeiro enquadra-se na categoria por não

acreditar na existência de um universo unificado, mas, antes, que há um universo mental separado, que se encontraria “preso” ao universo físico. O autor concebe, ainda, um terceiro universo, para além do físico e do mental, que seria aquele dos objetos abstratos, tais como os números e outras entidades matemáticas (PENROSE, 1994).

O segundo, por sua vez, ao considerar que toda e qualquer informação possui dois aspectos básicos, um físico e outro fenomenológico, acredita ser possível explicar a emergência da experiência consciente de processos físicos, sem, contudo, reduzi-la a estes (CHALMERS, 1996).

De outro lado, as tentativas de combate ao dualismo acabam por incorrer em um diferente tipo de erro, qual seja, o de supor que a consciência possa ser reduzida a processos físicos, ou até mesmo eliminada por completo. Trata-se daquilo que foi denominado, pela filosofia, como materialismo, e que conta, atualmente, com um grande número de adeptos, podendo-se destacar Daniel Dennett.

Diferentemente dos dualistas, Dennett não acredita que a mente seja algo distinto do corpo, ou que se sobreponha a ele como um centro de comando de ações. Pelo contrário, afirma ser a consciência o resultado de ações não conscientes realizadas pelas células e, conseqüentemente, passíveis de observação científica. Justamente por isso, propõe como forma de estudo da mente a “heterofenomenologia”, sob uma perspectiva de terceira pessoa, em oposição a uma ontologia subjetiva (DENNETT, 1991).

Essa abordagem acerca do problema da consciência parte da aceitação de que não existem conteúdos intrínsecos e exclusivos da mente. Ou seja, Dennett nega que todos os fenômenos conscientes sejam experiências subjetivas qualitativas – aquilo que Searle denomina de *qualia* (SEARLE, 1998, p. 36). Para ele, existe um nível intermediário entre o fenomenológico e o neurofisiológico dos conteúdos representacionais, e a mente compreenderia este nível em que há processamento de informações. Tem-se, assim, que o agir inteligente exige, necessariamente, a manipulação de informação.

Justamente por isso o autor acredita na possibilidade de uma IA forte. Se os seres humanos funcionam a partir de estímulos (*inputs*), e possuem disposições reativas que podem andar conjuntamente, tem-se que o cérebro é como um computador digital (*hardware*), e a mente consciente é como um programa de computador (*software*), resultando desta interação o agir inteligente, traduzido na capacidade de processar informações.

Searle aponta como motivo por trás da ampla aderência ao materialismo o temor de que, caso se aceite a existência e a irredutibilidade da consciência, necessariamente deverá se aceitar também algum tipo de ontologia dualista. Oferece, dessa forma, uma solução ao problema mente-corpo que evita tanto o dualismo quanto o materialismo, ao menos na maneira em que são tradicionalmente concebidos: a análise de que os processos cerebrais causam a consciência, mas que a consciência, propriamente dita, é uma “propriedade do cérebro” (SEARLE, 2000).

A dificuldade em se compreender como cérebros podem causar mentes e, ao mesmo tempo, serem as mentes características do cérebro fundamenta-se, segundo o autor, em uma má compreensão acerca da causalidade. Tradicionalmente, quando se afirma que A causa B, supõe-se a existência de dois acontecimentos distintos, um identificado como a causa, o outro como efeito – crê-se, desse modo, em uma concepção dualista de causalidade, em que os eventos que ocorrem no mundo físico causam acontecimentos no mundo mental (SEARLE, 2000).

Justamente por isso, não procede a afirmação corriqueira de que a mente está para o cérebro assim como um *software* está para o *hardware* de um computador, não sendo um processo essencialmente biológico a consciência humana.

A natureza dessa refutação, ao contrário do que pensam os entusiastas da IA forte, não possui relação alguma com o estágio atual da tecnologia dos computadores, mas sim com a sua própria definição: programas de computador operam a partir de uma estrutura puramente sintática, desprovidas, portanto, de qualquer conteúdo semântico ou *intencionalidade*, ou seja, como IA's fracas.

Desprovidos de intencionalidade, portanto, sistemas de IA são capazes apenas de mimetizar o comportamento intencional a partir de parâmetros pré-estabelecidos de output diante de elementos de input pré-selecionados. Operam, assim, a partir de uma estrutura puramente sintática, da qual é exemplificativa o chamado “experimento do quarto chinês”:

Imagine que você execute as etapas de um programa elaborado para responder perguntas em um idioma que você não compreende. Eu não entendo chinês, então imagino que estou trancado numa sala cheia de caixas com símbolos chineses (a base de dados),

recebo uma pequena quantidade de símbolos chineses (perguntas em chinês), e, então, procuro em um manual (o programa) o que deveria fazer. Realizo algumas operações com os símbolos de acordo com as regras (i.e., executo as etapas do programa) e entrego uma pequena quantidade de símbolos (respostas às perguntas) aos que se encontram fora do quarto. Eu sou um computador executando um programa para responder perguntas em chinês, mas ao mesmo tempo não compreendo uma palavra em chinês (SEARLE, 1998, p. 38).

A noção de agência refere-se a processos de determinação de causalidade normativa, e não meramente físico-causal. Pressupõe, portanto, intencionalidade. Por exemplo: se uma pessoa, ao ser empurrada, choca-se com um objeto de arte causando sua queda e destruição, não se diz ser essa pessoa o agente que causou o resultado, mas sim quem a empurrou.

Agência pressupõe intencionalidade na causa.

A intencionalidade quanto ao resultado, por sua vez, não se refere à questão de se estabelecer uma relação de causalidade normativa, mas sim à problemática da imputabilidade. Justamente por isso é possível identificar ações que sejam normativamente causa adequada a um resultado (o ente executa uma ação intencional que é causa do resultado) sem que, todavia, impute-se normativamente o resultado ao agente, pela ausência de intencionalidade direta quanto ao resultado (ausência de dolo), ou ausência de intencionalidade indireta (previsibilidade) quanto ao resultado (ausência de culpa). Assim é também possível a imputação de responsabilidade quando ausente intencionalidade quanto ao resultado, desde que presente intencionalidade quanto à causa (responsabilidade pelo risco, ou objetiva).

Poderia se objetar a tal afirmação a partir de situações como a responsabilidade civil imputada a pessoas jurídicas ou hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro. Todavia, seria um equívoco, visto que, em tais hipóteses, o ente responde pela ação de outro. A imputação de responsabilidade, neste caso, é feita não ao agente, mas a terceiro e independe de agência.

Neste ponto, conclui-se, a partir da visão de Searle, que sistemas de IA, independentemente do grau de sofisticação, carecem de estados subjetivos e, portanto, de intencionalidade. Não podem, assim, ser caracte-

rizados como agentes. Tais sistemas inegavelmente se comportam de forma autônoma, sendo a definição de seus objetivos ou o que caracteriza o sucesso do *output* ofertado pelo sistema ao *input* ambiental pré-definido em seu código fonte. Muito embora não operem sistemas de IA através de uma estreita correlação *input/output* pré-determinada, o *output* ofertado pelo sistema é definido pela frequência estatística verificada no passado entre determinada resposta aos *inputs* ambientais e maior probabilidade de se alcançar o objetivo estabelecido como “sucesso”.

Uma IA, portanto, é incapaz de dissentir da normalidade estatística pretérita de ações favoráveis à obtenção de sucesso. É, assim, um sistema que apresenta comportamento autônomo, entretanto, carecedor de intencionalidade, não se caracterizando, propriamente, como um agente.

Ausentes em uma IA todos os demais aspectos apresentados no plano fático por uma pessoa natural, como uma pessoa humana, o único traço remanescente que poderia autorizar o reconhecimento de pessoalidade a tais entes, a condição de pessoa substancial, seria a presença de estados subjetivos, ou seja, a presença de consciência e, portanto, intencionalidade intrínseca que permitiria a dimensão da agência. Como esta não se verifica, não é possível ser-lhes reconhecida a condição de pessoa substancial.

2.2 IA e Personalidade Jurídica

Considerando que grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos atribui a entes abstratos e desprovidos de intencionalidade intrínseca a personalidade em sentido formal, necessário investigar as razões que informam a personificação dos entes comumente nomeados “pessoas jurídicas” para avaliar se o mesmo poderia ser feito em relação a IA’s. A primeira proposta teórica estruturada neste sentido foi feita por Lawrence Solum em 1992 e a questão encontra-se em discussão atualmente no âmbito da União Europeia¹⁴⁷

Embora tanto homens quanto entes ideais ou coletivos sejam nomeados pessoas pelo ordenamento, deve-se ter em mente que diferentes moti-

147 Veja-se UNIÃO EUROPEIA, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103-INL). Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2017. Disponível em: < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

vos operam para que ambos, enquanto sujeitos de direitos e deveres, sejam igualmente nomeados pessoas. Se o querer legislativo atua sobremaneira no que tange à personificação dos entes ideais ou coletivos (autorizando, indiretamente, até mesmo a desconsideração da sua personalidade), o mesmo não ocorre em relação à pessoa natural, em razão do substrato ontológico e dignidade imanente do homem (EBERLE, 2006).

A assimetria existente entre o tratamento conferido às pessoas naturais e aquele dispensado às pessoas jurídicas justifica-se, conforme indicado por Matta Machado, em razão da própria natureza da última. Utilizando-se do método da analogia para análise do tema, o autor afirma que entre a pessoa natural e a pessoa jurídica há uma *analogia de proporcionalidade imprópria*: toma-se por base um termo unívoco, que se transfere a outros sujeitos em virtude das semelhanças que estes guardam entre si (MATTA MACHADO, 1954). Assim,

o termo pessoa, unívoco, designa tanto homem quanto entes coletivos, que, nessa condição, gozam igualmente de existência real. Todavia, essas duas realidades não se assemelham na ordem entitativa, i.e. no plano das essências, e sim no plano jurídico da operatividade, i.e., quanto à sua maneira de proceder no campo do Direito (EBERLE, 2006, p. 38).

Justamente por encerrar uma polissemia, entretanto, o conceito de personalidade acaba, muitas das vezes, utilizado a um só tempo como valor e como aptidão para ser sujeito de direito, resultando, assim, em duas frequentes conclusões equivocadas: a atribuição do valor jurídico representado pela personalidade indistintamente a pessoas naturais e jurídicas, e a atribuição de personalidade a todos os entes a quem o ordenamento confere a qualidade de ser sujeito de direito (TEPEDINO et. al, 2007).

As razões pelas quais se atribui personalidade também a entes coletivos, como empresas e associações, não se baseiam em uma espécie de ontologia moral correspondente a estes, mas revelam na realidade, como afirma Sérgio Negri (2016, p. 8) uma função heurística: “o termo pessoa jurídica, ao simplificar um complexo de relações jurídicas, facilita a descrição do próprio fenômeno jurídico”.

Conforme ressalta Negri (2016, p. 8-9), nada impede que todos os integrantes de uma sociedade relacionem-se conjuntamente com tercei-

ros. Entretanto, a interposição de uma nova subjetividade jurídica permite que esse mesmo processo possa ser descrito de forma unitária, sem a necessidade de menção, a cada ato praticado, de todos os sócios que se mostram retratados pelo termo pessoa jurídica.

O autor destaca, ainda, para além da já mencionada, outras razões que conformam a personalidade jurídica, a saber: a articulação patrimonial, vez que o reconhecimento de um novo sujeito implica, por consequência, na afirmação de uma estrutura patrimonial autônoma; a constituição de um sistema de imputação direta pelos atos praticados por órgãos da pessoa jurídica; e a estabilização do processo de coordenação de ações funcionalmente integradas, ou seja, a organização (NEGRI, 2016, p. 9-10).

Perder de vista as razões específicas que informam as pessoas jurídicas, equiparando-as indistintamente às pessoas naturais, pode conduzir ao processo denominado por Stefano Rodotà (2007) de “expropriação da subjetividade”. Tal processo consistiria na usurpação, no plano concreto, de direitos inerentes ao ser humano, sob o pretexto de proteção do sujeito abstrato, manifestando-se, por exemplo, nos discursos acerca da titularidade de direitos fundamentais ou da personalidade por pessoas jurídicas de direito privado (NEGRI, 2016, p. 2).

Exemplar da ocorrência de tal fenômeno é a decisão proferida pela Suprema Corte Americana no caso *Burwell v. Hobby Lobby* (ESTADOS UNIDOS, 2014), na qual se reconheceu, pela primeira vez na história do referido tribunal, a reivindicação de crença religiosa por parte de uma pessoa jurídica com fins lucrativos. Assim, sob a escusa de exercício dessa liberdade religiosa, permitiu-se que o ente coletivo em questão deixasse de ofertar a seus funcionários seguro de saúde gratuito, vez que qualquer cobertura mínima disponível no mercado abrange a oferta de “pílulas do dia seguinte” a seus segurados.

Cita-se, ainda, no ordenamento pátrio, a atribuição muitas vezes indiscriminada de direitos da personalidade às pessoas jurídicas, com fundamento no art. 52 do Código Civil brasileiro e, mais especificamente, na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a possibilidade de que uma pessoa jurídica sofra danos morais.

É importante ressaltar que, na prática, direitos como o nome e a honra são invocados não por revelarem aspectos fundamentais da personalidade de entes coletivos, mas sim para garantir o livre exercício da função por

eles exercida, havendo, portanto, uma diferença substancial no que tange aos interesses tutelados quando da afirmação dos direitos da personalidade da pessoa natural. Assim,

sem se atentar para a diferença entre as razões que determinam a proteção do ser humano e as que determinam a proteção da pessoa jurídica, as normas aplicáveis aos direitos da personalidade são simplesmente transpostas para a proteção da atividade empresarial e para a tutela de interesses de natureza exclusivamente econômica (NEGRI, 2016, p. 13).

Portanto, fundamental ter em mente, ao se cogitar a personificação de sistemas de inteligência artificial, que as razões que informam o reconhecimento da personalidade a seres humanos não se equiparam àquelas que levaram à sua atribuição às pessoas jurídicas. Resta investigar, portanto, se tais motivos específicos se fazem presentes também no caso de IAs.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a noção de organização, através do processo de coordenação de ações funcionalmente integradas, embora seja uma característica inerente ao próprio fenômeno associativo, não constitui monopólio da pessoa jurídica (NEGRI, 2016, p. 10). Sistemas baseados em inteligência artificial são, por si só, ferramentas organizacionais, desenvolvidas com o intuito de desempenhar tarefas de maneira coordenada através do processamento simbólico de *inputs* e *outputs* pré-estabelecidos. Além disso, não abrangem uma pluralidade de agentes cujas complexas relações demandem a sua simplificação em um único ente personificado, a exemplo do que ocorre com sociedades e associações.

No que diz respeito à autonomia patrimonial, sabe-se que a mesma se justifica em virtude da necessidade de exteriorizar uma parcela dos custos derivados da atividade desenvolvida, diminuindo-se, assim, o chamado “risco empresa”. Em outras palavras, atribui-se personalidade ao ente abstrato para que, mediante a afirmação de uma estrutura patrimonial autônoma, haja limitação dos custos da atividade em favor dos sócios e em desfavor da coletividade, possibilitando, assim, o desenvolvimento da própria atividade econômica.

A existência de um patrimônio autônomo da pessoa jurídica relaciona-se diretamente, portanto, com a possibilidade de imputação direta ao ente por eventuais danos causados por seus agentes. Sendo a impu-

tabilidade normativa passível de ser estabelecida independentemente de intencionalidade, inexistem, a princípio, impedimentos para que uma IA possa ser considerada como um centro autônomo de imputação de relações jurídicas.

Bastaria, para tanto, a existência de um patrimônio autônomo a ela associado que responderia pela reparação ou compensação da vítima na hipótese de ocorrência de um dano, a exemplo do que já ocorre em contratos de seguro. Em tais casos, tem-se um patrimônio independente, associado à seguradora, que se apresenta como centro de imputação, e que responde por eventuais danos que ocorrerem ao segurado.

Há de se ter em vista, entretanto, a quem favorece a exteriorização dos custos representados pela criação de uma nova subjetividade com autonomia patrimonial, e em desfavor de quem os riscos representados pela atividade desenvolvida são limitados. Tem-se, dessa forma, que o controle de riscos em favor dos sócios e em desfavor de terceiros não é admitido quando confrontarem os interesses de pessoas naturais em flagrante posição de vulnerabilidade na relação estabelecida com o ente personificado. É o que ocorre, por exemplo, quando do inadimplemento de verbas de natureza laboral: diante da insuficiência do patrimônio da pessoa jurídica, os seus sócios são chamados a responder pelo adimplemento com seu patrimônio particular.

Em se tratando de sistemas de inteligência artificial, não se pode olvidar que sua criação e disponibilização ao mercado são feitas, tradicionalmente, por pessoas jurídicas. Significa dizer que os custos associados à atividade exercida (pesquisa e desenvolvimento de tais tecnologias) já foram devidamente redistribuídos à comunidade por meio da imputação direta ao ente jurídico abstrato.

A personificação de agentes artificiais autônomos representaria, portanto, nova exteriorização de custos, agora em favor da pessoa jurídica e em prejuízo das pessoas naturais que, possuidoras de estados subjetivos internos, são aptas a possuir desejos e crenças, formular objetivos e também vê-los frustrados, constituindo o polo mais vulnerável de qualquer relação envolvendo uma IA. Dificultar-se-ia ainda mais, portanto, a reparação integral dos danos por elas suportados, privilegiando única e exclusivamente os interesses de seus desenvolvedores.

3 CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, conclui-se que um ordenamento fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e comprometido com a solidariedade social não deve atribuir a sistemas de inteligência artificial o *status* de pessoa, ainda que enquanto atributo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BROZEK, Bartosz. The Troublesome ‘Person’. In: KURKI, Visa A. J.; PIETRZYKOWSKI, Tomasz (Eds.). *Legal Personhood: Animals, artificial intelligence and the unborn*. Cham: Springer, 2017, p. 3-14.
- BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The second machine age: work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*. New York: Norton, 2014.
- CHALMERS, David. *The conscious mind*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- DENNET, Daniel. *Consciousness Explained*. New York: Black Bay Books, 1991.
- EBERLE, Simone. *A Capacidade entre o Fato e o Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- ENGELHARDT, Hugo Tristram. *The Foundations of Bioethics*. New York: Oxford University Press, 1996.
- ESTADOS UNIDOS. Executive Office of the President: National Science and Technology Council Committee on Technology. *Preparing for the future of artificial intelligence*. Washington: The White House, 2016. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.
- FLORIDI, Luciano; CATH, Carine; MITTELSTADT, Brent; WACHTER, Sandra; TADDEO, Mariarosaria. Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach. *Science and Engineering Ethics*. Springer, 2017, p.2.

- GIBSON, William. *Neuromancer*. [Trad.] Fábio Fernandes. São Paulo: Editora Aleph, 2016.
- KAPLAN, Jerry. *Humans Need Not Apply: A guide to wealth and work in the age of artificial intelligence*. New Haven: Yale University Press, 2015, p. 36.
- MATRIX. Direção: Andy e Larry Wachowski. Fox Studios, 1999.
- MATTA MACHADO, Edgar de Godoi da. Conceito Analógico de Pessoa Aplicado à Personalidade Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 6, 1954, p. 55-78. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/555/522>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- MCARTHY, John; MINSKY, Leon; ROCHESTER, Nathanael; SHANNON, Claude. *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. 1955. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/Dartmouth.html>>. Acesso em 9 nov. 2018.
- MICHALCZAK, Rafal. Animal's Race Against the Machines. In: KURKI, Visa A. J.; PIETRZYKOWSKI, Tomasz (Eds.). *Legal Personhood: Animals, artificial intelligence and the unborn*. Cham (ZG): Springer, 2017, p. 91-101.
- NAFFINE, Ngaire. Legal Persons as Abstractions: The extrapolation of persons from the male case. In: KURKI, Visa A. J.; PIETRZYKOWSKI, Tomasz (Eds.). *Legal Personhood: Animals, artificial intelligence and the unborn*. Cham: Springer, 2017, p. 15-27.
- NEGRI, Sérgio Ávila. As Razões da Pessoa Jurídica e a Expropriação da Subjetividade. *Civilistica*, a. 5, n. 2, 2016, p. 8. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-razoes-da-pessoa-juridica/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- PENROSE, Roger. *Shadows of the mind: a search for the missing science of consciousness*. Oxfo

rd: Oxford University Press, 1994.

REINO UNIDO. House of Commons Science and Technology Committee. *Robotics and artificial intelligence (No. Fifth Report of Session 2016-17)*. London, UK 2016. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmsselect/cmsstech/145/145.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli Editore, 2007.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3. ed. New Jersey: Prentice-Hall, 2010.

SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, challenges, competencies, and strategies. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 29, n. 2, 2016, p. 356. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609777>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SEARLE, John. *O Mistério da Consciência*. [Trad.] André Pinheiro e Vladimir Safatle. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

_____. *Mente, Cérebro e Ciência*. [Trad.] Artur Morão. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2000.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. New York: Harper Collins, 2001.

SOLUM, Lawrence B. „Legal Personhood for Artificial Intelligences. *North Carolina Law Review*, v. 70 n.4, 1992, p. 1231-1287. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol70/iss4/4>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

SPAEMANN, Robert. *Persone: Sulla differenza tra “qualcosa” e “qualcuno”*. [Trad.] Leonardo Allodi. Bari: Editori Laterza e Figli, 2007.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena; *et aliter*. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. 1, 2 ed. São Paulo: Renovar, 2007.

TURING, Alan. Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, v. 49, n. 236, 1950, p. 433. Disponível em: <<http://phil415.pbworks.com/f/TuringComputing.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

UNIÃO EUROPÉIA. European Parliament Committee on Legal Affairs. *Civil law rules on robotics (2015/2103 (INL))*. Brussels, Belgium: European Parliament, 2016. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML%2B-COMPARL%2BPE582.443%2B01%2BDOC%2BPDF%2BV0//EN>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

O DIREITO À PRIVACIDADE E OS DESAFIOS DE SUA OBSERVÂNCIA NA ERA DIGITAL: PERSPECTIVAS DO *BIG DATA* E BREVE ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Guilherme Mesquita Estêves

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico continuamente experimentado desde o início do século XXI propiciou o surgimento de novas tecnologias e aperfeiçoamento de outras já existentes. O crescimento da internet e sua ampla utilização por um grande número de pessoas, bem como o desenvolvimento de bancos de dados eletrônicos, proporcionou uma mudança de paradigma social, trazendo à tona uma série de consequências benéficas. Por outro lado, pode-se observar também o advento de alguns problemas no que concerne à questão da privacidade dos indivíduos.

A recente promulgação da Diretiva 2016/680 da União Europeia em âmbito internacional e da lei 13.709/2018 em âmbito nacional fomenta uma série de reflexões concernentes à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade em um momento histórico onde grande parte da população passa mais tempo que nunca defronte a uma tela, interagindo e transmitindo dados digitalmente em um fluxo constante. Com efeito, esse fluxo impulsiona novas formas de coleta, armazenamento e tratamento de

dados pessoais, chamando-se a atenção nesse artigo à tecnologia que torna possível o tratamento de grande volume de dados: o *big data*.

Usuários da rede geram tantos dados ao longo de suas atividades diárias que, quando reunidos, eles permitem a identificação da pessoa que pode levar a conclusões que a própria desconhece. Esse “outro eu” parece ter existência própria, como se a pessoa tivesse então dois corpos: um físico e um verdadeiro “corpo digital” (GOMES, 2017).

Justifica o desenvolvimento do presente artigo o elevado número de pessoas que se utiliza da internet atualmente, gerando considerável trânsito de informações que são captadas, analisadas e armazenadas por tecnologias como o *big data* que, apesar dos vários benefícios oferecidos, podem também oferecer riscos a direitos da personalidade, em especial à privacidade, que foi objeto de tutela na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 12).

Objetiva-se o aprofundamento teórico do conceito de dados pessoais e o traçado de um panorama da tecnologia *big data*, apontando os benefícios e riscos de sua utilização, tudo a fim de situacionar uma leitura crítica da recém-promulgada lei 13.709/2018, analisando a sua importância para a privacidade e a proteção de dados, com verificação e apontamento de eventuais lacunas.

A questão problema diz respeito ao impacto da Lei 13.709/2018 na proteção de dados pessoais e na tutela da privacidade, bem como a investigação de eventuais lacunas da lei, tendo como plano de fundo o direito à privacidade na perspectiva de Rodotà (2008), para quem a privacidade é representada pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito.

A hipótese é de que a utilização de tecnologias para tratamento de grandes volumes de dados como o *big data* oferece benefícios aos consumidores de produtos e serviços, mas também traz riscos aos direitos da personalidade, especialmente no tocante à privacidade. A lei de proteção de dados pessoais parece, no geral, trazer mais segurança aos indivíduos no que concerne à privacidade, não deixando lacunas a esse respeito.

A metodologia utilizada é a jurídico descritiva combinada ao método dedutivo, tendo em vista a leitura crítica da Lei 13.709/2018 a fim de aferir a existência de lacunas no que concerne à proteção de dados pessoais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PRIVACIDADE

O nascimento da privacidade pode ser associado historicamente à desagregação feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por complexas relações que refletiam na organização da vida cotidiana. Nesse contexto, o isolamento era privilégio daqueles que viviam, por opção ou necessidade, distantes da comunidade, como místicos, monges, pastores e bandidos (RODOTÁ, 2008).

Com o advento das transformações políticas, sociais e econômicas proporcionadas pela Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, os indivíduos que dispunham de meios materiais para construir suas próprias habitações, mesmo no ambiente urbano, passaram então a desfrutar de certa privacidade. A privacidade em sua gênese, portanto, não se apresenta como um direito da personalidade ou valor existencial, e sim como um privilégio adquirido por parte de um grupo com maior poder aquisitivo (RODOTÁ, 2008). Tem-se uma apropriação do espaço que culminará, posteriormente, no “direito de ser deixado só”.

O século XIX é considerado a época de maior desenvolvimento do direito à privacidade, isso porque a burguesia ascendente mostrou-se particularmente interessada na proteção desse direito, razão pela qual seu conceito clássico tem viés eminentemente individualista, tomado como garante de isolamento e da solidão (DONEDA, 2000).

A proteção da privacidade remonta à proteção da propriedade privada e da pessoa humana. A princípio, a lei dava proteção somente a interferências físicas contra a vida e a propriedade, punindo os invasores e agressores. Posteriormente desenvolveu-se o reconhecimento da espiritualidade do ser humano e sua dignidade, ensejando no alargamento do direito à vida a um direito de gozar a vida: o direito de ser deixado só quando desejado. Essa possibilidade de gozo foi sendo mitigada pelo desenvolvimento da mídia de massa, os jornais, rádio e televisão, que não raro invadiam os recintos da vida doméstica e privada em uma busca frenética por notícias para tabloides. Emerge, portanto, a face da privacidade como um direito negativo, de o indivíduo não ser molestado. Nesse momento, a proteção da privacidade impunha a todos um dever geral de abstenção, de não fazer, a fim de impedir a invasão de um espaço reservado exclusivamente ao titular do direito, como se faz com a tutela da propriedade privada (SCHREIBER, 2011).

Rodrigo Dias de Pinho Gomes (2017) faz relevante levantamento ao citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada após a Segunda Guerra Mundial, que em seu artigo 12 prevê:

Artigo 12. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

No mesmo sentido foi a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, garantindo também o respeito pela privacidade:

Artigo 8º. (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Fica claro que a proteção da privacidade, num primeiro momento, dizia respeito ao respeito do indivíduo na forma de um direito negativo destinado principalmente ao Estado, a fim de evitar interferências indevidas na esfera particular dos cidadãos (GOMES, 2017).

Foi na década de 1960, com o avanço tecnológico, que pela primeira vez se chamou a atenção pelo fluxo de informações pessoais sendo coletadas por governos e grandes corporações. Começa-se uma corrida para armazenar, analisar e processar um volume cada vez maior de dados pessoais com fitos comerciais ou ideológicos, sendo preocupação com direitos personalíssimos daqueles que tinham suas informações expostas (SCHREIBER, 2011).

Percebe-se uma guinada no entendimento do direito à privacidade, que passou do direito de ser deixado só (anonimato), passando a compreender

também o controle dos dados pessoais. Segundo Gomes (2008), a privacidade passa então a ser vista em sua definição funcional, de forma mais ampla e abrangente, como direito conferido à pessoa de controle das informações pessoais que lhe dizem respeito. A esfera privada passa a ser entendida como o conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências e opiniões pessoais sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo (RODOTÁ, 2008), ligado intimamente à sua personalidade.

Dessa forma, deixa a privacidade de ser um privilégio alcançado pelos indivíduos mais abastados, passando a se tornar um direito fundamental garantido para toda a coletividade¹⁴⁸. Parece acertado vislumbrar a privacidade de forma ampla, seja no que diz respeito à intimidade, seja no que concerne ao controle efetivo, pelo titular do direito, das informações pessoais que o identificam, que lhe caracterizam como indivíduo e lhe dizem respeito.

3. BIG DATA: DESAFIOS DA “COMMODIFICAÇÃO” DE DADOS PESSOAIS

O processamento de dados é relevante para múltiplos propósitos econômicos e sociais, possibilitando a tomada de decisões automatizadas, aumentando a eficiência empresarial e criando novos modelos de negócios, o que gera substancial riqueza e economia de recursos. Esse processamento é possibilitado pela tecnologia chamada *big data*, que representa algo sem precedentes na história da humanidade, funcionando como combustível para técnicas revolucionárias como a inteligência artificial e mapeamento genético.

O termo *big data* surgiu no início do século XXI (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013), utilizado inicialmente por astrônomos e geneticistas que pensavam no armazenamento de grande quantidade de dados. Trata-se de termo vago e impreciso que se refere ao uso de grandes conjuntos de dados na ciência de dados e análise preditiva (BOYD; CRAWFORD, 2016). O Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio (2016) define *big data* como

148 Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

O conjunto de dados cuja existência só é possível em consequência da coleta massiva de dados que se tornou possível nos últimos anos, graças à onipresença de aparelhos e sensores na vida cotidiana e do número crescente de pessoas conectadas a tais tecnologias por meio de redes digitais e também de sensores.

Sem a intenção de esgotamento do tema ou oferecimento de uma definição jurídica precisa, é possível entender que *big data* se refere à análise de grande quantidade de dados, realizada de maneira automatizada por algoritmos com intuito de extrair resultados e benefícios.

Os benefícios do *big data* envolvem o aprimoramento na funcionalidade de aplicativos, como por exemplo com a detecção e exclusão de mensagens indesejadas (*spams*), responsáveis por enormes inconvenientes da comunicação virtual atualmente. Outra área impactada pelo *big data* é saúde, tendo em vista que gera eficiência e economia, culminando, em última análise, no salvamento de vidas, por exemplo com monitoramento de dados como batimentos cardíaco, temperatura e outras variáveis em pacientes internados em hospitais, possibilitando a identificação de fatores que contribuem para infecções que poderão ser tratadas de forma mais célere e eficiente. Também na área da agricultura o *big data* tem se mostrado relevante, possibilitando a utilização de maquinário automatizado guiado por massiva quantidade de informações que geram aumento substancial da produtividade e consequente diminuição do preço dos alimentos.

Com o *big data*, os dados passaram a ser analisados em toda a sua extensão, e não mais em pequenas quantidades ou mostras. Trata-se de nova metodologia de organização e processamento de dados para inferir a (re)ocorrência de acontecimentos (MAYER-SCHONBERGER; CUKIER, 2013).

Por outro lado, a utilização do *big data* revela uma vigilância quase onipresente com a coleta e tratamento de dados pessoais dos usuários da rede; desafia-se a sociedade e o ordenamento jurídico, especialmente no que se refere à privacidade e tutela de dados pessoais, sendo terreno fértil para práticas discriminatórias e vigilantismo excessivo, podendo resultar em violações de direitos da personalidade (GOMES, 2017). Segundo Tepedino (2000, p. 64),

Com o avanço e o barateamento da tecnologia de informação, sofisticam-se os acessos e controles, o cruzamento e a circulação de dados, sendo urgente estabelecer mecanismos de tutela dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos dados sensíveis [...].

Tendo em vista que o *big data* promove a análise de massiva quantidade de dados, muitos deles contendo informações pessoais, é de se esperar que os riscos acabem aflorando, especialmente pela possibilidade de captação e tratamento ilícito e abusivo de dados pessoais, violando-se a privacidade.

A utilização do *big data* por Estados pode contribuir para aumentar as disparidades na relação assimétrica que mantém com os indivíduos, culminando em uma verdadeira distopia orwelliana. *Big data* traz consigo um impacto social devido à duas razões de ser: possibilita previsões sem precedentes sobre a vida privada e desloca o poder para aqueles que detêm a informação e aqueles que a fornecem (HIJMANS, 2016).

Dados pessoais expostos, por mais inofensivos que possam parecer, quando comparados, catalogados e classificados, podem revelar muito sobre determinada pessoa e possuem grande potencial danoso, caso sejam utilizados para perseguição ou discriminação, além de alcançarem cada vez mais valor de mercado, recebendo tratamento por muitas empresas como verdadeira mercadoria.

Em um caráter propositivo, há quem defenda que os dados pessoais sejam tratados como segredos comerciais, sujeitos às regras de comércio, indicando que as pessoas controlariam melhor suas informações privadas sem ter que limitar a transmissão desses dados. Dados pessoais poderiam ser protegidos por leis que regem os segredos comerciais (SAMUELSON, 2000), o que asseguraria que um indivíduo mantenha suas informações pessoais em locais seguros, podendo se beneficiar com sua exploração econômica (FRANZONI; KAUSHIK, 2016).

Se dados pessoais fossem encarados como segredos comerciais, indivíduos provavelmente seriam mais conscientes do poder e valor de suas informações pessoais. Essa consciência pode ser considerada um pré-requisito essencial para o efetivo controle do indivíduo sobre seus dados pessoais. Ademais, dados pessoais são hodiernamente utilizados como *commodities* na internet, sendo comercializado e negociado por empresas

e governos sem o conhecimento/consentimento efetivo dos usuários, razoável portanto supor que a adoção de normas que possibilitem aos indivíduos saberem o valor de seus dados possibilitaria melhor controle sobre o processamento e tratamento deles (MALGIERI; CUSTERS, 2017).

O processamento de dados de forma mais transparente em conjunto com a precificação de informações dadas pelos usuários¹⁴⁹ permitiria aos consumidores saber quais fornecedores de serviços pagam mais ou menos pelas mesmas informações, realizando dessa forma um juízo de ponderação dos valores pagos pelas informações e a qualidade dos serviços oferecidos. A consciência do valor de seus dados pessoais pelo consumidor é o elemento-chave para um mundo tecnológico mais justo (HILDEBRANDT, 2007)

Encarar dados pessoais de acordo com regras de comércio parece possibilitar que pessoas tenham melhor controle do processamento de seus dados pessoais, ao mesmo tempo garantindo que o movimento desses dados de forma livre e consentida asseguraria mais transparência no processamento de dados para o benefício da humanidade e da ciência (BOTTIS; BOUCHAGIAR, 2018).

4. BREVE ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Sancionada em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa importante marco legal na proteção da privacidade de dados pessoais no Brasil. Trata-se de norma com visível inspiração no Regulamento Geral Sobre Proteção de Dados, diretiva europeia que entrou em vigor em maio de 2018, baseando-se em princípios gerais e garantias aos cidadãos no que concerne ao tratamento de seus dados pessoais.

Logo no art. 1º da LGPD expõe-se que o objetivo da lei é a proteção de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Os fundamentos da proteção de dados, previstos no art. 2º, são o respeito à privacidade, a au-

149 Por exemplo, algum site que ofereça serviços online poderia, de forma clara, especificar que para a indicação do nome seria pago o valor X, para o sobrenome o valor Y e para indicação do e-mail o valor Z.

todeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e, por fim, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

O art. 65 prevê *vacatio legis* de 18 meses de sua publicação oficial. A nova lei afetará sobremaneira o funcionamento de empresas brasileiras e internacionais com atuação no Brasil. Isso porque terão de se adaptar a uma nova lógica de gestão informativa complexa, não escapando do escopo da lei a Administração Pública, cujo modelo de gestão de informações pessoais é, na maioria das vezes, arcaico.

A nova lei cria um quadro normativo moderno apto a colocar o Brasil no rol de países que proporcionam elevado grau de proteção de dados pessoais adequados. Segundo Santiago (2018),

Foram criadas uma série de obrigações para as empresas acerca da coleta, do uso e das garantias de integridade dos dados pessoais a serem observadas, sob pena de pesadas sanções. Da mesma forma, a referida lei atribuiu direitos aos titulares dos dados pessoais que podem ser exercidos contra quaisquer empresas ou entidades públicas que detenham tais informações. Nesse sentido, se os dados pessoais se tornaram indubitavelmente um precioso ativo, eles podem dar origem, se mal administrados, a um importante passivo para aqueles que os detêm.

O tratamento de dados pessoais, balizado pela nova lei, deverá obedecer algumas diretrizes. Dentre elas está a exigência de que a finalidade para a qual o tratamento de dados deverá ser informada ao usuário, demonstrando a preocupação do legislador com a utilização em cadeia de dados para fins diversos daqueles para os quais foram originalmente coletados. Outro ponto relevante é o livre acesso garantido aos titulares dos dados, que poderão consultar os dados em tratamento, solicitando correção, alteração e até mesmo a exclusão de suas informações de alguns bancos de dados. Deu-se grande importância à voluntariedade do usuário ou consumidor, que até então tinha seus dados utilizados sem sua permissão ou sem

sequer ter notícias do fato. Entra em cena o consentimento como conceito-chave nas relações para tratamento de dados pessoais, devendo ele ser explícito e podendo ser revogado a qualquer momento, o que empodera o titular dos dados frente ao Estado e grandes corporações.

O descumprimento das diretrizes da LGPD por parte das empresas e Administração Pública podem culminar em sanções de diferentes graduações, desde advertência e multa até bloqueio dos dados pessoais e eliminação dos dados concernentes à infração. Outra sanção que parece ser efetiva no desígnio de desincentivar irresponsabilidades e mau uso dos dados pessoais é a de publicização da infração, provocando máculas em sua reputação com os clientes.

Vencidos os elogios à legislação em comento, passa-se às críticas, que são contundentes e numerosas. A primeira delas diz respeito ao art. 4º, que prevê a não aplicação da lei em alguns casos de tratamento de dados, dentre eles os realizados com fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e pressão de infrações penais. Abre-se, com essa escusa, um leque de possibilidades, sob o pálio de conceitos abstratos como os de “defesa nacional” e “segurança pública” que são utilizados basicamente para qualquer finalidade, perpetuando a lógica de um Estado vigilante, com práticas de *surveillance* frente a população, verdadeiro *Big Brother*¹⁵⁰.

No que diz respeito aos dados pessoais sensíveis, são definidos pela própria lei no inciso II do art. 5º como dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural. O tratamento desses dados possui uma camada extra de proteção em relação aos dados pessoais “comuns”, tendo em vista o possível caráter discriminatório a íntima relação com a dignidade do titular. Contudo, o tratamento de dados pessoais sensíveis é permitido, sem o consentimento do titular, quando necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (art. 11, II, b), o que demonstra mais uma vez a chancela dada pela lei para práticas de *surveillance* por parte do Estado. O consentimento foi impor-

150 Referência ao Big Brother, monitoramento constante por parte do Estado no livro 1984, de George Orwell.

tante avanço trazido pela lei, representando o voluntarismo por parte do titular de dados. Porém, é a própria lei que dispensa esse consentimento em algumas hipóteses, dentre elas a acima mencionada, minando a lógica da legislação.

A lei previa, ainda, a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da privacidade, sendo contudo vetada pelo Presidente da República devido à inconstitucionalidade formal. A criação da referida Autoridade e do Conselho implicaria na abertura de cargos e no aumento de despesas, sendo prerrogativa exclusiva do Presidente da República, conforme artigo 61 da Constituição Federal, a iniciativa de lei que disponha, entre outros assuntos, sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração” e “organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”. Apesar do veto, a Presidência da República indicou, na cerimônia de sanção da LGPD, que ela será criada por meio de projeto de lei ou medida provisória (GOUVEIA, 2018). Contudo, a criação dessas entidades tidas como necessárias para efetividade da lei aumentará os gastos públicos com contratação de pessoal e estrutura, isso num país onde há anos as contas públicas não fecham e as taxas de impostos são das mais altas do mundo, o que torna criticável o pronunciamento presidencial.

Apesar dos avanços trazidos pela LGPD, não houve em nenhum momento uma abordagem dos dados pessoais como propriedade dos titulares, passível de comercialização segundo regras de segredos comerciais, o que parece ser a forma mais sensata de se lidar com a crescente “commoditização” de dados pessoais na internet através do *big data*. Dessa forma, aumentou-se em parte os poderes dos indivíduos sobre seus dados pessoais através do instituto do consentimento e possibilidade de revogação do mesmo, não havendo contudo a previsão do que poderia ser encarado como “poderes plenos” dos titulares de dados pessoais; Pode-se dizer, portanto, que houve lacuna na lei no que tange à possibilidade de comercialização de dados pessoais pelos titulares.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico traz à tona o *big data*, compondo um cenário com vários benefícios à vida humana na era digital, chocando-se com riscos inerentes que se manifestam através de danos e efeitos colaterais, conforme previsto na hipótese. Esse desenvolvimento gera significativos contextos, onde informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinado serviço são numerosas e valiosas, possibilitando uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para grandes empresas gestoras de sistemas corporativos e o Estado. Através dessas informações coletadas, o seu agrupamento sob o pálio de um algoritmo computacional possibilita seu “tratamento”, com a criação de informações novas, como perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, etc, que interessam a outros sujeitos e possuem, atualmente, alto valor comercial.

O conceito de privacidade enquanto o “direito de ser deixado só” não mais comporta as novas realidades oriundas de uma sociedade com novos desafios trazidos pelo *big data*, passando-se ao elastecimento de privacidade como controle efetivo, pelo titular do direito, das informações pessoais que o identificam, que lhe caracterizam como indivíduo e lhe dizem respeito. O alargamento do escopo do direito à privacidade se mostrou essencial para o não esvaziamento da tutela prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contempla-se a matriz do consentimento como reflexo da autonomia enquanto valor fundante de uma sociedade livre e avançada, cabendo aos juristas a reflexão e adaptação dos institutos jurídicos existentes à atual conjuntura transformadora, de forma que o direito não iniba o progresso e sirva como instrumento de promoção da pessoa.

A “commodificação” de dados pessoais é uma realidade e impõe desafios, tendo em vista que tais dados são o “suplemento” necessário para alimentar os algoritmos que propiciam relevantes avanços tecnológicos. Encarar dados pessoais como itens passíveis de comercialização parece auxiliar na resolução de dilemas da proteção de dados, pois o indivíduo, maior interessado na proteção de seus dados, poderia livre e consensualmente comercializá-los em troca de benefícios financeiros, caminhando-se no sentido de diminuição de um grave problema: a pobreza.

A Lei Geral de Proteção de Dados, trouxe significativos avanços na temática da proteção de dados pessoais, confirmando-se parcialmente a hipótese de que o ambiente pós-legislação é mais seguro à privacidade dos indivíduos, sendo elogiáveis especialmente os princípios norteadores da autodeterminação informativa, do consentimento e da liberdade de expressão. Contudo, a nova legislação também merece críticas no que diz respeito às inúmeras exceções feitas à necessidade de consentimento do titular de dados pessoais sob a escusa da famigerada “segurança pública”, que acaba por aumentar a discricionariedade estatal para práticas de *surveillance*. Ademais, não bastando o fato de o Brasil já apresentar um ambiente hostil para o empreendedorismo devido à alta carga tributária e burocrática, a nova lei imporá um pesado fardo econômico às empresas nacionais ou estrangeiras aqui situadas, tendo em vista que terão de se adequar às inúmeras exigências relacionadas à tecnologia da informação, pesando-se o fardo ainda mais para pequenas e médias empresas, justamente as que possuem menor faturamento; o reflexo pode ser o fechamento de estabelecimentos e, conseqüentemente, a diminuição da oferta de empregos.

Por fim, apesar dos impactos positivos da LGPD, vislumbra-se que houve lacuna quanto à abordagem da possibilidade de se encarar dados pessoais como segredos comerciais passíveis de comercialização entre os indivíduos e agentes de tratamento de dados. O legislador não avançou suficientemente no sentido de realmente empoderar os indivíduos em relação à propriedade de seus dados pessoais, tratando-os como segredos comerciais passíveis de negociação, o que parece ser a resposta mais justa para a “commoditização” de dados pessoais, tendo em vista que os benefícios financeiros e políticos do novo fenômeno tecnológico têm se concentrado unilateralmente nas mãos de empresas e governos em detrimento do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BOTTIS, M.; BOUCHAGIAR, G. **Personal Data v. Big Data: Challenges of Commodification of Personal Data**. Open Journal of Philosophy, 8, 2018. Disponível em: <[10.4236/ojpp.2018.83015](https://doi.org/10.4236/ojpp.2018.83015)>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BOYD, Danah; CRAWFORD, Kate. **Critical questions for big data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon.** Information, Communication & Society, v. 15, n.5, p. 663, 2012. Disponível em: <https://people.cs.kuleuven.be/~bettina.berendt/teaching/ViennaDH15/boyd_crawford_2012.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988..

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em 12 dez. 2018.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade.** In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. **Handbook on European data protection law.** 2014. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018

FRANZONI, L. A.; KAUSHIK, A. K. **The Optimal Scope of Trade Secrets.** In-ternational Review of Law and Economics, 45, 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0144818815000708>>. Acesso em 12 dez. 2018.

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. **Big Data: desafios à tutela da pessoa humana na sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GOUVEIA, Fernando. **Lei de proteção de dados não é apenas para empresas que atuam on-line.** Consultor Jurídico. São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line>>. Acesso em 11 dez. 2018.

HIJMANS, Hielke. **The European Union as Guardian of Internet Privacy: The Story of Art 16 TFEU.** Brussels, Belgium: Springer International Publishing, 2016.

HILDEBRANDT, M. **Profiling into the Future: An Assessment of Profiling Technologies in the Context of Ambient Intelligence.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242576589_Profiling_into_the_future_An_assessment_of_profiling_technologies_in_the_context_of_Ambient_Intelligence>. Acesso em: 11 dez. 2018.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO. **Big data no projeto Sul Global: relatório sobre estudos de caso.** Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

MALGIERI, G.; CUSTERS, B. **Pricing Privacy—The Right to Know the Value of Your Personal Data.** Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, 34, 2017. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364917302819>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: a Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think.** New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMUELSON, P. **Privacy as Intellectual Property,** 52. Stanford Law Review, 1125, 2000. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2137/>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

SANTIAGO, Fernando. **Lei de proteção de dados muda funcionamento de empresas brasileiras**. Consultor Jurídico. São Paulo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-20/fernando-santiago-lei-protecao-dados-muda-atuacao-empresas>>. Acesso em 11 dez. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Warren-e-Brandeis-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2018.

ACESSO AO MEIO DIGITAL VIA INTERNET COMO DIREITO UNIVERSALMENTE DECLARADO

Ingrid de Figueiredo Lopes

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Yasmin Condé Arrighi

INTRODUÇÃO

Não há novidade alguma no fato de que os adventos das inovações tecnológicas estão sendo marcantes para a vida dos seres humanos, desde o início da chegada das indústrias no século XVIII, com a Primeira Revolução Industrial, até os dias de hoje com avanços em níveis praticamente incontroláveis.

Por este motivo, o presente trabalho se justifica pela oportunidade em contribuir na discussão e reflexão corrente na atualidade sobre a importância de o meio ambiente digital ser presente na vida de cada cidadão existente no mundo - independente de qual nação e regime política ele pertença -, pois o acesso às informações e a possibilidade de alastrar o seu âmbito profissional via internet é visivelmente vantajoso.

Um dos maiores argumentos é baseado no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual protege expressamente a liberdade de expressão, passando a ter a sua interpretação ampliada para proteger as manifestações nos ambientes de comunicações digitais.

Isso ocorre com bastante frequência, principalmente, nos aplicativos de troca de mensagens (como o *WhatsApp*) e de redes sociais (como o

Facebook, o *Instagram* e o *Twitter*), uma vez que vêm sendo utilizados até mesmo para os políticos exporem suas opiniões ou repassarem algum comunicado urgente à população.

A questão central do trabalho versa sobre a importância que a Declaração Universal dos Direitos Humanos teve para que alguns países do mundo ampliassem o acesso à internet para potencializar o alcance ao maior número de pessoas possíveis residentes em seu território, após estes compreenderem que a internet é necessária para a integração do cidadão ao ambiente digital, sendo a restrição do seu uso considerada uma violação ao rol de direitos humanos.

A metodologia utilizada foi um estudo teórico e expositivo, o qual possui como fonte primária a Declaração Universal dos Direitos Humanos; e, como fontes secundárias, relatórios de pesquisas, bibliografia e documentários que contribuíram para o conhecimento histórico da criação dos direitos humanos e do surgimento da internet, compondo-se, também, de descobertas científicas que contribuíram para a internet atingisse o seu atual estágio.

Para o desenvolvimento do tema, a pesquisa foi dividida em três capítulos, a saber: o primeiro faz uma abordagem histórica sobre o surgimento dos direitos humanos no mundo; o segundo minuciosamente as criações tecnológicas e a evolução da internet no século XX, incluindo os métodos utilizados para que o cidadão conhecesse esses meios de telecomunicações; e, por fim, o terceiro aponta a influência que a Organização das Nações Unidas teve para introduzir o acesso à internet ao rol de direitos humanos de todo e qualquer indivíduo no cenário internacional.

CAPÍTULO 1 – HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são discutidos há séculos por filósofos, sociólogos, antropólogos e juristas em decorrência da seriedade do tema, o qual permanece em linha crescente de prioridade nos debates, pois caminham lado a lado à evolução da sociedade. Existem alguns momentos marcantes na história mundial capazes de fundamentar o principal motivo que levou a humanidade a repensar sobre a envelhecida e primordial forma de tratamento entre os seres humanos.

Historicamente, os valores eram baseados na Idade Antiga, bem como das ideologias que surgiam com o nascimento das crenças religiosas e culturais ao redor do mundo acompanhadas de eventuais repressões. O primeiro registro de uma declaração que objetivava proteger, especificamente, os direitos humanos foi o Cilindro de Ciro, escrito pelo Rei da Pérsia, por volta de 539 a. C, época em que propagava-se a religião jainista, a qual possuía a defesa da não-violência como um de seus principais ideais. (MASSON CARVALHO, 2008).

Por sua vez, no auge da Idade Contemporânea, com a tomada de poder em 1933, o regime centralizador começou a tomar uma dimensão grotesca através do domínio alemão e desarticulou a resistência de grupos sociais, usando o medo e a tortura como forma de agregação ideológica, a qual seria, na visão de Hannah Arendt (2013), um projeto governamental criado por Adolf Hitler.

O seu governo ficou marcado pela propagação da ideologia nazista da etnia branca-pura no decorrer da Segunda Guerra Mundial, o que resultou em um dos maiores genocídios da história da humanidade, denominado de Holocausto.

Isto é, pessoas consideradas antissemita-cristã (no caso, eram os judeus) ou pertencente a determinados grupos étnicos, políticos e sociais (no caso, os deficientes, homossexuais, ciganos, mulheres, etc.) sofreram homicídios em massa, com uma estimativa de ter ocorrido, ao menos, 6 milhões de judeus mortos sem contar com as outras 11 milhões de pessoas. (ARENDR, 2013).

Portanto, o totalitarismo de Hitler foi um fenômeno desastroso do século XX, responsável por desencadear ditaduras em diversos países por todos os cantos do mundo, as quais ocasionaram em nacionalismos radicais, regimes unipartidários, extremismos políticos, de forma que as torturas e homicídios foram ampliados para além dos territórios alemães.

Como consequência, após o fim da Segunda Guerra Mundial e em busca da cessação da ideologia nazista, foi criada a Organização das Nações Unidas em 24 de outubro de 1945, tornando-se a organização intergovernamental pioneira em debater a junção dos países em uma única comunidade para promover a paz mundial e a cooperação internacional.

No decorrer da Segunda Guerra Mundial, milhares de pessoas foram perseguidas e ficaram à margem da sociedade sem conseguir estadia em

um país que oferecesse segurança e dignidade. Após o fim da guerra, a Alemanha ainda se recuperava da recessão econômica e social, motivo que justifica o aumento do fluxo migratório em busca de acolhimento humanitário. (GUERRA, 2017).

Por conseguinte, a própria Organização das Nações Unidas sentiu necessidade do engajamento de cada país ser mais intenso em relação a proteção dos direitos do homem. Por isso, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela Assembleia das Nações Unidas com o ideal de atingir todos os povos e todas as nações, conforme seus dizeres preliminares:

A presente Declaração Universal dos Direitos 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.

De acordo com Bernardo Pereira Rodrigues Guerra (2017, p. 90), na população mundial – principalmente, na europeia –, “era patente o receio de que atrocidades voltassem a ser cometidas, e de forma ainda mais intensa, se não se previsse uma sistemática eficaz de proteção da pessoa humana e de sua dignidade”.

É importante destacar que a Declaração Universal não possui obrigatoriedade legal, mas a sua importância é tão significativa que foi utilizada como base para a criação, em 16 de dezembro de 1966, de mais dois tratados internacionais (no caso, esses sim possuem força de lei) para o direito interno dos países signatários.

O primeiro foi o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, referente aos direitos de primeira geração, isto é, as garantias e liberdades individuais, enquanto o segundo refere-se ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais, objetivando propagar os direitos socioeconômicos e culturais, principalmente na concessão do direito à saúde, educação e trabalho.

Era necessário que os líderes das grandes potências econômicas da época pudessem repensar sobre o destrutivo regime dominante do século XX e suas consequências desastrosas, a fim de haver uma cooperação e solidariedade internacional entre si, independente dela ser econômica, religiosa, política ou social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi elaborada apenas para apaziguar os ânimos após as duas grandes guerras mundiais; muito pelo contrário, ela vem se adaptando aos novos moldes da sociedade. Portanto, torna-se primordial a criação e/ou interpretação diferente de seus 30 dispositivos para que se enquadrem a atualidade, de modo que a Assembleia da Organização das Nações Unidas torne a Declaração Universal o mais abrangente possível.

CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO DA INTERNET NO SÉCULO XX

Muito antes de a internet e do meio ambiente digital serem apresentados ao mundo, os avanços da tecnologia e da indústria já alcançavam níveis surpreendentes em consequência das três revoluções industriais. Desde o século XVIII, as inovações vêm atingindo velocidades crescentemente velozes na iminência de considerar os principais meios de comunicação como parte do dia a dia de qualquer ser humano.

No entanto, não significa que as telecomunicações surgiram da noite para o dia, isso, pois o primeiro sistema capaz de possibilitar a transmissão de mensagens a longas distâncias foi criado em 1837, no decorrer da Primeira Guerra Mundial, por Samuel Morse, o qual recebeu a denominação de telégrafo.

Ainda com o desenvolvimento moderado, foi apenas em 1876 que Alexander Graham Bell conseguiu definitivamente evoluir o telégrafo para o *speaking telegraph* (ou, simplesmente, telefone) que, por sua vez, transmitia o som da voz por intermédio de um aparelho elétrico de sua própria criação.

As telecomunicações conseguindo interligar-se com a eletricidade para o melhor funcionamento da transmissão por voz favoreceu para que, alguns anos depois, Heinrich Hertz descobrisse quais eram as variações das ondas eletromagnéticas e, como consequência, criou os detectores responsáveis por emitir som ao espaço e ar.

Através de tal descoberta, Guglielmo Marconi aproveitou as já estáveis linhas telefônicas e nelas estabeleceu as linhas de rádio, sendo denominadas na época de telégrafo sem fio. O modelo de rádio que existe até hoje, com transmissão de voz e música, só foi aperfeiçoado em 1906 por Reginald Fessenden, na cidade de Massachusetts, nos Estados Unidos da América.

Um pouco antes de ser decretado o fim da Primeira Guerra Mundial, o sueco Jakob Berzellus observou a fotossensibilidade do selênio à luz. Contudo, somente após 56 anos, sua teoria foi comprovada e patenteada para transmitir imagens à distância, transformando-se na técnica da televisão. (KRAEMER ABREU; SGORLA DA SILVA, 2012).

Apesar de não ser possível indicar uma única pessoa como responsável por tal invenção – pois contou com a participação de inúmeros cientistas ao longo do seu desenvolvimento –, principalmente por ter sido apenas em 1928 que a televisão ganhou o formato que é conhecido. (KRAEMER ABREU; SGORLA DA SILVA, 2012).

Em seguida, foi criada uma das invenções que mais arrecada lucros financeiros atualmente: o cinema, através de uma máquina filmadora, copiadora e transmissora de cenas. A primeira exibição cinematográfica aconteceu em 28 de dezembro de 1895, na cidade de Boulevard des Capucines, em Paris. (NEVES, 2011)

Os irmãos Auguste Lumière e Louis Lumière foram os pioneiros da indústria cinematográfica, a qual precisa estar sempre se aperfeiçoando para permanecer rendendo proveitos. Nesse sentido, observam-se as palavras da filósofa Marilena Chauí (2001, p. 333) sobre as referidas telecomunicações mencionadas até o presente momento:

Como a televisão, o cinema é uma indústria. Como ela, depende de investimentos, mercados, propaganda. Como ela, preocupa-se com o lucro, a moda, o consumo. No entanto, é independentemente da boa ou má qualidade dos filmes, o cinema difere da televisão em um espaço fundamental. [...]

[...] a forma contemporânea da arte: a da imagem sonora em movimento. Nele, a câmera capta uma sociedade complexa, múltipla e diferenciada, combinando de maneira totalmente nova, música, dança, literatura, escultura, pintura, arquitetura, história e, pelos

efeitos especiais, criando realidades novas, insólitas, numa imaginação plástica infinita que só tem correspondente nos sonhos.

Antes mesmo de inventarem o cinema, o computador já pertencia a um incansável processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento. Para tanto, o mesmo passou por surpreendentes transformações ao decorrer de décadas até atingir o aspecto da presente modernidade, o que faz não ser conscioso mencionar apenas um cientista como o criador de tal máquina.

O progresso do computador iniciou-se em 1951 e foi somente na década de 90 que ocorreu um alarmante aumento na proporção da tecnologia da informação em relação a quantidade de pessoas passando a ter domínio das tecnologias modernas, as quais introduziam-se no mercado consumerista a um valor relativamente acessível.

No entanto, a ciência conquistou a internet logo em 1960, a qual dependia da ligação de várias redes de computadores, já criados há muitos anos, interligadas às linhas telefônicas. Á título de curiosidade torna-se oportuno destacar o objetivo principal que estimulou o surgimento da internet: a troca de informações militares em favor dos Estados Unidos das Américas durante a Guerra Fria. (SANDRONI, 2015)

Com a ascensão da tecnologia, a internet passou a não depender necessariamente da linha telefônica passando a ser independente em decorrência do nascimento da chamada “banda larga”, bem como começou a transmissão de internet para os celulares através dos chamados “dados móveis”, via internet 2G, 3G, 4G ou 5G.

De forma inacreditável, apesar de ter sido uma das últimas tecnologias de telecomunicações a ser criada, é inegável como ela é indispensável na vida pessoal e profissional da maioria dos seres humanos devido ao fato de ser a responsável por conectar as pessoas do mundo inteiro, simultaneamente, independente do local e do horário que seja.

CAPÍTULO 3 – O USO DA INTERNET E OS DIREITOS HUMANOS

De início, é extremamente oportuno salientar que o Conselho da Organização das Nações Unidas aprovou a Resolução L.20 no dia 1 de

julho de 2016 objetivando a “promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na internet”, para garantir os mesmos direitos que os cidadãos têm *offline* para aqueles que estiverem *on-line*, conforme documento disponibilizado em seu próprio *site* de endereço eletrônico <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20>, acessado em 01 de maio de 2019.

Segundos os dizeres expressamente regulamentados na Resolução L.20, o Conselho da ONU, órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, condenará, *in verbis*:

[...] quaisquer violações aos direitos humanos e abusos como tortura, mortes extrajudiciais, desaparecimentos forçados e prisão arbitrária, expulsão, intimidação e assédio, assim como violência baseada em gênero, cometidas contra pessoas por exercerem seus direitos fundamentais e liberdades na Internet.

Ou seja, as redações dos dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos passaram a abranger, também, o meio ambiente digital para proteger todos aqueles que forem violentados por suspensão indevida ao uso da internet, por violação da liberdade de expressão, por perseguição, homofobia, xenofobia ou qualquer outra contradição aos seus dizeres.

O motivo fundamental para essa iniciativa foi à busca por um ativismo contra a desigualdade social e favorável a vida, devido aos desastres ocorridos especialmente na Segunda Guerra Mundial, apesar de incontestável o longo trajeto que ainda precisa ser percorrido pela humanidade quando a temática da discussão versar sobre justiça e questões humanitárias.

Porém, a percepção de os avanços tecnológicos alcançarem níveis que nem a sociedade consegue se acostumar sendo multiplicado pelo capitalismo que dissemina o espírito consumista da população, sentiu-se a necessidade de a proteção dos direitos humanos estar presente dentro do digital, o qual é o lugar onde as pessoas passam, atualmente, mais de 50% das horas de seus dias, seja acessando pelo *smartphone*, *notebook* ou *tablet*.

A Resolução sofreu diversas alterações em sua redação até ser definitivamente aprovada pela maioria, isto é, nem todos os países que fizeram parte da Assembleia da Organização das Nações Unidas aderiram-na em seu direito interno, conforme parecer apresentado à imprensa,

publicado pelo P3: Portal Eletrônico (2012), em Portugal, após a aprovação do texto final:

O texto do acordo não foi fácil de finalizar, dado que China e Cuba – dois países onde a liberdade na Internet é limitada pelos respectivos regimes – se mostraram reticentes a aceitar esta deliberação, apesar de se terem finalmente aceitado uma resolução que reconhece o “carácter global e aberto da Internet como motor para acelerar o progresso rumo ao desenvolvimento.

No entanto, o fato de os avanços tecnológicos conseguirem alterar a forma como as pessoas trabalham e, até mesmo, se relacionam, não significa dizer que a internet – mesmo sendo considerada pelos cientistas da atualidade um dos avanços mais básicos dentre os que estão em desenvolvimento para o futuro – já chegou a uma porcentagem considerável de residências e países.

Estudos realizados em Coimbra sob as coordenações de Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes (2014), constataram que ficam conectadas a internet mais de três bilhões de usuários diariamente, na mesma proporção em que existem cinco bilhões sem contato algum a uma simples máquina de computação.

De antemão, engana-se aquele que atrela a falta de conexão a países apenas em situação de constatare crise econômica e falta de desenvolvimento, pois, por exemplo, existem bilhões de pessoas nos países latino-americanos – os quais são em sua maioria tecnologicamente subdesenvolvidos – sem nunca terem utilizado a internet nem por uma única vez.

Outro grande motivo que estimulou o Conselho da ONU a aprovar tal Resolução levou em consideração à redação do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, objetivando uma diminuição nas violações dos direitos do homem no meio ambiente digital em relação à liberdade de expressão, bem como considerar que a internet é o principal intermediador entre as pessoas e as informações existentes na atualidade.

O dispositivo expressa nitidamente, sem razões para eventuais dúvidas, que “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Nesse ponto, os representantes do Brasil – país tecnologicamente em desenvolvimento, com o histórico de constantes dificuldades em conseguir efetivar o cumprimento das garantias básicas dos seus cidadãos se comparado aos outros países de mesma potência – demonstraram interesse ao apresentar o Projeto de Emenda Constitucional, PEC 6/2011, o qual busca incluir o acesso à internet no rol de direitos sociais do artigo sexto, da CRFB/1988. (ZWICKER; ZANONA, 2017)

O projeto encontra-se em trâmite há oito anos sem avanços internos, o que não traz muita esperança aos brasileiros que desejam conseguir acesso liberado, mas não possuem renda o suficiente para arcar com os gastos. Além disso, o Brasil enfrentará um grande desafio para estender a conexão a todos os cantos, visto que é o quinto maior país do mundo em população, não sendo uma tarefa tão simples quanto parece. (ZWICKER; ZANONA, 2017)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O massacre que o mundo presenciou com a Segunda Guerra Mundial deu respaldo para uma nova reorganização mundial, pois, após o devastador Holocausto, a proteção dos direitos humanos se tornou fundamental no cenário internacional. No Brasil, o ordenamento jurídico tentou acompanhar tais mudanças, até mesmo com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida popularmente como “constituição cidadã”.

Com a necessidade de uma pacificação entre as grandes potências mundiais tendo em vista a proporção da destruição que as grandes guerras deixaram como consequência, a Organização das Nações Unidas sentiu a necessidade de resguardar os direitos básicos de qualquer cidadão do mundo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No entanto, a sociedade vem evoluindo, tanto ideologicamente como nos avanços tecnológicos, pois antigamente o progresso dos computadores ocorria de maneira lenta. Com o crescimento da sociedade, observa-se o progresso das máquinas ocorrer em dias ou meses.

Com tamanha velocidade, o Conselho da ONU sentiu necessidade de expandir a interpretação dos seus dispositivos para incluir as telecomunicações, pois são consideradas fundamentais para meios pessoais, profissionais, informativos e educacionais.

Portanto, para que nenhum indivíduo dependa de seus próprios recursos para ter acesso à internet, a qual é uma das tecnológicas mais utilizadas no mundo, a Resolução L.20 incluiu o seu acesso ao rol de direitos humanos, sendo dever de o Estado fornecer internet à sua população de modo que eventuais cortes sejam considerados uma violação universal.

Por fim, é notório que cada vez mais os avanços tecnológicos estão presentes na vida dos seres humanos, não sendo mais considerado um artigo de luxo como era no momento de sua criação.

A inclusão digital é um conceito que determina o acesso aos meios e ferramentas digitais contemporâneos, tal qual a internet. Assim, ela visa a democratização da tecnologia a partir da possibilidade de produção e difusão do conhecimento para todos os cidadãos.

Desta forma, são utilizados diariamente e facilitam demasiadamente a vida do indivíduo, passando a ser um direito universalmente declarado pelo Conselho da Organização das Nações Unidas com base nos fundamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia. Unidade**. O mundo da prática. O universo das artes. Ática: São Paulo, cap. 3. 2001.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945**. Curitiba: Juruá, 2007.

KRAEMER ABREU, Karen Cristina; SGORLA DA SILVA, Rodolfo. **Histórias e Tecnologias da Televisão**. Universidade Fernando Pessoa. Portugal, Porto: LabCom, 2012

MASSON CARVALHO, Flávio Rodrigo. Os direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o pensamento filosófico de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5147>. Acesso em 18 mar 2019.

MOREIRA, Vital (Coord); GOMES, Carla Marcelino (Coord.). **Compreender os direitos humanos**: manual de educação para os direitos humanos. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NEVES, P. **Percorso e efeitos no tempo**. O Cinema na Escola. Universidade do Algarve. FCHS: Portugal, Algarve, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Resolução L.20**. Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civil, político, econômico, social e cultural, incluindo o direito ao desenvolvimento. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20>. Acesso em: 01 maio 2019.

P3: Portal Eletrônico. **Nações Unidas reconhecem a liberdade de expressão na internet como um direito**. P3: Portal Eletrônico, 2012. Disponível em: <<http://p3.publico.pt/actualidade/media/3689/nacoes-unidas-reconhecem-liberdade-de-expressao-na-internet-como-um-direito#>>. Acesso em 14 abril 2019.

SANDRONI, Araujo Gabriela. Breve Historia y Origen del Internet. *Academia.edu*, 2015. Disponível em <https://www.academia.edu/37177453/breve_historia_y_origen_del_internet>. Acesso em 14 abril 2019.

ZWICKER, Gisele Amorim; ZANONA, Paula Lima. **O acesso à internet como um direito humano fundamental**. Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260077,91041-O+acesso+a+internet+como+um+direito+humano+fundamental>. Acesso em: 15 abril 2019.

EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA OTIMIZAÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS: ALGUMAS IMPRESSÕES

Marcelo Pereira de Almeida

Vera Regina Fróes Villela

Letícia Pereira de Araújo

Mauro Bastos Alves Junior

1. INTRODUÇÃO

O presente texto, oriundo das investigações realizadas no Grupo de Pesquisa “MECANISMOS PROCESSUAIS DESTINADOS A PROPORCIONAR EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM CAUSAS SERIAIS – Os critérios de seleção das causas piloto e dos procedimentos modelo”, coordenado por um dos autores e, desenvolvido perante o Curso de Direito do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro, tem por objetivo traçar as primeiras impressões sobre a implantação de sistemas de inteligência artificial no Poder Judiciário e, se esse movimento compromete a efetivação de direitos fundamentais processuais, sobretudo, em relação à atuação da advocacia.

A busca do conhecimento sempre foi a pretensão da humanidade e o avanço tecnológico veio a corroborar com essa idealização. As informações são fornecidas em tempo real, a todo momento e esse cenário

é denominado como “era digital”¹⁵¹, ou seja, vivencia-se uma sociedade marcada pela disseminação da informação com o grande auxílio do acesso à internet, o qual permite um novo meio de comunicação para a transmissão de informação.

A popularização da internet e dos computadores pessoais, e, posteriormente, de *smartphones*, resultaram em uma produção altíssima de dados, em quantidades inimagináveis¹⁵². Graças a importantes descobertas de novos materiais utilizados em *hardwares* de memória e em processadores, tornou-se possível o armazenamento em massa em grandes centros de dados, resultando no surgimento do *Big Data*¹⁵³.

A primeira revolução industrial transformou a produção manual para a mecanizada, entre 1760 e 1830. A segunda, por volta de 1850, trouxe a eletricidade e permitiu a manufatura em grande escala. E a terceira aconteceu em meados do século 20, com a chegada da eletrônica, da tecnologia da informação e das telecomunicações.

A quarta revolução industrial traz consigo uma tendência à automação total das fábricas – seu nome vem, na verdade, de um projeto de estratégia de alta tecnologia do governo da Alemanha, trabalhado desde 2013 para levar sua produção a uma total independência da obra humana.

O avanço da quarta revolução industrial faz com que diariamente nos deparemos com os termos como *startup*¹⁵⁴, *blockchain*¹⁵⁵, inteligência artifi-

151 A criação da impressão tipográfica por Johannes Gutenberg provocou transformações sociais e políticas ao introduzir um suporte material que permitia a difusão em massa de informações a partir da impressão em papel. Posteriormente, após a Terceira Revolução Industrial, ocorreu uma transformação por intermédio da informática e com o acesso à Internet, em que o fluxo de conhecimento e comunicação é rapidamente acessível e buscado na Era Digital.

152 A cada dois dias produzimos a mesma quantidade de informação que criamos desde o início da civilização, até 2003. Disponível em <https://www.conceptlaw.com.br/a-quarta-revolucao-industrial/> Acessado em 07.04.2019.

153 Conjunto de dados acumulados, organizados ou não, complexo e grande o suficiente ao ponto de ser inviável processá-lo por meio de softwares convencionais.

154 São empresas em fase inicial que desenvolvem produtos ou serviços inovadores, com potencial de rápido de crescimento.

155 É uma estrutura de dados, organizados cronologicamente sob a forma de um livro-ração digital, com registro temporal (times tamp). Além disso, os registros inseridos na blockchain são intangíveis, transparentes e auditáveis.

cial¹⁵⁶, *machinelearning*¹⁵⁷, *deeplearning*¹⁵⁸ e disrupção, todos eles representando inovações que resultam em profundas transformações que impactam a economia mundial.

A disrupção, termo derivado da palavra inglesa *disruption*, que significa uma absoluta quebra de precedentes na maneira de desenvolver um negócio, vem se irradiando em vários segmentos econômicos como consequência direta da quarta onda da revolução industrial. Podemos perceber a concorrência do UBER com os taxis, na disputa de mercado travada pelo *Airbnb* e a rede hoteleira, no surgimento da *Alibaba.com* que é o maior atacadista do mundo sem que necessite possuir estoque, no aparecimento das *Fintechs* (*startups* do mercado financeiro) que se utilizam da tecnologia *blockchain*. Até mesmo os jornais impressos sofreram alterações no seu mercado pois como resultado da dissiminação das mídias sociais, ao invés de venderem apenas notícias passaram a vender credibilidade, o leitor consulta o jornal para verificar se a notícia lida nas redes sociais é verdadeira.

Dessa forma, a evolução tecnológica da indústria no mundo impacta todas as atividades econômicas, inclusive no mundo jurídico através da inteligência artificial produzida pelo homem através das máquinas.

Assim, para alcançar o objetivo proposto, o texto foi dividido em três seções. Na primeira (nº 2), traça-se uma visão panorâmica da afetação das mudanças da era digital no cenário jurídico. Na segunda (nº 3), enfrentam-se alguns questionamentos sobre a criação de robôs na atuação da

156 Inteligência Artificial de um modo geral refere-se a máquinas que podem aprender, raciocinar e agir por si mesmas. Cf. HAO, Karen. Is this AI? We drew you a flowchart to work it out. MIT Technology review. Disponível em: <https://bit.ly/2T5Ncsl>

157 Aprendizado de máquina (em inglês, machine learning) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos. É um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana. Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html.

158 Deep learning é um tipo de machine learning que treina computadores para realizar tarefas como seres humanos, o que inclui reconhecimento de fala, identificação de imagem e previsões, através da configuração de parâmetros básicos sobre os dados que treinam o computador para aprender sozinho através do reconhecimento de padrões em várias camadas de processamento. Disponível em: https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/deep-learning.html.

advocacia e em que medida poderá implicar em diminuição no campo de trabalho dos advogados. Na terceira seção (nº 4), discute-se a importância da advocacia na administração da justiça.

Não se pretende, com o presente artigo esgotar as discussões sobre os problemas aqui levantados, pois partem de algumas premissas e impressões extraídas de discussões sobre este cenário ainda obscuro, mas serve de disparador para reflexões importantes sobre o futuro da justiça.

2. MUNDO DIGITAL NA ÁREA DO DIREITO

O exponencial aumento da busca de resolução de conflitos por intermédio do judiciário fez com que os Tribunais necessitassem de meios mais rápidos para a conclusão das demandas judiciais. Tal pensamento não é novo e vem sendo retratado sobre duas vertentes distintas, primeiro a da valoração do sistema de precedentes e a segunda, pela ideia de modernizar o Poder Judiciário. Quando se fala no modelo de precedentes, este fora justificado com o mesmo argumento supracitado, sob a ilusão de que a vida daqueles que ajuízam ações para resolver seus conflitos estaria mais bem resolvida, tanto que o CPC/15 prevê uma lista dos chamados “precedentes obrigatórios”, capazes de vincular os membros das instâncias inferiores, com o objetivo fazê-los não perder tempo com uma possível demanda que já possui direcionamento jurisprudencial.

No que tange a modernização do Poder Judiciário, este já vem sendo largamente debatido desde o início do novo milênio. Fazendo breve levantamento documental, pode-se observar que desde 2001 tais ideias já estavam postas no PL 5.828/01, que mais tarde foi convertido na lei do processo judicial eletrônico (PJE- Lei nº 11.419/06). Fora as diversas Resoluções editadas pelo CNJ, que traziam de forma cristalina, os objetivos de atualizar a estrutura e a atividade judicante, sempre invocando o princípio constitucional do Devido Processo Legal, esculpido no art. 5º, LXXVIII da CRFB/88.

Corroborando com este processo de busca pelo incremento de produtividade a Notícia publicada no *website* do Supremo Tribunal Federal em 30/05/2018, anunciando que o respectivo tribunal utiliza a aplicação de IA, *artificial intelligence*, com o intuito de agilizar a tramitação dos processos

no Superior Tribunal Federal. A ferramenta batizada de VICTOR¹⁵⁹ realiza a leitura dos Recursos Extraordinários que sobem ao Tribunal, objetivando identificar os temas de Repercussão Geral¹⁶⁰ para posteriormente, conseguir antecipar o juízo de admissibilidade.

Neste seguimento, durante o Painel do I Seminário de Processo Civil da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), realizado na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF) em outubro de 2018, o Ministro Dias Toffoli afirmou que:

O trabalho que custaria ao servidor de um tribunal entre 40 minutos e uma hora para fazer, o software faz em cinco segundos. Nossa ideia é replicar junto aos Tribunais Regionais Federais (TRFs), aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais do Trabalho, enfim, trata-se de uma ferramenta para toda a magistratura.

Observa-se que para a otimização de tempo no trabalho foi inserido o sistema de gestão de contencioso com o intuito de dar mais celeridade ao andamento recursal.

Com mesmo pensamento, o Superior Tribunal de Justiça instituiu projeto-piloto por intermédio de Instrução Normativa de nº 6 datada em 12/06/2018, o qual fará a utilização de inteligência artificial para solucionar o fluxo processual com a identificação e classificação automática dos processos em fase recursal e sucessivamente, identificar dispositivos legais violados pelo Recorrente. A iniciativa já está em funcionamento na Secretaria Judiciária para automatizar a etapa da classificação processual, que antecede a distribuição. O sistema é capaz de ler o teor dos processos e apontar o tema com um percentual de

159 Denominar a ferramenta de Victor foi uma homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal, o qual permaneceu no Superior Tribunal Federal no período entre 1960/1969. Ele foi o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do Tribunal em Verbete de Súmula com o intuito de facilitar a aplicação dos precedentes judiciais aos recursos.

160 Repercussão Geral é um Instituto processual utilizado pelo STF para julgar temas abordados em Recursos Extraordinários que contenham questões relevantes e que não sejam exclusivas as partes processuais daquela demanda, levando em consideração o aspecto econômico, político, social ou jurídico.

acerto de 86%. Atualmente todos os processos que entram no STJ são submetidos a este algoritmo.

Segundo Relatório Justiça em Números 2018¹⁶¹, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva. Entre 2009 e 2017 houve uma variação acumulada de 31,9% no estoque, correspondendo a um crescimento médio de 4% ao ano.

Diante da eloquência dos números que abarrotam o judiciário, durante o XII Encontro Nacional do Poder Judiciário, ocorrido em dezembro de 2018, o CNJ anunciou a criação de laboratório de inteligência artificial para o Processo Judicial Eletrônico (PJe), cujo objetivo é a consolidação do PJe em um sistema com a mesma arquitetura, permitindo a padronização dos dados e otimização dos recursos. Afinal, no ano de 2017 foram impetrados 20,7 milhões casos novos eletrônicos. Nem todos esses processos tramitam no PJe, em razão da Resolução CNJ 185/2013, que o instituiu, ter possibilitado a utilização de outro sistema de tramitação eletrônico já desenvolvidos pelo tribunal de origem. Na Justiça Estadual, segundo levantamento de 2017, existiam outros oito sistemas eletrônicos em uso nos tribunais e unidades judiciárias vinculadas (SAJ, Themis, Tucujuris, E-proc, SCPV, UDI, PROJUD, EJUD). No 1º grau, nove tribunais utilizam o PJe na primeira instância: TJBA, TJCE, TJDFT, TJMT, TJMG, TJPA, TJPE, TJRN e TJRS. No 2º grau, apenas 3 tribunais informaram não utilizar sistema eletrônico de tramitação processual (TJES, TJPA e TJPI).

Nesse cenário, o setor privado oferece serviços gratuitos às cortes em troca do livre acesso às informações processuais, que para elas são muito valiosas. Afinal de contas ter informação é ter poder. E, com base nessa constatação, o presidente da Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Infraestrutura do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) justificou a necessidade de que o CNJ assumira a direção desse processo através da criação do Laboratório de Inteligência artificial para o Processo Judicial Eletrônico (PJe). A operacionalização desse laboratório será através de convênio firmado com o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), desenvolvido do Sistema denominado Sinapses que criou modelos de inteligência artificial na área de processamento de linguagem natural, aquela

161 O Relatório Justiça em Números é regido pela Resolução CNJ 76, de 12 de maio de 2009, e compõe o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ).

com maior aplicação no Judiciário. A expectativa é de que no primeiro semestre de 2019, o sistema utilizado pelo TJRO já esteja customizado para utilização do PJe, sob os auspícios do CNJ.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também investiu em soluções baseadas em inteligência artificial, desenvolvendo a plataforma digital batizada de Radar. Essa plataforma identifica e separa os recursos com idênticos pedidos, relacionados com matérias já decididas pelos Tribunais Superiores ou através do Incidente de demandas repetitivas (IRDR) do próprio tribunal. Selecionados os Recursos, em seguida, os relatores elaboram um padrão de voto que contemplará a matéria. Em sessão inédita, ocorrida no dia 07 de novembro de 2018, a 8ª Câmara Cível daquele Tribunal de Justiça (TJMG) foram julgados, em com apenas um click no computador, um total de 280 processos, em menos de um segundo. A sessão foi presidida pela desembargadora Ângela Rodrigues, que acionou a plataforma digital que continha os votos dos integrantes da Câmara, entretanto, não haverá interferência de magistrados nas sessões com pautas contendo processos repetitivos que ocorrerão apenas no ambiente virtual, sem a presença dos desembargadores.

No mais, indaga-se a real finalidade deste mecanismo artificial, que realiza a tarefa de análise recursal sem o comprometimento com a matéria trazida pelos Recorrentes, ou seja, a leitura dos recursos ocorre de forma automática afetando a racionalidade judicial e por consequência, os direitos fundamentais do Devido Processo Legal. Neste seguimento, observa-se que a otimização da atuação jurisdicional com o auxílio de IA prejudica severamente o Contraditório, a Ampla Defesa e o Acesso à Justiça, visto que a parte processual pode ser afetada por uma decisão judicial da qual não tenha participado efetivamente, sem a possibilidade da utilização do sistema *opt out*¹⁶², bem como há uma supressão das suas manifestações que não serão observadas de forma adequada e individualizada.

Além disso, há de se refletir a cerca da existência de violação aos princípios inerentes à jurisdição tais como indelegabilidade e juiz natural. Em relação ao primeiro, é substanciado na perspectiva que não se pode trans-

162 Em uma Ação Coletiva, a Decisão final irá vincular o grupo de legitimados, porém, é dada a oportunidade de saída (*opt out*) do âmbito desta demanda, para posteriormente, ingressar uma Ação Individual.

ferir o poder de julgar, salvo em casos excepcionais previstos em lei. Com bom ensinamento de Fred Didier Jr.

O exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito. Essa vedação se aplica integralmente no caso de poder decisório: não é possível delegar o poder decisório a outro órgão, o que implicaria derrogação de regra de competência, em violação à garantia do juiz natural. [...]

Se, em regra, não se pode delegar o poder de decidir sobre uma causa para outra pessoa, como não arguir a violação de tal princípio no caso do robô VICTOR?

Além do mais, o princípio do juiz natural, extraído da interpretação sistemática dos art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CRFB/88, deixa evidente que o juízo será natural e competente, de acordo com as normas gerais e abstratas. Essa afirmativa é corroborada pela estruturada Lei Orgânica da Magistratura e da carreira judicial nacional, prevista em nossa Carta Magna, que apresentam à sociedade um juiz de carree e osso e, no caso brasileiro, devidamente concursado ou com ingressona carreira pelo quinto constitucional.

Por uma falta normativa no que tange a possibilidade de inteligências artificiais fazerem juízos acerca da admissibilidade de um recurso, por exemplo, demonstra que é passível questionar a violação aos respectivos princípios.

No campo dos registros públicos também poderemos experimentar modificações profundas através da utilização do *blockchain* para consolidar o registro público uma vez que os registros ali inseridos são intangíveis, transparentes e auditáveis, atendendo, por conseguinte, aos princípios norteadores do registro público. Apossibilidade de auditar as operações realizadas facilitaria muito a fiscalização das serventias pelas corregedorias extrajudiciais; a criptografia, por sua vez, tornaria dispensável a utilização de selos e, em consequência, creditaria maior segurança às operações cartorárias. Atenderia ainda, aos interesses dos titulares dos cartórios ao permitir, por exemplo, o acesso as informações cartorárias e a obtenção de cópias de documentos a qualquer hora, ainda que a serventia estivesse com

as portas fechadas, sem comprometer a cobrança dos serviços, redundando em evidente economia de recursos e maior conforto para os usuários.

3. O USO DE ROBÔS NA ADVOCACIA: POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA PROFISSÃO

O investimento em Inteligência Artificial para aumentar a produção e otimizar o tempo de trabalho vem sendo buscado por muitas empresas e em diferentes ramos, desta maneira, alguns escritórios de Advocacia têm aplicado o seu capital à procura de computadores e robôs que pensem de maneira semelhante a um humano, mas com a promessa de realização de tarefas sem cometimento de erros ou falhas.

Deste modo, com a influência da tecnologia, buscou-se a utilização de Inteligência Artificial nos processos judiciais o qual levou a produção de ROSS¹⁶³, o robô-advogado, o qual é capaz de armazenar uma espécie de biblioteca digital com legislações e jurisprudências. Assim, haverá uma espécie de padronização das peças e argumentos jurídicos, pois a máquina é sustentada por palavras-chaves o que permite uma pesquisa rápida de decisões judiciais já existentes com a possibilidade ainda, de classificá-las com a porcentagem de êxito.

No mais, a máquina irá selecionar os casos com a formulação de respostas, a partir das suas referências colhidas, não sendo capaz de gerar alguma tese nova ou pensar de forma singular para um determinado caso em especial.

Neste contexto, indaga-se a possibilidade de equívocos nos seus resultados, com a alimentação errada de seus dados durante o aprendizado da máquina, o que pode ser facilmente percebido por outras máquinas com banco de dados incompletos ou adulterados.

Por conseguinte, pode-se perceber que a sua utilização irá agilizar o trabalho em demandas repetitivas, mas posteriormente pode acarretar na preocupante substituição do Advogado.

163 Baseado na primeira máquina de computação cognitiva, conhecida como Watson, a qual foi desenvolvida pela IBM, criou-se um advogado de inteligência artificial, denominado Ross nos EUA.

4. A ATIVIDADE DA ADVOCACIA E A SUA INDISPENSABILIDADE À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A preservação dos direitos de um cidadão é protegida pela atividade do Advogado, uma vez o Judiciário ser inerte e só funcionar por provocação. Desta forma, a atividade da advocacia é classificada como indispensável à Administração da Justiça, conforme expõem o Art. 133 da CRFB/88 c/c Art. 2º do Estatuto da Advocacia.

Ainda, cabe destacar que não será abordado as exceções que permitem a postulação judicial sem a assistência de um advogado, com amparo Constitucional ao acesso à Justiça e o direito a petição no Art. 5º, XXXIV, “a” e XXXV, o que não descaracteriza a sua indispensabilidade à Justiça, tendo em vista a possibilidade de sua atuação ocorrer como consultoria e auxílio jurídico.

Deste modo, uma preocupante notícia vem afligindo os Advogados, uma vez a sua carreira e exercício profissional poder ser modificada e descartada pela utilização de um robô-jurídico ou robô-advogado, o que violaria claramente o princípio da Indispensabilidade do Advogado.

5. CONCLUSÃO

A disseminação de decisões oriundas do uso de algoritmos para tratamento de grandes bancos de dados (big data), na modelagem da inteligência artificial, confirma a enorme vantagem econômica comparativa que este tipo de solução apresenta, uma vez que é mais eficiente e mais barata que quaisquer outras ferramentas já adotadas, além de possuir um índice de precisão superior ao ser humano.

A arquitetura utilizada para a construção dos algoritmos pode resultar em um sistema tendencioso e preconceituoso, exatamente como ocorreu com a Microsoft que, em março de 2016 apresentou ao mundo a conta no Twitter @TayandYou, que era de sua “chatbot” (programas computacionais que simulam um humano na conversação com outras pessoas). Neste caso, o perfil ficou menos de um dia no ar, tendo sido desativado em razão das mensagens racistas, homofóbicas, misóginas que o perfil passou a fazer após interagir com humanos e absorver deles os entendimentos preconceituosos e lamentáveis expressados publicamente naquela rede social.

No que se refere à tomada de decisões do terceiro imparcial, representando o Estado-Juiz, mais do que nunca se tem a expectativa que seja equânime e justa, alcançando toda a pretensão formulada. E é nesse aspecto em particular que é imperioso tecermos algumas indagações especialmente quanto ao fato de que os algoritmos que norteiam a IA, além de serem processos extremamente complexos, regra geral são tratados como segredo de negócio, portanto não auditáveis. E, mesmo que fosse permitido o acesso ao código-fonte, essa informação poderá não ser suficiente para compreender a maneira como opera o algoritmo que se utilizou do método *machinelearning*. Neste caso, o código-fonte revela apenas o método de aprendizado de máquina adotado sem revelar as regras de decisão escolhidas, não sendo suficientes para esclarecer e garantir a assertividade da decisão encontrada, pois neste caso foram empregadas milhares de regras combinadas estatística e probabilisticamente de forma complexa e num volume muito acima da nossa capacidade de compreensão.

Fato como esse nos permite perguntar como resolveremos uma indexação incorreta de dados que resultem em injustiças e decisões equivocadas? Precisamos refletir sobre consequências do uso da inteligência artificial e das suas repercussões. Afinal, caso as coisas não saiam bem como o imaginado, de quem será a responsabilidade? Podemos atribuir personalidade jurídica para um robô dotado de inteligência artificial?

Em 2019 já se concretizam os primeiros esforços legislativos para acompanhar a estrondosa velocidade das mudanças provocadas pelo uso de mecanismos de inteligência artificial. Nos Estados Unidos foi proposta uma lei denominada de *Algorithmic Accountability Act* o qual prevê a exigência de que grandes empresas auditem seus sistemas de *Machine Learning* visando detectar em seus algoritmos preconceitos e discriminações, obrigando que tomem medidas corretivas em tempo hábil se tais problemas forem identificados. Também deverão ser auditados todos os processos de aprendizado de máquina que envolva dados confidenciais, tais como informações de identificação pessoal, biométricas e genéticas, visando minorar os eventuais riscos de privacidade e segurança.

Por seu turno, a Comissão Européia recentemente publicou suas diretrizes para o desenvolvimento e a implementação de padrões éticos de inteligência artificial. O documento europeu “Ethics guidelines for trustworthy AI” estabelece que uma Inteligência Artificial ética e confiável

deve ser transparente, ter supervisão humana e algoritmos seguros e confiáveis, sujeitos a regras de privacidade e proteção de dados.

No mesmo compasso, vislumbramos a necessidade de que as leis brasileiras também se ocupem coma regulamentação do uso da Inteligência Artificial, pois a intensa utilização de dados pessoais para parametrizar processos e algoritmos capazes de tomar decisões, ao mesmo tempo em que proporcionam avanços, pode resultar em discriminação e causar danos em situações concretas, o que demanda a atenção do Direito e da comunidade científica.

Finalmente, não podemos deixar ao largo outro desdobramento que deve permear os debates acadêmicos que se constitui no potencial que essa inovação tecnológica, representada pela IA, possui para aumentarexponencialmente a disparidade entre os litigantes. As decisões estratégicas de seus advogados serão tomadas com base em arquiteturas preditivas oriundas de acessos desiguais às informações, resultantes de sua real capacidade de investimentos em sistemas de IA, sendo fato que a capacidade econômica ampliará muito a disparidade de poder argumentativo. Por óbvio, a inovação é inevitável e pode ser benéfica para todos, seja jurisdicionado ou o Poder Judiciário. Há de se encontrar o equilíbrio para que, sob o argumento de respeito ao devido processo legal, não sejam suprimidas garantias processuais fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 04/04/2019

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acessado em 04/04/2019

BRASIL. **Instrução Normativa STJ/GP N. 6 DE 12 DE JUNHO DE 2018**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=19275571&data_pesquisa=14/06/2018&seq_publicacao=15535&versao=impressao&nu_seguimento=00001¶metro=null. Acessado em 28/03/2019

CNJ. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec-6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acessado em 04/04/2019

COELHO, Alexandre, Zavaglia. **A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018 – Parte II.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito-ii>. Acessado em 05/03/2019

CONJUR.STJ **cria sistema de inteligência artificial para agilizar processos.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/stj-cria-sistema-inteligencia-artificial-agilizar-processos>. Acessado em 28/03/2019

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 1. 21ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

MELO, João Ozório. **Escritório de advocacia estreia primeiro “robô-advogado” nos EUA.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/escritorio-advocacia-estrea-primeiro-robo-advogado-eua?platform=hootsuite>. Acessado em 04/04/2019

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Inteligência artificial: Trabalho Judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos.** CNJ Website, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87869-inteligencia-artificial-trabalho-judicial-de-40-minutos-pode-ser-feito-em-5-segundos>. Acessado em 26/03/2019

NUNES, Dierle; MEDEIROS, Nathália. **Inteligência artificial – litigantes habituais e eventuais.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-20/opiniaotecnologia-direito-litigantes-habituais-eventuais>. Acessado em 28/03/2019

OAB. **Jurisprudência de uma forma mais ágil e eficaz.** OAB *Juris Website*. Disponível em: <https://jurisprudencia.oab.org.br/>. Acessado em 26/03/2019

SACRAMENTO, Matheus Morais. **Startup, blockchain, inteligência artificial, machinelearning, deeplearning e disrupção. Hein?** . Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/KbytesdeInformacao>. Acessado em 03.04.2019.

SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESPO, Marcelo. **Inteligência artificial, algoritmos e decisões injustas: é hora de revermos criticamente nosso papel em face da tecnologia.** Revista Direito Digital. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/DireitoDigital>. Acessado em: 03.04.2018.

SANTOS. Manuella Silva. **Direito autoral na era Digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções.** Dissertação, Mestrado em Direito. PUC-SP, São Paulo: 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8112>. Acessado em 28/03/2019

STF. **Notícias STF: Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF.** *STF Website*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acessado em 26/03/2019

UM ENSAIO SOBRE DIREITO DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE: VOCÊ AINDA OS TEM?

Milena de Bonis Faria

1 INTRODUÇÃO

No cenário contemporâneo, os avanços tecnológicos, científicos e o comportamento humano, estão à beira de um colapso, frente a essas inovações, que trouxeram consigo inúmeras demandas, estas, se originam de um comportamento individual perante a sociedade ou da sociedade perante o indivíduo.

As questões inerentes e a susceptibilidade gerada pela tecnologia da informação, fomentou um direito “*just in time*”, obtendo como força motriz do almejado direito a intimidade e privacidade, respaldado pelo Direito Constitucional, dando à luz aos princípios estruturantes do direito, perpassando pelos direitos fundamentais, e se disseminando por todos os demais ramos do direito.

Abordar a presente temática, implica em reunir uma gama de informações referente a evolução histórica dos institutos, direito constitucional e a constitucionalização do direito, direitos e garantias fundamentais, estes no contexto da Dignidade humana, adentrando no direito civil, com ênfase transluzente no direito da personalidade, que por sua vez, origina o direito à reserva da privacidade e intimidade, auferindo o direito ao esquecimento, sob a égide da conquista ao direito a liberdade.

Contudo, o fito real que permeia o presente trabalho consiste em compreender os fenômenos, bem como, os efeitos colaterais dos “novos” meios de comunicação, e a supremacia midiática, com status de judiciário, no contexto social e legal, pela via de formatar padrões e conduzir a opinião social.

2 GLOBALIZAÇÃO, TECNOLOGIA E NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Em uma realidade virtual globalizada, o mundo tem padecido da falta de limites fronteiriços, fomentada pelos recursos tecnológicos, principalmente com a internet, sua eficiente capacidade em disseminar dados, informações, imagens, vídeos, com uma rapidez jamais vista, traduz a inquietude instaurada no judiciário, em uma quantificação mundial (COLLI in apud ROSS, 2008; KLEINROCK, 2010).

Com muita propriedade, Begalli (2001), aponta as dificuldades do direito e da justiça em abraçar essa nova realidade, há tempo e contento de suprir as necessidades que surgiram inexoravelmente, acompanhando os avanços tecnológicos, em especial os meios de comunicação pela via da rede internet “ciberespaço”.

Begalli (2001) preconiza ainda, que a globalização e o avanço tecnológico origina uma instabilidade jurídica. A insegurança jurídica (é) será uma das maiores dificuldades a ser enfrentada nos últimos tempos, que esbarra no binômio de uma justiça rapidez-segurança (BARROS, 2009, p. 29).

Corroborando com esse contexto, inúmeras dificuldades surgiram com as novas conquistas, com o extraordinário avanço tecnológico e principalmente com meios de comunicação em massa. Postulando, uma perspectiva, no ambiente jurídico global, de instabilidade e insegurança, criando um mal-estar social, há quem chame de “morte da privacidade”.

O que parece mais salutar, nesse “caos” instaurado, proveniente dos novos comportamentos: individual e comunitário, principalmente, diante da falta de posicionamento consciente da sociedade, perante as novas demandas, oriundas de todo bloco de benesses e malefícios que acompanha todas as transformações contemporâneas.

O atual momento origina um processo inverso, ou seja, de desglobalização, dada a falta de previsão dos impactos que tais conquistas ensejariam, e ainda irão causar, com reflexos no judiciário, Estado e sociedade.

Seguindo a mesma vertente, encontramos Maciel (BARROS, 2009, p. 29), que discorre:

Na dinâmica da era da informação atual não é fácil para o legislador acompanhar as novas formas de conduta, de relações. Talvez escape à natureza humana a possibilidade de prever as múltiplas transformações tecnológicas que se sucedem num mundo denso caracterizado, sobretudo, pela velocidade da transmissão da informação agora, também, digital. A mesma dificuldade encontra o aplicador do Direito diante a ausência de norma regulamentadora do assunto técnico dissociado do cotidiano.

Nesta seara, o mundo inicia uma transformação nos quesitos planejar normas que possam saciar os anseios sociais. Em mundo virtual, no qual a humanidade se rendeu, ao seu uso, gozo, sem, portanto, compreendê-la.

3 DIREITO À RESERVA DA PRIVACIDADE E INTIMIDADE

Na perspectiva conceitual que envolve privacidade e intimidade é possível disponibilizar ao leitor duas vertentes. A *primeira segue* perspectiva, que as palavras são sinônimas, portanto não havendo distinção no significado entre ambas. A *segunda* assevera que há distinção entre os dois institutos se inicia desde o campo conceitual, posto que a privacidade faça um caminho mais amplo, sendo a intimidade abraçada por aquela.

Assim, no entendimento de Stuart (in apud COSTA JÚNIOR, 2007, p.10-11), o direito a intimidade pode ser subdividido em dois institutos: *internos e externos*, este, seria o direito de separar-se da sociedade, isolar-se, mesmo estando em companhia. Já o *interno*, não implicaria na solidão, como prescientiza outros autores, e sim, naquele que o indivíduo possa trazer para sua companhia os fantasmas que lhe apeteçam, onde pode gozar de forma material, distantes de amigos, de seus familiares, sociedade.

3.1 A CONQUISTA DO DIREITO A PRIVACIDADE

O marco do surgimento do direito a privacidade em 1873, Juiz Cooley em *The elements of Torts*, onde concluiu e suscitou seu artigo publicado, que a privacidade é o “direito de ser deixado a sós”, e em tranquilidade “em paz” (ENCYCLOPEDIA OF WORD BIOGRAPHY, 2017).

Sob o prisma histórico, em 1890, encontra-se o artigo *The Right to Privacy*, entitulado como O Direito à Privacidade, semeado pelos advogados Warren e Brandeis (1980).

Não obstante, na concepção de Warren e Brandeis, encontra-se a congruência do pensamento, que

A maldade não é e nem deve ser requisito para configurar a infração do direito a privacidade e intimidade. A união da privacidade que esta a ser protegida é igualmente completa e igualmente prejudicial, se os motivos pelos quais o falante ou autor foi accionado são tomados per si, culpado ou não, assim fica claro o dano ao personagem, e em certa medida e intenção pôs a provocar a ruptura da paz, é igualmente resultado de difamação sem levar em conta os motivos que levaram a publicação (WARREN; BRANDEIS, 1980, p. 10, tradução livre).

Em sua publicação pormenorizada, aponta questões, que são abrangidas pelo direito a privacidade e intimidade, nessa oportunidade cria diversas abordagens, que devem amparar as necessidades aludidas a uma alternativa que solucione circunstâncias que giram em torno da privacidade.

4 ACEPÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na História, o direito à segurança, com todas as questões que lhe são inerentes, foi o marco da supremacia do Direito Constitucional, com ênfase nos Direitos Fundamentais, que por sua vez tem como alicerce os princípios norteadores de toda estrutura jurídica, em todas as nações. Obviamente estes princípios são prescritos de acordo com as necessidades e especificidades correspondentes a cada cultura, educação, economia instaurada.

A teoria das esferas, herança transportada do Direito Constitucional Alemão para diversos países, considera como alicerce, a indagação, se é possível um comportamento de uma pessoa, que em nenhum aspecto, refere-se ou reflete a esfera de outra pessoa, ou aos interesses da vida em comum. Vem a esclarecer e imputar as diferenças estabelecidas pelas doutrinas e legislações (JOSÉ FILHO, 2016).

Assim, consigna-se a divisão do direito a intimidade e privacidade em três esferas, onde cada uma das esferas compreende um círculo de acessibilidade e tangência a intimidade do indivíduo, no qual iremos esclarecer em ordem crescente.

Em uma relação intrínseca com o direito da personalidade, a teoria das três esferas ou círculos concêntricos, se estabelece em nas seguintes aspectos: *a) Primeira*, se perfaz como esfera secreta-oculta, restrita a própria pessoa, finca-se no direito de ser deixado sozinho, em paz, advindo do interior do indivíduo; *b) Segunda* esfera intermediária-íntima, restringe-se a um círculo de pessoas a sua volta, consistindo em íntima, sendo mais ampla que a secreta; *c) Terceira*, consigna-se como esfera externa, pauta-se na vida privada, onde há participação de número maior pessoas.

Segundo Vieira (in apud BESSA, 2003, p. 91) na contramão da teoria das três esferas, emerge a Teoria do Mosaico, mencionada por Fulgêncio Madrid Consensa (JOSÉ FILHO, 2016), a qual apresenta que, os dados isoladamente, não podem dizer nada a respeito do indivíduo, até mesmo uma informação não tem valor, o ápice da teoria do mosaico é a junção dos dados e o seu uso, o que se fará em posse das informações obtidas.

Diante do exposto, ressalta-se ainda, a importância da interconexão das informações obtidas por meio de recursos tecnológico, ultramoderno e desconhecidos da sociedade, que possibilitam com imensa velocidade e sagacidade a disseminação de dados, informações, ensejando na construção de perfis dos indivíduos, sem que estes tenha conhecimento.

Em desdobramento eloquente do direito a privacidade e intimidade com fulcro no princípio da dignidade humana, este amplamente assegurado nas legislações internacionais, e ainda na intitulada constitucionalização do direito, tem-se o “Princípio da Simetria”, surgindo daí a necessidade de um princípio ou direito estabelecido na carta constitucional seja irradiado por todo ordenamento jurídico, ou seja, em todos os ramos do direito.

A eficiência da informação no contexto da globalizado, o avanço tecnológico, a coleta e distribuição de dados, trouxe em sua imensa bagagem, fenômenos inimagináveis que recaem sobre os Direitos Fundamentais, tais como: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, da Personalidade com um desdobramento e abrangência a Privacidade e Intimidade dos indivíduos e direito ao esquecimento, tanto na seara pública, quanto na privada.

Contudo a quem cabe a responsabilidade de prever, estruturar, aquiescer as novas demandas sociais? Não nos cabe, no presente texto discutir tal questionamento, porém muito oportuno que o façamos, assim termos noção da imensa engrenagem da qual estamos inserido. E na qual, na maior parte do tempo, somos meros telespectadores.

4.1 A LEGALIZAÇÃO DO DIREITO A PRIVACIDADE EM UM MUNDO SEM FRONTEIRAS.

O Direito Constitucional como espinha dorsal do universo jurídico, tem autonomia e aplicabilidade de seus princípios e normas em todos os ramos do direito.

Nesse intróito, não se pode furtrar, que o direito contemporâneo configura-se “metamorfose ambulante”, sendo conduzido inexoravelmente pelas necessidades sociais vigentes (SEIXAS, 1973).

A panaceia que efetivou e aferiu status legal ao direito à privacidade e intimidade tiveram seu desenrolar em meados 1948, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, sendo considerado a que deu origem e legalidade ao abordar a questão na seara jurídica.

Todavia, findando ano de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU), institui a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), reconhecendo e elevando a norma internacional o direito à vida privada. Declarou em seu artigo:

Artigo 12º - Ninguém deverá ser submetido à interferência arbitrária na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques às pessoas têm direito à proteção da lei (UNESCO, 1948).

A partir daí passa ser difundida e a constar direta ou indiretamente em toda ordem jurídica mundial. Oportunamente, nos cabe apresentar os postulados da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, a qual trascreveremos infra:

Artigo 8º - direito ao respeito pela vida privada

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lista e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para segurança pública, para o bem-estar econômico do país a defesa da ordem e a preservação das infrações penais, a proteção da saúde – estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Discorrendo sobre a delimitação do campo de atuação, respaldando-se na relação do homem consigo mesmo, na convivência do homem com família e amigos íntimos, por fim em como se estabelece na relação com ambiente externo.

Inobstante, há uma estreita relação e extrema dependência do Direito de Personalidade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este, estabelecido como um princípio universal, passível de ser encontrado em todos os ordenamentos jurídicos.

Assim, a imperiosidade com que se consignaram nas últimas duas décadas, sob a robustez veloz dos avanços tecnológicos e científicos, as linhas estruturais do direito, “coercitivamente” acompanharam tais mutações. Como aponta Bedê Júnior (2015, p. 23), que o direito não mais consiste em uma verdade atemporal, universal, estável, mas tem como meta uma justiça contínua.

Para contribuir com essa linha de raciocínio, destacamos Freedman (1972, p. 99 apud BEDE JUNIOR, 2015): “*The objective of a criminal trial justice, is the quest of justice synonymous with the search for truth? In most cases yes. Truth*”.

Na concepção de um direito moderno, que acompanha as alterações comportamentais da sociedade, com tendência a preservar os direitos minimalistas, atendendo assim, os anseios da sociedade. Sob essa ótica, a constituição versa sobre tal demanda, na assertiva que todos teriam que guardar à intimidade da vida privada de outro, sendo sua aplicabilidade, conforme o caso e as condições inerentes ao fato.

No Brasil, a respeito do tema, encontramos na Constituição Federal, art. 5º, incisos X, XI e XII (BRASIL, 1988). A maioria dos doutrinadores ilustram o direito a intimidade e privacidade, alicerçados na teoria das esferas.

Destarte, o direito a liberdade, o então mega direito provocou na humanidade a busca incessante, inexorável pela liberdade, que atualmente, todas as conquistas, advinda da luta árdua em ser e tê-la, culminou em uma **“prisão sem grades”**, ou seja, em um aprisionamento de todos os demais direitos, em função da globalização e dos avanços tecnológicos.

A tecnologia transformou os meios de comunicação (cibernética), de países, blocos econômicos, alteraram culturas, metodologia e didática, educação, criou leis, e assim vai se desenrolando, desmoronando toda estrutura anterior, sem ter uma base sólida e fortemente constituída, sem ao menos sabermos se terá condições de suportar as “conquistas” efetivadas no hoje, do agora, no amanhã (GOUVEIA, 2013, p. 238).

5 O CONSPÍCIO DO DIREITO CIVIL NA PRIVACIDADE E INTIMIDADE

No Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) em seu Artigo 17, versa sobre a privacidade em sua forma mais ampla:

- 1-Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.
- 2-Toda e qualquer pessoa tem o direito à proteção da Lei contra tais intervenções ou tais atentados.

Assim, origem da privacidade se estabelece e se sustenta no que foi preconizado na DUDH, posteriormente, em um grau de abran-

gência e detalhes maior no PIDCP. Oportunamente estabelece, as características e contornos que devem a serem seguidos, como as questões que versam sobre ao direito da personalidade, que são esmiuçados, infra os preceitos:

a) *Intimidade*- nome, aparência, indumentária, cabelo, género, código genético, religião e crença. Todos os quesitos diretamente atrelados ao eu do indivíduo, sendo estes indissociáveis

de cada ser humano; b) *Integridade*- encontramos aqui, questões ligadas a saúde física e mental, como tratamento médico, transplantes, transfusões de sangue, internações por doença mental, uso de drogas; c) *Privacidade*- se tornam inerentes ao domicílio, correspondência, dados e informações do indivíduo; d) *Autonomia*- configura-se com o direito a si, figurado na autonomia de seu corpo e mente; e) *Comunicação*- relacionadas com as outras pessoas, interação social e maneira como é estabelecida pelo indivíduo; f) *Sexualidade*- diretamente conectada ao comportamento sexual do indivíduo, sendo permitido sua intromissão apenas em casos excepcionais como: crianças, adolescentes (menores de idade), pessoas com deficiências, enfermidades, e idosos.

O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada vem preconizado no Art.79, aborda direito a imagem, Art. 80, versando sobre o direito de reserva sobre a vida privada e Art. 81, faz menção a limitação voluntária dos direitos da personalidade, todos elencados no CCP (NETO, 2016). Discorre sobre a delimitação do campo de actuação, respaldando-se na relação do homem consigo mesmo, na convivência do homem com família e amigos íntimos, por fim em como se estabelece na relação com ambiente externo. Com amplo respaldo da Declaração Universal dos Direitos dos Homens e Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em uma análise pormenorizada, percebe-se que as convenções internacionais, ora transnacionais, estabeleceram regras que protegem não somente os dados e informações das pessoas como também estipulam passo a passo, desde a recolha, armazenamento e distribuição.

Nesse diapasão, apregoou-se que cada país aderente poderá regir suas normas conforme suas necessidades (costumes, cultura). Entretanto, de-

vem seguir requisitos básicos e rígidos, onde todos os países que aderirem ficam vinculados. São eles:

1. Informações pessoais obtidos de forma justa e legal;
2. Que sejam utiliza para o propósito a qual se destinaram originalmente;
3. Que sejam adequadas, e sejam relevantes, não excedendo propósito original;
4. Que sejam precisas.
5. Que estejam acessíveis ao sujeito;
6. Que impreterivelmente sejam mantidas de forma segura e sejam eliminadas após atingir seu propósito inicial.

Oportuno ressaltar os apontamentos de Farias (in apud CARVALHO, 2013):

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social nivelado e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emissor de informações).

No Brasil o Direito a personalidade, privacidade e intimidade vem respaldado no direito civil nos artigos 11 ao 21 do novo Código Civil de 2002, o eixo norteador gira em torno do principio da dignidade humana estabelecido na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art.1º, inciso III. Suscintamente os artigos do CCB, versam sobre intrasmisibilidade, irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, extendendo-o pos morte o direito de requerê-los, aborada ainda questões que envolvem a disponibilidade do proprio corpo, o direito ao nome, sobrenome, imagem, enfatiza a proibição de publicações vexatorias, difamatorias, resalta e protege o direito a inviolabilidade da vida privada.

Fomenta-se que o respaldo legal seria uma maneira de assegurar e tutelar a garantias dos bens jurídicos na atualidade legalizados e oportunizar que os novos possam adentrar no ordenamento jurídico

6 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Diante das novas problemáticas que emergiram em função mudanças nos meios de comunicação, houve uma necessidade de criar um aparato legal, assim surge o direito ao esquecimento que contempla os questionamentos os impasses na vida das pessoas, bem como as novas querelas oriundas dos avanços tecnológicos na era da informação.

O direito ao esquecimento tem seu marco histórico no direito processual penal, a *prima face*, visava o direito de reinserção dos presos na sociedade. Assim, o Direito ao Esquecimento tem sua gênese fincada em não permitir que um erro do indivíduo se perpetue por toda sua vida, ou seja, não seja eterno. Subjaz este, já ter cumprido os ditames legais da pena que lhe foi imposto por sentença.

A legislação tem cuidado em detalhar dados, informação, qual seu âmbito de aplicação, forma de tratamento de dados, interconexão de dados pessoas, direito do titular ao acesso, dentre vários, no intuito de resguardar as novas demandas sociais e legais.

Conduz com mais veemência, sagacidade o princípio da dignidade humana como núcleo estruturante de todo ordenamento jurídico.

O Brasil tem-se como marco inicial a o direito ao esquecimento um Enunciado 531/2013, da VI Jornada de Direito Civil que, posteriormente passa ser objeto de sentença do STJ-BR. Compreendido pela maioria dos doutrinadores e boa parte dos legalistas, tal direito ao esquecimento é consequência referente a inserção do direito a vida privada no contexto do direito constitucional.

O direito ao esquecimento fora germinado através do Princípio da Dignidade Humana, do qual, emana o direito da personalidade, aportando-se no direito a privacidade e intimidade.

Com intuito de respaldar legalmente, conteúdos relacionados a hermenêutica advinda dos tribunais sobre privacidade e intimidade, que influenciam diretamente a nova aquisição do direito, o direito de ser esquecido, deixado a sós, em paz. Fundado nas tecnologias e nos novos meios de comunicação em massa, com imensa capacidade de disseminar qualquer informação, imagem, vídeo e metaforicamente “na velocidade da luz”.

O êxtase da ramificação dos direitos tem uma dinâmica sistêmica perfeita, que se fossemos estabelecer pirâmide hierarquicamente, disporíamos da seguinte forma: Direito Constitucional, e na sua linha e em atuação em “status”, tem-se Direito internacional avultado por normas instituídas com a precípua função de resguardar os direitos e deveres básicos e iminentes de todos os cidadãos com preceitos fundamentais erigido na dignidade da pessoa humana (DUDHD; CEDH; CPPRTADP; CDFUE), entre outros.

Seguindo a escala em ordem decrescente, teríamos direito civil, o qual dispõe por meio da dignidade da pessoa humana, o direito personalidade que se desdobra no direito a privacidade e intimidade, estes também com respaldo constitucional. E ainda, no direito civil, fundado no direito a privacidade e intimidade, temos novíssimo direito ao esquecimento.

Neste baile de direitos fundamentais, no Brasil, temos a dignidade da pessoa humana, direito da personalidade, direito a reserva da privacidade e intimidade, direito ao esquecimento, direito à liberdade de expressão, evocando várias áreas do direito: tais como Direito Processual Penal, Lei Execução Pena em seu artigo 202 (BRASIL, 1984), Código Penal, vem a dar suporte ao direito ao esquecimento estão dispostos no art. 93 e art. 94, incisos I e II (BRASIL, 1940).

Em uma dança harmônica, porém muitas vezes com dissabores, todos os preceitos fundamentais a subsistência das condições dos seres humanos se chocam. Cabendo ao ordenamento jurídico a resolução das demandas.

Consignando a ideia que o direito ao esquecimento surge para atender o mais novo clamor social, onde ocorre uma devastação na vida privada e íntima das pessoas, sendo essa invasão não somente oriunda da imprensa, partindo daí a maior problemática que envolve tal assunto.

Com acessibilidade fomentada pelos avanços tecnológicos, a globalização não mais se reduz a questões meramente econômicas e ou culturais. Empondera-se o indivíduo com mecanismos capazes de em segundos destruir vidas, famílias, casamentos, economia, empresas, municípios, estados, países.

Todas essas façanhas, passível de acontecer com pessoa física, jurídica, pública e privada, sem que se possa possibilitar o “status a quo”, mesmo com as diretrizes, legislações internacionais subsidiando tal querela, aufferindo culpabilidade, penalizando, aplicando a legislação, ainda assim não é possível restabelecer a situação inicial.

Não se está aqui, buscando algo que seja possível voltar ao estado anterior, ou seja como se nada tivesse ocorrido, tendo em vista que tal pretensão seria em tese impossível de ser alcançada, tendo em vista que determinado fato tenha efetivamente ocorrido, e sim, que possamos mensurar a amplitude do alcance, que hoje em função das novas tecnologias se é possível atingir, com um simples celular.

7 CONCLUSÃO

A proteção ao direito à privacidade e intimidade tomou contornos transnacionais interferindo no comportamento das pessoas e nas normas vigentes em todo o mundo. Têm-se como fato consumado as mutações ocasionadas pelos avanços tecnológicos desde o século XIX, alterando profundamente os métodos de produção industrial, não parando por aí. Em um aprimoramento contínuo e célere a tecnologia transfigurou a comunicação, assim, esta se tornou o principal objeto com contornos de símbolo de poder.

A eficiência, eficácia e efetividade da informação no contexto da globalizado, os avanços tecnológicos, a coleta e distribuição de dados aponta para um reflexo no direito da intimidade e privacidade, ensejando efeito borboleta em todas demais as áreas do direito, em uma macro dimensão do mundo jurídico, nacional e internacional e transnacional.

Faz-se mister, mensurar, qual é os limites e aplicabilidade no caso concreto desses direitos em face as novas vertentes que envolvem a informação, gera polêmicas sobre efetividade dos direitos fundamentais nos dias atuais, gerando prognóstico desfavorável para o futuro.

No cenário contemporâneo, os avanços tecnológicos, científicos e o comportamento humano, estão à beira de um colapso, frente a esses novos aspectos, que trouxe consigo inúmeras demandas, estas que se originam desde um comportamento individual perante a sociedade, como questões inerentes a susceptibilidade gerada pela tecnologia da informação, fomentando um direito “just in time”, ou seja, em tempo real.

Dentro deste contexto, os mais exaltados, giram em torno do cerne do direito a privacidade e intimidade. A força motriz do direito a intimidade e privacidade tem respaldada na Constituição, dando a luz aos princípios estruturantes, passando pelos direitos fundamentais e se disseminando por todos os ramos do direito.

Na seara do direito à privacidade e intimidade, coube apresentar vertente do Direito Constitucional Alemão. Tais direitos têm escopo de resguardar a vida íntima (secreta, sexualidade, afetiva e saúde), traz a autodeterminação da informação, versa que, a pessoa deve se opor a divulgação de factos da vida privada e controlar as informações de sua vida íntima, a seu respeito, sendo esses “verdadeiros ou falsos”. Tornou-se pertinente, urgindo precisar quais os impactos dessas mudanças não apenas na legislação vigente, como também na hermenêutica para compreensão e delimitação das demandas atuais.

Malgrado, o direito a intimidade e privacidade indiscutivelmente se estabelecem como direito fundamental em caráter transfronteiriço através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Assim, sua ramificação subjaz a todas as Cartas Constitucionais de forma direta ou indireta.

Assim, a disseminação da dignidade da pessoa humana transcorre países e outras áreas do direito, diretamente o direito civil, por meio do direito a personalidade, o qual subdivide-se no direito à reserva da privacidade e intimidade, e o direito ao esquecimento, este último oriundo do direito penal e processual penal, na tentativa de ressocializar um apenado.

No entanto, o direito contemporâneo tem como alicerce direito constitucional, que por sua vez diante de um mundo conectado, segue princípios estabelecidos universalmente. Acarretando em uma integração de dependência de todos os ramos do direito.

Inescusavelmente, o direito a privacidade, intimidade e o direito ao esquecimento afetam diretamente todo ordenamento jurídico. Tais como direito civil, direito do consumidor, direito do trabalho, direito penal e processual penal, execução penal.

Dentro da complexidade que envolve o tema, muitos questionamentos foram levantados e até o momento atual, muito se discute sobre a amplitude, validade, eficiência, eficácia, controle, aplicação do direito existente, criação de novos direitos que assegure as novas demandas sociais geradas pelos avanços da tecnologia da informação.

Contudo, percebe-se que o direito consiste em um ciclo contínuo, que é avultado pelo desenvolvimento de uma sociedade em transformação comportamental constante, advindas das novas descobertas científicas e principalmente nos avanços tecnológicos. Para que o direito não pereça,

fazer-se necessário uma alimentação contínua do seu ciclo, visando sempre atender as demandas oriundas de sociedade.

É fato que o universo não fica inerte, que o amanhecer de ontem não mais se repetirá, partindo da premissa que do dia terá inevitavelmente um novo amanhã. Nesse diapasão, firmamos o comportamento humano em constante mutação, influenciando diretamente o entendimento por justiça, que por sua vez afeta as legislações vigentes, ora adiantando os comportamentos, ora atrasado para abraçar aso novos anseios sociais.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade como direito do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BEGALLI, Paulo Antônio. Justiça e modernidade: cidadania e justiça. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 11, p. 155, 2001

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2016/03/teoria-dos-circulos-concentricos-da.html>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Lei 67/98 de 26 de outubro. Lei da protecção de dados pessoais. [s.l.]: Assembleia da República, 1998. Disponível em: <http://www.cnpd.pt/bin/legis/nacional/lei_6798.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

COUNCIL OF EUROPE. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2016.

ENCYCLOPEDIA OF WORD BIOGRAPHY. **Thomas McIntyre Cooley**. 2017. Disponível em: <<http://www.encyclopedia.com/people/social-sciences-and-law/law-biographies/thomas-mcintyre-cooleyem>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **Teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada**. 2016. Disponível em: <<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2016/03/teoria-dos-circulos-concentricos-da.html>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

KLEINROCK, Leonard. **The History of the Internet**. 2010. Disponível em: <http://www.lk.cs.ucla.edu/personal_history.html>. Acesso em: 27 abr. 2017.

LEGALE, Siddharta. **Processo Legislativo e Controle**: estudo dirigido. Florianópolis: [s.n.], 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/5276a7wn/DFIkueGyQv62C7Qv.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MINISTERIO PUBLICO DE PORTUGUAL. Gabinete de documentação e direito comparado. **Pacto internacional sobre direito civis e políticos**. 2016. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/>>

direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-du-dh-direitos-civis.html>. Acesso em: 20 dez. 2016.

NETO, Abílio. **Código Civil**. 19. ed. Lisboa: Ediforum, 2016.

ROSS, Júlio. **Redes de Computadores**. Rio de Janeiro: Antennas, 2008.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: adaptada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das nações Unidas. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/00139423por.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. D. O direito à privacidade. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 193, 1980. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 14 jan. 2017.

MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL E OS DESAFIOS DO DIREITO À PRIVACIDADE

Yasmin Xavier Vianna Galhardo

INTRODUÇÃO

O Marco Civil da Internet brasileira (Lei N° 12.965/14) representou o início de um processo para institucionalizar normas específicas sobre os princípios, direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais, das prestadoras de serviço e do Estado. Os aspectos que ainda geram debates referem-se à liberdade, à neutralidade da rede e à privacidade.

A privacidade na rede pode ser considerada como um dos temas atuais de maior destaque nas discussões de Direito, pois representa a proteção de toda uma sociedade, considerando que na contemporaneidade as informações podem ter valor inimaginável.

Este artigo tem por objetivo traçar um paralelo entre o Marco Civil da internet no Brasil e a privacidade, identificando os desafios enfrentados por este direito inserido na era da tecnologia. Através deste trabalho busca-se avaliar a necessidade de rearticula-lo diante do cenário virtual no qual a sociedade está inserida, na tentativa de solucionar os conflitos que possam surgir. Analisa-se a evolução do direito digital, bem como o surgimento e função do Marco Civil na história do Direito no Brasil e o comportamento do Direito à Privacidade durante todo este processo.

1 MARCO CIVIL E A EVOLUÇÃO DO DIREITO DIGITAL

Com o advento da Internet e a inserção das novas tecnologias no cotidiano da sociedade, as relações estão sujeitas a uma modificação cada vez mais rápida e constante. A modernidade líquida (BAUMAN, 2001, p.45) caracterizada pela efemeridade das relações, velocidade e vulnerabilidade muito reflete o cenário fluido da era digital.

O território cibernético é dinâmico e repercute essa característica nas relações oriundas desse espaço. Para acompanhar essas transformações, o Direito - que é instrumento para regular e atender os anseios sociais - enfrenta desafios que demandam uma adequação da legislação em vigor.

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DIGITAL E O DIÁLOGO COM OUTRO RAMOS DO DIREITO

Com a Internet, um novo espaço social surgiu e, assim, novas formas de coletivização de dados, elevando a interação entre a sociedade e a circulação de informações. A partir do progresso tecnológico, a discussão sobre os limites da vida privada e interesse público torna-se cada vez mais necessária, assim como a atualização dos dispositivos legais.

Situações que antes ocorriam apenas no mundo real passaram a acontecer no mundo virtual e a colisão entre direitos e deveres acompanhou essa tendência. A internet se caracteriza pela extensão da vida das pessoas e gera efeitos no ambiente fora da rede, uma vez que, nos dias de hoje, não é utilizada apenas para troca de informações, mas também para estabelecer relações de consumo, relacionamentos, política entre outros.

O surgimento do direito digital está relacionado às relações sociais e ao alcance proporcionado pela interatividade entre pessoas, instituições e Estado. Toda mudança tecnológica também se configura como uma mudança social e, conseqüentemente, jurídica.

Na era do conhecimento, a informação passa a ter valor intangível e as relações humanas se manifestam através de novas formas. Os negócios e relações na sociedade digital, assim como a territorialidade, são desafios às fronteiras físicas e jurídicas, já que um crime, por exemplo, que se inicia pelo computador em determinado país, pode ter seu resultado em outro, dificultando assim definir o que chamamos de jurisdição.

Pode-se dizer que o direito digital reflete a evolução do próprio direito, uma vez que reúne áreas já existentes diante de situações que passam a integrar as relações tecnológicas, abrangendo os princípios fundamentais e institutos existentes, bem como demandando novos dispositivos.

Nesse sentido, o advogado e professor Wald (2001, p.15) afirma:

Novas formulações hão de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o Direito não seja uma espécie de “camisa-de-força” que impeça a boa utilização das novas técnicas, e que prevaleça um clima de cooperação dominado pela ética.

O Direito Digital configura-se como multidisciplinar, na medida em que dialoga com outros ramos: o Civil (através de ação por danos morais ocasionada por divulgação de fotos íntimas na internet), Penal (crimes cometidos pela internet que vão de desvios bancários a tráfico de pessoas), Direitos Autorais (*download* de músicas sem a autorização do autor/detentor dos direitos patrimoniais), Constitucional (privacidade quanto ao monitoramento de correios eletrônicos), Eleitoral (informatização do processo através das urnas eletrônicas e combate às *fake news*), Direito do Consumidor (relações de consumo pela internet), Tributário (incidência de impostos sobre transações online), entre outros.

Dessa forma, por lidar com um ambiente em que as relações jurídicas se apresentam em diferentes contextos, o direito digital além de abranger princípios fundamentais e institutos disponíveis hoje, anseia também pela criação de legislação específica para este meio.

1.2 REGULAÇÃO DA INTERNET E SUAS DIFICULDADES

O ritmo da evolução digital é um desafio frente à atualização do ordenamento existente, uma vez que é difícil transferir a mesma dinâmica para a atividade legislativa. A velocidade das transformações requer flexibilidade dos institutos jurídicos, mas de forma que regulamentem de fato o ambiente virtual (PEREIRA, 2004, p.449-523)

A criação de uma lei requer o respeito aos ritos e procedimentos estabelecidos que, em regra, não costumam ser rápidos. Contudo, na tentativa

de suprir as lacunas das normas positivadas, muito se utiliza dos princípios do direito costumeiro, definido por Nader (1993, p.156) como:

O Direito Costumeiro pode ser definido como um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, [SIC] uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.

Tais princípios são: a generalidade, uma vez que determinado comportamento deve ser repetido com certa constância para assim evidenciar a existência de uma regra; a uniformidade, que demanda que as decisões sejam repetidas ininterruptamente; e a notoriedade, que se refere às decisões arbitrais.

O costume é uma expressão legítima do Direito, mas considerando a complexidade das sociedades contemporâneas, o seu uso exclusivo é inviável, por não comportar a segurança jurídica exigida.

Neste sentido, verifica-se que as leis em vigor são sim aplicáveis ao direito digital, mas precisam de adequação e complemento por novos dispositivos.

De modo ainda embrionário, em 1997, o Brasil criou a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) que versa sobre a organização dos serviços de telecomunicações. Após quase vinte anos, em 2014, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) foi criado, no sentido de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O rápido desenvolvimento das tecnologias informacionais e a expansão das redes comunicativas consolidam uma sociedade em que a informação é colocada como um dos pilares centrais dos fluxos de negócios e relações. A regulação da Internet e a busca de um equilíbrio maior entre os atores da sociedade passam pelo debate de regras de uso, garantias e proteções.

Neste contexto, o direito à privacidade torna-se um dos desafios mais significativos, uma vez que apesar de inviolável é relativizado de modo a se adaptar às dinâmicas virtuais.

O art. 5º, da Constituição Federal tutela os Direitos da Personalidade, incluindo os direitos fundamentais como a intimidade e privacidade. O sigilo bancário, fiscal e de correspondência, também previstos em texto constitucional, respaldam o direito à intimidade, assim como

os dispositivos 16, 17 e 18, do Código Civil Brasileiro estabelecem proteção ao nome, não podendo este ser utilizado por outrem sem a anuência do seu titular.

Deste modo, a compreensão sobre os institutos, as características da rede, a ausência de fronteiras e a impossibilidade de uma regulação única é um dos principais desafios do mundo jurídico frente à revolução da Internet.

1.3 DA APROVAÇÃO DO MARCO CIVIL E SUA IMPORTÂNCIA PARA A SOCIEDADE

Com a aprovação da Lei nº 12.965/14, observou-se uma primeira tentativa em solucionar as lacunas existentes nas relações jurídicas estabelecidas através da rede, determinando princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso no Brasil

A lei foi elaborada como um conjunto de normas que regulamentam o uso da internet e buscou se basear em princípios como o da neutralidade da rede, da privacidade do usuário e da liberdade de expressão. O projeto teve origem em 2009, contudo a sua aprovação pela Câmara dos Deputados, e em seguida pelo Senado Federal, com consequente sanção do Executivo, somente ocorreu em 2014.

O Marco Civil da Internet abrange temas como a privacidade, o armazenamento de dados, a neutralidade da rede e a função social que se busca cumprir, no intuito de garantir a liberdade de expressão e a difusão do conhecimento, sem omitir as obrigações de responsabilidade civil aos provedores e aos seus usuários. Seu capítulo II, por exemplo, é destinado a estabelecer garantias aos usuários, como a proteção dos direitos individuais e coletivos quanto ao uso da internet, das quais ainda existia uma lacuna no ordenamento jurídico pátrio. Ainda sobre o dispositivo, a Lei nº 12.965/14 também passou a regulamentar sobre registros de navegação e o monitoramento ilegal de dados.

No que diz respeito à eficácia das normas criadas, é importante a fiscalização de seu cumprimento, fomentado pelo interesse do ente público em supervisionar a atividade. Por isto, a criação do Marco Civil não corresponde à solução de todos os desafios gerados pela era digital, pelo contrário, foi o primeiro passo para superá-los.

1.4 OS PRINCÍPIOS DO MARCO CIVIL

A sanção do Marco Civil da Internet no Brasil representou uma grande conquista para a democratização da rede.

No que diz respeito ao seu teor, a Lei estabelece, dentre outros aspectos, a garantia do direito à privacidade dos usuários, principalmente em relação à inviolabilidade de informação, à luta contra o *cyberbullying*, ao sigilo e aos casos em que a Justiça pode requisitar registros de acesso à rede e à comunicação de usuários.

Já no processo de aprovação, tratou-se de ampla negociação entre o Governo Federal, partidos do Congresso, consulta pública e mobilização, representando uma vitória para a participação social no “fazer política”. Iniciada em 2009, recebeu contribuições dos mais diversos setores como governos, movimentos sociais, organizações não-governamentais, universidades e empresas (CORRÊA, 2002, p. 35).

Assegurada pela Constituição Federal por meio do art. 5º, inciso X, a intimidade, compreendida também como “privacidade” foi disciplinada na Lei nº 12.965/14 como sendo um dos princípios norteadores desta legislação, conforme disposto no art. 3º, inciso II:

Art. 3º, Lei nº 12.965/14: A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;

Contudo, a liberdade de expressão não é um direito absoluto devendo manter-se em harmonia com as demais garantias previstas no dispositivo constitucional.

A facilidade de se compartilhar informações na rede, tornando eficaz dados de relevância social se contrapõe com àqueles de conteúdo negativo, como por exemplo os que violam o direito de privacidade. Neste quesito, é importante frisar a reiteração da responsabilidade dos usuários e fornecedores de conteúdos de modo a promover não só a qualidade da informação que é disponibilizada, mas também o bom senso e a observância dos limites legais.

Diariamente na internet muitas informações são disponibilizadas: dados pessoais, conversas particulares, imagens, entre outros. Por essa razão, no intuito de evitar o excesso e o abuso na manipulação desse conteúdo, disciplinar a proteção de dados pessoais também se fez necessária.

A Lei Geral de Proteção de Dados que entrou em vigor em 2018 na União Europeia, por exemplo, estabeleceu que as empresas dependeriam de consentimento explícito dos usuários para comercializar seus dados, gerando assim um mecanismo de barganha em que a moeda de troca são essas informações pessoais.

Adicionalmente, a partir de casos como o de Edward Snowden e Cambridge Analytica, o mundo se deparou com a real possibilidade de agências de segurança, como o FBI, monitorarem trocas de informações entre atores, bem como de redes coletarem informações através de seus aplicativos e consequentemente as venderem para empresas de análise de dados, objetivando fins políticos, dentre outros (DOMSCHEIT – Berg, 2011).

Influenciada por tais episódios, a Lei brasileira que regulamenta a internet incluiu a proteção de dados também como um princípio basilar, visando impossibilitar a utilização das informações coletadas por empresas para finalidade diversa daquela à qual se destina.

Esses dados, como dispõe o artigo 4º, da Lei nº 12.527/11, são de propriedade do usuário, e não do site que detém essas informações. Ainda no quesito de proteção à privacidade, a Lei prevê indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, exceto por aquela decorrente de ordem judicial fundamentada. Ademais, foi determinado pelo dispositivo legal que os registros de conexão dos usuários devem ser armazenados em total sigilo e segurança pelos provedores por 01 (um) ano enquanto os registros de acesso a aplicações de internet devem ser mantidos por 06 (seis) meses (DEL BIANCO, 2015).

Outro princípio garantido pela Lei do Marco Civil e também um dos mais polêmicos é o da neutralidade da rede, que determina que o provedor que detém a responsabilidade pela transmissão, a comutação e o roteamento, deve tratar de forma igualitária qualquer pacote de dados que disponibilize, não distinguindo os valores cobrados pelos materiais acessados, exceto por observância de requisitos essenciais à prestação adequada do serviço e para dar prioridade a serviços emergenciais (BRASIL, Lei nº 12.965/14). Esta neutralidade é importante, pois preserva o direito do

usuário escolher livremente quais conteúdos deseja acessar, preservando assim a liberdade de expressão.

Por fim, quanto à preservação da estabilidade, a Lei nº 12.965/14, em seu artigo 3º, inciso V determina que é garantido ao usuário a estabilidade da conexão à internet, exceto por inadimplência do contratante do serviço. Também é garantida a manutenção da qualidade da conexão e, com base no princípio contratual da boa-fé, a apresentação de informações claras aos contratantes a respeito do serviço prestado. (CORRÊA, 2002).

2 PRIVACIDADE EM PERSPECTIVA: PRINCÍPIO INVOLÁVEL E RELATIVO

Na era digital, a privacidade é um dos temas mais discutidos, assim como a necessidade de sua relativização frente aos avanços tecnológicos.

O tratamento, transmissão e armazenamento de dados deve ser cuidadosamente pensado pelos atores públicos e privados que operam como banco de dados, bem como pelo usuário que insere informações na rede.

O princípio da publicidade, da segurança e o serviço de armazenamento de informações em nuvem revelam que a privacidade de dados torna-se cada vez mais fluida e revela a necessidade de se ter princípios e regras que balizem a coleta de informações e sua utilidade.

2.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE E O SEU LUGAR NO MARCO CIVIL

Como visto anteriormente, o Marco Civil da Internet surgiu para regular o seu uso no Brasil através de princípios norteadores, garantias, direitos e deveres de quem utiliza a rede.

A preocupação com a privacidade se torna evidente principalmente no art. 7º, da Lei nº 12.965/2014, através do qual são apresentados direitos considerados básicos.

Estes direitos são: a garantia de percorrer a internet com privacidade, a fim de preservar a livre busca por conteúdo e dados; o direito de monitorar aqueles que nos monitoram, ou seja, de saber quem monitorou, quando e para quais fins; e o direito de eliminar dados pessoais, também

relacionado ao direito ao esquecimento, que vai além da proteção da vida privada, mas da seleção do que o usuário deseja que seja mantido online.

Quanto às penalidades, o Marco Civil (art. 12 da Lei nº 12.965/2014), menciona que as sanções podem ser aplicadas isoladas ou cumulativas podendo ser advertência, multa, suspensão ou até mesmo proibição das atividades no país.

Apesar de inibir o comércio ou vazamento de dados, a Lei se apresenta falha quando não define sanções em caso de descumprimento.

Através do art. 13, § 6º para definir as penalidades “serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência” (Lei nº 12.965/2014), o que revela uma subjetividade que pode dificultar o controle e punição em caso de descumprimento da norma.

2.2 DO CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o avanço tecnológico, a fronteira entre público e privado torna-se cada vez mais tênue.

A informatização e a relação entre os indivíduos refletem tamanha complexidade que fazem valer a máxima de que informação significa poder. O abuso do direito de liberdade, por exemplo, contraria outros bens jurídicos, igualmente tutelados pelo Direito, tais como a privacidade, direitos autorais e à propriedade intelectual, pois nem sempre o que está disponível na internet pertence ao domínio público (PAESANI, 2014, p.8).

A fim de solucionar estes conflitos, muito se fala sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, que visa auxiliar na busca da melhor interpretação que será aplicada de acordo com o caso concreto.

A privacidade e a identidade digital também constantemente configuram como ponto de conflito, uma vez que, na internet apesar de provedores conseguirem identificar a máquina utilizada para determinada ação, não necessariamente identifica quem está por trás dela.

A Constituição Federal prevê a liberdade de expressão, no sentido de forma livre, vedando o anonimato e ainda é reforçada pelo Marco Civil da Internet através de seu art. 3º aqui já mencionado.

Ainda neste quesito, o art 19, da Lei nº 12.965/14 determina que com o intuito de assegurar a liberdade de expressão, o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, Lei nº 12.965/2014) obrigando assim os provedores a terem métodos capazes de identificar usuários caso estes venham a gerar algum dano a outrem.

Quando se fala sobre o conflito entre liberdade de expressão e privacidade, verifica-se que existe algum tipo de violação do direito à honra do indivíduo.

Um caso emblemático foi o da modelo Daniella Cicarelli contra o provedor de serviços Youtube, quando teve um vídeo íntimo seu divulgado. A partir da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu-se que diante de um caso de transgressão de qualquer parte em veicular o vídeo, ficou protegido o direito a privacidade em contrapartida da liberdade de expressão.

Outra discussão relevante que emergiu deste mundo virtual é a relação entre liberdade de expressão e acesso à informação no sentido de até onde vai o limite público-privado.

O caso mais conhecido é o do Wikileaks que ao divulgar o episódio do ataque de um helicóptero dos Estados Unidos, que matou doze pessoas no Iraque e o tratamento dos prisioneiros em Guantánamo (Cuba) gerou uma crise internacional.

Neste episódio é possível identificar uma série de violações de privacidade de informações do governo Norte Americano, com a justificativa de denunciar práticas que violavam direitos humanitários. Contudo, em algumas situações a violação da privacidade é necessária para a divulgação de determinados abusos que são omitidos.

Na mesma linha, questiona-se até que ponto a privacidade deve ser preservada em detrimento da segurança pública coletiva, pois apesar de ser essencial à vida dos cidadãos, em determinadas situações pode ocultar atos ilícitos e por isso a sua violação, respeitando o princípio da proporcionalidade, pode ser aceita como através de casos em que há quebra de sigilo bancário e telefônico.

2.3 GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR) E A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Diante de um contexto de *fake news*, vazamento de dados e sua utilização indevida, muitos países passaram a tratar com atenção o tema de dados, manipulação e privacidade.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, também conhecido pela sigla GDPR é uma lei específica que impõe novas regras de controle e processamento de informações pessoais de cidadãos europeus e de residentes da União Europeia incorporada em Maio de 2018. Ou seja, a lei descreve uma série de requisitos para a captura, manipulação e armazenamento de qualquer dado pessoal de cidadãos europeus.

As empresas europeias, bem como àquelas que fazem negócios no continente ou tem clientes europeus, estão sujeitas à lei, cujas multas e sanções podem chegar a 20 milhões de euros ou até 4% do faturamento global da empresa que descumprir suas orientações (art 83 do Regulamento nº 679/2016).

O mesmo movimento também foi visto na América Latina, como na Argentina, Colômbia e Brasil que criaram leis de privacidade inspiradas no GDPR.

Em 2018 foi sancionada no Brasil a Lei Brasileira de Proteção de Dados (Lei 13.709/18) que criou regulamentação para o uso, proteção e transferência de dados pessoais nos âmbitos público e privado, e estabelece quem são as figuras envolvidas e quais são suas atribuições, responsabilidades e penalidades no âmbito civil (que podem chegar a multa de 50 milhões de reais por incidente).

A lei tem como princípio a transparência para o uso de dados pessoais segundo o qual os dados só devem ser utilizados para as finalidades específicas para as quais foram coletados e previamente informados aos seus titulares, e também o da necessidade, que limita o uso dos dados ao mínimo necessário para que se possa atingir a finalidade pretendida (REINALDO FILHO, 2018).

Ao traçar um paralelo entre ambas as legislações, observa-se diferenças significativas como a exigência da lei brasileira de que as empresas tenham um profissional encarregado de garantir boas práticas e realizar atendimento ou receber reclamações. Na lei europeia as multas variam entre o que for maior: 20 milhões de euros ou 4% do volume global de negócios anual da

infratora, enquanto no Brasil, há a previsão de advertência, passando por eliminação de dados e multas que podem chegar a 2% do faturamento total.

2.4 VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE: QUAIS AS MEDIDAS JUDICIAIS APLICÁVEIS?

Até abril de 2014 não havia qualquer regulamentação específica sobre a internet, sendo responsabilidade dos magistrados a preservação dos princípios constitucionais respaldados pela legislação até então disponível.

É possível verificar que a honra, a privacidade e o direito à imagem são direitos da personalidade tutelados pela Constituição da República e também pelo Código Civil, (artigos 12, 20 e 21), que traz previsões particulares sobre o tema, permitindo ao ofendido recorrer ao judiciário para inibir a ameaça ou violação ao seu direito.

Mais uma vez, retornamos ao princípio da razoabilidade, que deve ser um norteador destas demandas, já que, a análise da medida que se mostra necessária deve se dar diante do caso concreto. Logo, como mencionado por Barroso (2003) em sua obra sobre a Constituição temos:

O princípio da razoabilidade, que na doutrina brasileira é frequentemente tratado como sinônimo de proporcionalidade impõe ao intérprete jurídico a aferição de três requisitos para que possa considerar constitucional um ato do poder público: a) adequação – a medida escolhida deve ser capaz de alcançar o fim a que se destina, ou seja, deve haver coerência entre o motivo, o meio e o fim de uma norma ou de um ato do poder público; b) necessidade – não deve haver meio menos gravoso a um direito fundamental capaz de alcançar o mesmo fim com a mesma eficácia, ou seja, trata-se da vedação do excesso; c) proporcionalidade em sentido estrito – as vantagens trazidas pela medida devem ser maiores do que as desvantagens, ou seja, trata-se da análise da relação custo-benefício do ato.

Sendo assim, as medidas judiciais devem ser aplicadas sempre observando se alguma alternativa anterior e menos danosa deveria ser observada.

Em tempo, verifica-se que o legislador deu atenção ao combate às ilicitudes nas esferas cíveis e criminais praticadas na internet se valendo do direito à privacidade ao ser possível num primeiro momento a ocultação

da identidade de um infrator. Entretanto, sob o aspecto técnico, toda ação realizada pela internet é passível de registro pelos provedores de acesso e de conteúdo, o que torna possível a identificação dos usuários.

Muito se fala sobre as inovações introduzidas pelo Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965/2014) e pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) no que diz respeito aos mecanismos disponíveis aos usuários para reparar eventuais danos causados pelo uso indevido de imagem e divulgação de conteúdo inverídico, principalmente no âmbito das redes sociais. Dentre estas novidades, destaca-se a tutela antecipada requerida em caráter antecedente (arts. 294 e 303 do CPC de 15), por meio da qual é possível obter a cessação imediata da veiculação indevida da imagem do usuário sem o seu consentimento, o que permite, num segundo momento, após o conteúdo ter sido removido, requerer a indenização pelos danos morais e/ou materiais causados.

Portanto, mesmo com alguns lapsos normativos quanto às penalidades para os casos de descumprimentos das determinações previstas pelo dispositivo, o Marco Civil contribuiu para a criação de uma base legal para as decisões proferidas pelos tribunais.

3 PRIVACIDADE E REGULAMENTAÇÃO: DESAFIOS NA ERA DIGITAL

A regulamentação da internet sempre foi um desafio para o Direito principalmente pela sua fluidez e até mesmo pela falta de conhecimento técnico por parte dos operadores do direito.

No passado, quando ainda não se tinha qualquer previsão de dispositivo específico fazia-se o uso da analogia para o julgamento de questões oriundas da rede e soluções de conflitos.

Com o surgimento de uma legislação específica, observa-se a tentativa de criar bases normativas que orientem e respaldem as decisões dos magistrados diante dos cenários inerentes a esta era digital.

3.1 PRIVACIDADE, IDENTIDADE DIGITAL E A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No ambiente virtual existem provedores que possibilitam que usuários se comuniquem de forma anônima, enquanto outros utilizam meca-

nismos capazes de identificar o computador que foi utilizado em determinada situação, bem como a sua localização.

É comum que diante de uma ação ilícita na internet, o magistrado solicite ao provedor a identificação do usuário através da expedição de uma ordem judicial que poderá ocasionar na quebra de sigilo telemático ou até mesmo na responsabilização do próprio provedor nos casos em que o dano cometido pelo usuário for gerador de uma responsabilidade civil.

Neste aspecto, aliado ao entendimento da doutrina e jurisprudência¹⁶⁴ de que a relação entre usuários e provedores é de consumo estando sujeita ao regime do Código de Defesa do Consumidor, deve-se também incidir o art. 19 da Lei n. 12.965/14 que elenca que o provedor de aplicações de internet seria responsabilizado civilmente por danos oriundos de conteúdo gerado por terceiros após deixar de cumprir ordem judicial específica determinando sua retirada.

A Declaração da ONU protege a liberdade de expressão, assim como a maioria dos regimes democráticos. No caso brasileiro, a Constituição Federal garante esta liberdade, assim como a vida íntima dos cidadãos.

Em demandas judiciais em que o direito a honra é atingido, observa-se muitas vezes que a liberdade de expressão e a privacidade encontram-se em extremos opostos.

É notória a dificuldade para estabelecer um equilíbrio entre ambos os direitos e por isto existe a necessidade de se observar o caso concreto aliado a um conjunto de parâmetros (razoabilidade, natureza do fato, personalidade dos agentes, são alguns deles) que se destinam a auxiliar o intérprete.

Ao decidir, por exemplo, pela proibição de publicação em que exista discriminação étnica, de gênero ou de exposição da intimidade de um agente, não está o Poder Judiciário exercendo qualquer forma de censura, mas apenas cumprindo sua atividade jurisdicional.

Liberdade, portanto não significa exercício ilimitado, absoluto e incondicional do direito de se expressar/informar.

164 Brasil, STJ, Resp 1316921, Rel. Ministra Nancy Andrighi, órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 26/06/2012.

3.2 PRIVACIDADE, SEGURANÇA E REGULAÇÃO

Outro conflito no que diz respeito à rede é o binômio entre privacidade e acesso à informação, em que se questiona a categorização de um determinado conteúdo como público ou privado. Quando estes conflitos são discutidos sempre deverá ser analisado o caso concreto, pois são dois direitos essenciais para o ser humano.

A violação de privacidade em alguns casos é necessária para informar abusos, ou seja, a redução deste direito pode ser permitida em face da segurança pública coletiva, através da interceptação telefônica e quebra de sigilo bancário, por exemplo.

O processo de regulação da internet vem se configurando através de diferentes formatos, principalmente no que se refere às questões práticas, como o comércio e violação de direitos.

A fim de proteger direitos de forma efetiva no âmbito virtual, é preciso desenvolver uma regulamentação da rede, abrangendo conforme mencionado por Leonardi (2011) uma abordagem interdisciplinar. Nesse sentido, “o jurista necessita de consciência tecnológica, ou seja, não pode permanecer insensível diante dos 10 novos problemas decorrentes da tecnologia, devendo adotar uma atitude reflexiva crítica e responsável” (LEONARDI, 2011, p.126).

Para tentar lidar com os conflitos oriundos da nova realidade digital, surgiram algumas correntes doutrinárias que buscam explicar a tendência normativa (LEONARDI, 2011) e analisando essas modalidades de regulação, verifica-se que o direito desempenha papel essencial, uma vez que, através dele se dará as diretrizes para se atingir a tutela dos interesses pretendidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a internet inserida no cotidiano das relações sociais, sua regulamentação se revelou necessária frente a um ambiente de características fluidas, uma vez que a ausência de regras dificulta a determinação de direitos, deveres e a responsabilização dos indivíduos.

O Marco Civil da Internet no Brasil foi o primeiro passo para estabelecer direitos e deveres dos atores digitais e para superar seu complexo

sistema de relações. A Lei possui viés bastante principiológico, visto que busca orientar a interpretação das regras de modo que, à medida que a tecnologia avança, não faça o dispositivo regulatório perder a sua aplicabilidade e eficácia.

O que se buscou com essa ferramenta legislativa foi a preservação do equilíbrio entre direitos e garantias do provedor e do usuário, observando referências internacionais de segurança e o princípio da boa-fé na disponibilização dos dados necessários ao procedimento de fiscalização.

Diante da notória necessidade de princípios normativos para a proteção da privacidade, principalmente diante de um cenário dinâmico e de exposição de informações íntimas resultantes da utilização da internet, o Marco Civil que é uma lei infraconstitucional, pautada na Constituição, reconhece assim seu conteúdo de direitos fundamentais que possuem caráter diretivo.

Os direitos fundamentais são essenciais para uma vida digna e por isto necessitam de instrumentos legais para coibir eventuais transgressões que possam afetar a vida do indivíduo.

Ainda há uma lacuna significativa entre o direito e a internet, até porque quando falamos em legislar sobre a rede é necessário abordar o próprio direito à informação, privacidade, utilização de conversas de *whatsapp* como prova processual ou até mesmo a suspensão de serviços de um site devido a um conteúdo ofensivo e isto é inovador para o direito, doutrinas e jurisprudências.

A elaboração do presente trabalho permitiu explorar a importância de uma regulação da Internet, contudo, respeitando os limites essenciais do direito à privacidade, bem como os desafios enfrentados para que este seja garantido.

Portanto, a partir das ideias apresentadas pode-se concluir que a privacidade é um direito fundamental inviolável, todavia, não absoluto. E que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atrelados à análise do caso concreto parecem ser o caminho para que este direito fundamental seja resguardado e efetivo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226-229.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acessado em: 03/04/2019.

BRASIL. Lei nº 12.956, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm > Acessado em: 03/04/2019.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL BIANCO, Nelia Rodrigues; BARBOSA, Marcelo Mendes. **O marco civil da internet e a neutralidade de rede: dilemas, debates e impasses relacionados a este princípio na tramitação do projeto de lei**. Revista Eptic, vol. 17. nº 1. janeiro-abril, 2015, pp.5-19.

DOMSCHEIT-BERG, Daniel. **Os bastidores do WikiLeaks**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

DONNINI, Oduvaldo. **Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do Novo Código Civil**. São Paulo. Método. 2002. p.50.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 405-653.

REINALDO FILHO, Demócrito. Lei de proteção de dados pessoais aproxima o Brasil dos países civilizados. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5498, 21 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67668>>. Acesso em: 02 març. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 2016/679** do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31995L0046>> Acessado em: 03/04/2019

WALD, Arnaldo. **Os contratos eletrônicos e o Código Civil. In Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada.** Marco Aurélio Greco e Ives Gandra da Silva Martins: (coord): São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.15.