

# **DIÁLOGOS DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS**

## FGB/PEMBROKE COLLINS

### CONSELHO EDITORIAL

#### PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

#### CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)  
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)  
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)  
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)  
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)  
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)  
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)  
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)  
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)  
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)  
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)  
Glauca Ribeiro (UEA, Manaus)  
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)  
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)  
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)  
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)  
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)  
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)  
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)  
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)  
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)  
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)  
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)  
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)  
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)  
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)  
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)  
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)

ORGANIZADORES:  
CÂNDIDA CARVALHO, FELIPE REBÊLO, MARCONI CATÃO, WAGNER GUNDIM

# DIÁLOGOS DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS



**GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS**

Rio de Janeiro, 2019

**Copyright © 2019 Cândia Carvalho, Felipe Rebêlo, Marconi Catão, Wagner Gundim (org).**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

**GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS**

Rua Pedro Primeiro, 07/606

20060-050 / Rio de Janeiro, RJ

pembrokecollins@caedjus.com

www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

D536

Diálogos de direitos humanos e fundamentais / Cândia Carvalho,  
Felipe Rebêlo, Marconi Catão e Wagner Gundim (organizadores).

– Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

830 p.

ISBN 978-65-81331-07-8.

1. Direitos humanos. I. Carvalho, Cândia (org.). II. Rebêlo, Felipe (org.). III. Catão, Marconi (org.). IV. Gundim, Wagner (org.).

CDD 342.7

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

# SUMÁRIO

REGULAÇÃO PARA GARANTIA DO ABASTECIMENTO HÍDRICO ÀS COMUNIDADES RURAIS: PESQUISA EM COMUNIDADE RURAL DA CIDADE DE MOSSORÓ/RN.....17

*Jhéssica Luara Alves de Lima*

*Lindocastro Nogueira de Moraes*

*Carmem Tassiany Alves de Lima*

O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....35

*Daniela Vieira de Melo*

OS DIREITOS DA MULHER SOB A PERSPECTIVA DOS ESTADOS ÁRABES ISLÂMICOS.....53

*Najah Jamal Daakour Barakat*

*Luiz Rosado Costa*

AVANÇOS E DISCUSSÃO DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PARA A PESSOA IDOSA NA AMÉRICA-LATINA.....69

*Maurício Ferreira da Cruz Júnior*

*Luiz Rosado Costa*

FENOMENOLOGIA, SAÚDE MENTAL E LIBERTAÇÃO NO CONTEXTO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO.....86

*Ivone L. dos Santos*

A IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA.....103

*Vinicius de Almeida Santana Melo*

NENHUM HUMANO É ILEGAL.....	122
<i>João Antônio Johas Marques da Silveira Leão</i>	
<i>Rodrigo Bandeira Marra</i>	
CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NA BAHIA: ANÁLISE DOS IMPACTOS AMBIENTAIS EM COMUNIDADES PESQUEIRAS DESEN- CADEADOS PELO PORTO SUL.....	136
<i>Fernando Santos da Silva</i>	
O CONTRABANDO DE MIGRANTES E O TRÁFICO DE PESSOAS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS EM PLENO SÉCU- LO XXI.....	148
<i>Carlos Alberto Ferreira dos Santos</i>	
<i>Ronaldo Alves Marinho da Silva</i>	
SUPREMACIA DO NEGOCIADO EM FACE DO LEGISLADO: NATUREZA BIDIMEN- SIONAL DA LEI 13.467/2017.....	166
<i>Maria Priscila Soares Berro</i>	
<i>Daniery Ericka de Lima Lins</i>	
O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE UTILIZA CADEIRA DE RO- DAS E ENCONTRA-SE RECLUSA NO SISTEMA CARCERÁRIO AMAZONENSE.....	183
<i>Jonathan Lucas de Souza Teixeira</i>	
<i>Mônica Nazaré Picanço Dias</i>	
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE COMO DIREITOS ESSENCIAIS HUMANOS.....	201
<i>Adriano Fernandes Ferreira</i>	
<i>Francisco Pércles Rodrigues Marques de Lima</i>	
<i>Ulisses Arjan Cruz dos Santos</i>	
DIREITOS HUMANOS PARA ALÉM DA TERCEIRA DIMENSÃO.....	218
<i>Tiago Ferreira Santos</i>	
DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO EUROPEU: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO À VIDA NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA.....	236
<i>Carla Silva Julião</i>	

O RELATIVISMO CULTURAL E O PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO DO QUEBRANTAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS POPULAÇÕES NEGRA E LGBTQ+ NO BRASIL.....249

*Abrahão Alexandre Barros de Lima*

O CUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ENCONTRA-SE EM RISCO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO?.....263

*Jesus Tupã Silveira Gomes*

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE AOS DEFICIENTES.....280

*Rafael Haruo Rodrigues de Aguiar*

O RACISMO ESTRUTURAL PRESENTE NA VIOLÊNCIA SELETIVA E NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. ....297

*Antonio Carlos Gomes Ferreira*

*Claudiane Rosa Gouvêa*

O CIDADÃO DO FUTURO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL.....314

*Jackelline Fraga Pessanha*

*Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes*

A REGULAÇÃO DO USO DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA NO BRASIL PELA LEI 13.269/2016 COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À VIDA E À SAÚDE.....331

*Natália Pessoa de Oliveira*

*Edilla Lucena de Abrantes*

MEDIDAS DE SEGURANÇA: A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA INTERSETORIAL DO PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO INFRATOR INIMPUTÁVEL (PAI-PJ).....347

*Gabriela Lopes dos Santos*

*Alcilene Lopes de Amorim Andrade*

SISTEMA AQUIFERO GUARANI: IMPLICAÇÕES SÓCIAS - JURÍDICAS, HUMANAS E AMBIENTAIS NO BRASIL.....363

*Vilma Maria Inocência Carli*

ADOÇÃO INTERNACIONAL: ALTERNATIVA À INSTITUCIONALIZAÇÃO DELONGADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR.....377

*Pâmela Hamerschmidt*

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O CONTEXTO VIVENCIADO PELAS MULHERES NO MEIO CARCERÁRIO.....397

*Ana Paula Lemos Grinchpum*

*Vera Martins Veiga Rios*

VIOLÊNCIA LINGUÍSTICA E HATE SPEECH: UMA ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA DO DISCURSO DE ÓDIO EM TERRAE BRASILIS.....413

*Vinicius de Almeida Santana Melo*

MEIO AMBIENTE E BENS CULTURAIS SOB A ÓTICA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS .....432

*Ana Claudia Moreira Miguel Philippini*

*Renato Augusto de Alcântara Philippini*

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL SOB A ÉGIDE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – UM ESTUDO SOBRE O CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL PELA CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS.....445

*Ester de Souza Barreto*

*Wagner Wilson Deiró Gundim*

INTERVENÇÕES DO ESTADO NO CAMPO DA CULTURA: ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FINALIDADE E DA MOTIVAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS E AGENTES CULTURAIS.....466

*Renata Silva Gomes*

*José Bruno Aparecido da Silva*

*Fraikson Cleiton Fuscaldi Gomes*

ATENDIMENTO MÉDICO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS NORMAS TÉCNICAS E LEGISLAÇÕES VIGENTES NO BRASIL.....482

*Ravena Maria Souza Ferreira*

DIREITO A UMA ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SUA EFETIVIDADE NO BRASIL.....494

*Bárbara Moraes Mendes da Silva*

*Hortência Araujo Faria Bomfim*

*Jaqueline Araújo Cardoso Reis*

*Leandro Carvalho Sanson*

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PROMOÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E IGUALITÁRIA.....509

*Fernanda Pereira Costa Borini*

*Luiza Valentina da Silva Spornau*

*Maria Eduarda Meurer de Souza*

*Jonathan Cardoso Régis*

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....521

*Gustavo Madeira da Silveira*

DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA LIBERAL DE RONALD DWORKIN.....538

*Larissa Borsato da Silva*

A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER SOB A ÓTICA DO ESTUDO DE GÊNERO.....551

*Ravena Maria Souza Ferreira*

A INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO: QUESTIONAMENTOS ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE.....563

*Isabela Cristina Silva de Araujo*

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: A DOLOROSA TRANSGRESSÃO AOS DIREITOS HUMANOS .....585

*Edilla Lucena de Abrantes*

*Natália Pessoa de Oliveira*

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO JULGAMENTO DO FATO DA NAVEGAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL MARÍTIM.....603

*Lucas Sarmento Pimenta*

A DISCIPLINA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO HÁBIL PARA EFETIVAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM DOS PRINCIPAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTUDANTE DE GRADUAÇÃO.....620

*Vanessa Gurgel Gonzalez Corrêa*

MOVIMENTOS SOCIAIS E O RECONHECIMENTOS DOS DIREITOS DAS MULHERES ENQUANTO DIREITOS HUMANOS.....638

*Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha*

*Inácio Ferreira Façanha Neto*

*Diogo de Almeida Viana dos Santos*

*Irlane Regina Moraes Novaes*

BREVE ANÁLISE DE DESAFIOS QUE DIFICULTAM A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....655

*Naiane da Cruz Novais*

O DIREITO COMO MEIO DE FOMENTO OU DE OPRESSÃO AO MOVIMENTO FEMINISTA À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS .....669

*Leticia Christina Moraes Bezerra*

*Ricardo Tavares de Albuquerque*

O DIREITO À FELICIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA REUNIÃO FAMILIAR DOS REFUGIADOS.....685

*Selmara Aparecida Batista de Oliveira Silva*

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CONCEITO DE JUSTIÇA E A INTEGRIDADE DA PESSOA NAS PRISÕES BRASILEIRAS.....703

*Ana Paula Pessoa Brandão Chiapeta*

*Rafael Pacheco Lanes Ribeiro*

*Gabriel Toledo Silva*

REFUGIADOS: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....713

*Isadora Cortez Lustoza*

O ALONGAMENTO DAS MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS, A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.....728

*Roberta Aline Oliveira Guimarães*

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL E A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DO ESTADO.....745

*Isadora Cortez Lustoza*

*Tammilis Von Rondow*

UTILIZAÇÃO DO VÉU ISLÂMICO COMO SÍMBOLO RELIGIOSO: O CASO ZAÍRA SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO BRASILEIRO.....762

*Marcos Fernandes-Sobrinho*

*Arthur Bezerra de Souza Junior*

PROCESSO REGULATÓRIO DE LEITOS NO RIO DE JANEIRO: UMA SÚMULA HISTÓRICA.....774

*Carlos Eduardo Pessanha Boller*

*Natacha de Oliveira Brito São Bento*

*Ana Luiza Amancio de Farias*

*Paulo Alexandre de Souza São Bento*

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O CASO VLADIMIR HERZOG.....785

*Daniel Machado Gomes*

*Tiago da Silva Cicilio*

*Felipe César Santiago de Souza*

*Frederico Jacinto Cardoso Gazolla*

DIREITO À FELICIDADE: VIDA, MORTE E DIGNIDADE .....801

*Alexandre da Silva Vieira*

*Carla Sendon Ameijeiras Veloso*

*Larissa Pimentel Gonçalves Villar*

*Mery Chalfun*

A DUPLA JORNADA DE TRABALHO DA MULHER BRASILEIRA: AS DIFICULDADES TRABALHISTAS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO FAMILIAR.....819

*João Paulo Alfredo Carvalho da Costa Lima*



## 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 Universitaria 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 seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2019)**, que ocorreu entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 42 universidades e 24 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 08 livros do evento: Diálogos de direitos humanos e fundamentais, Direitos humanos e fundamentais: leituras interdisciplinares, Direito público: diálogos nacionais e internacionais, Direito privado contemporâneo, Solução de conflitos e instituições jurídicas, Crimes e segurança pública em perspectiva, Trabalho e segurança em perspectiva, Perspectivas de direito contemporâneo.

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 15 trabalhos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que alcançou mais de 90 trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2019. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Braga Lourenço (UniFG/BA), Klever Filpo (UFRRJ e UCP) e Michelle Asato Junqueira (UPM/SP). O trabalho premiado foi de autoria de Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Marinho sob o título “O contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas: um olhar crítico sobre as violações dos direitos humanos em pleno século XXI”.

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), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora FGB/Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

# REGULAÇÃO PARA GARANTIA DO ABASTECIMENTO HÍDRICO ÀS COMUNIDADES RURAIS: PESQUISA EM COMUNIDADE RURAL DA CIDADE DE MOSSORÓ/RN

*Jhéssica Luara Alves de Lima*

*Lindocastro Nogueira de Moraes*

*Carmem Tassiany Alves de Lima*

## Introdução

Considerando a conjuntura atual de acesso aos recursos hídricos, bem como a importância da água para a sobrevivência humana, a intervenção do Estado nessa área é necessária para fins de regular a matéria. Uma vez que trata-se de assunto de interesse coletivo, a regulação hídrica é fundamental para garantir tanto a sustentabilidade do uso econômico, quanto o abastecimento humano. A escassez de água, todavia, constitui entrave ao desenvolvimento da economia e à subsistência da população.

Diante deste cenário, a pesquisa **objetiva** analisar o abastecimento público de água às comunidades rurais, utilizando como referência a comunidade rural de Quixaba, no Município de Mossoró/RN, estudando se as providências adotadas pelo sistema gestor de recursos hídricos em relação à experiência desta comunidade respondem as demandas de regulação e apontando soluções para o problema da falta de água potável.

Nesse sentido, realizou-se pesquisa de campo na citada comunidade sobre o abastecimento de água potável na localidade. Essa comunidade

está localizada às margens da BR 110 e abriga sessenta famílias. Ao chegar à comunidade, identificou-se o problema da falta de abastecimento de água potável, razão pela qual o trabalho busca trazer uma contribuição para solucionar o problema. É preciso saber antes de tudo de quem é a propriedade da água, se é mercadoria e/ou direito humano fundamental (capítulo 1); como se dá o sistema de abastecimento de água e sua gestão no Brasil (capítulo 2); e verificar a crise hídrica na zona rural analisando o caso concreto em conjunto com as teorias, apontando soluções para o problema da regulação hídrica no local, com vistas a garantir dignidade humana às comunidades rurais (capítulo 3).

Água potável, segundo a Portaria do Ministério da Saúde nº 2.914/2011, seria a água que atende ao padrão de potabilidade e que não ofereça riscos à saúde. Dessa forma, e em consonância com o que disciplina a Fundação Nacional de Saúde e a Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 sobre saneamento ambiental e saneamento básico, temos que o abastecimento de água potável é o ato de tornar disponível água própria para o consumo humano, que não traga riscos à saúde. Essa água deve estar acessível a todas as pessoas, o que demanda do setor regulatório medidas efetivas para garantir o abastecimento de água potável às comunidades.

Dessa forma, a pesquisa faz uma abordagem sistêmica acerca do sistema regulatório hídrico no Brasil, eis que os sistemas são vistos como entidades globais e funcionais, fazendo um estudo sobre as inter-relações de suas diversas variáveis (CHIAVENATO, 2003), de modo a verificar se as providências adotadas pelo sistema gestor de recursos hídricos em relação à experiência dessa comunidade responde as demandas de regulação, com vistas a apontar soluções para o problema da falta de água potável para a zona rural.

## 1 Domínio da água no Brasil atual

De acordo com Pulido (2015), não há nos principais tratados internacionais sobre direitos humanos um reconhecimento expresso com relação ao direito a água, não sendo citado na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nem no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ou seja, não há um reconhecimento expresso internacional de que a água é um direito humano.

No Brasil, a atual Constituição Federal de 1988 diz que a água é um bem da União e dos Estados, todavia, não define se a água seria um direito humano e fundamental. Segundo a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997), a água é um bem de domínio público. O Código Civil diz o que são bens de domínio público, alegando que são os bens de uso comum do povo, a exemplo dos rios e mares. Embora a água seja reconhecida um bem de domínio público, não significa dizer que é gratuita, nos termos do artigo 103 do Código Civil, nem que é direito humano fundamental. Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, às respectivas autarquias e às fundações de Direito Público, bem com os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público (CUNHA; VEIGA; KELMAN, 2004).

Mesmo que a doutrina e algumas legislações falem em águas de domínio público, trata apenas do espaço geográfico pelo qual a água passa ou se encontra, ao que a Constituição Federal de 1988 reparte o domínio das águas entre a União e os Estados (COSTA; PERIN, 2009). No caso, segundo a Constituição Federal, os lagos, rios e quaisquer correntes encontrados em áreas da União são de seu domínio, assim como as águas que banhem mais de um Estado, as águas que sirvam de limites com outros países ou se estendam por território estrangeiro ou dele provenham, o mar territorial, os potenciais de energia hidráulica e os depósitos de água decorrentes de obra da União também o são. Por sua vez, aos Estados foram atribuídas as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, na forma da lei, as decorrentes de obra da União.

Como se verifica, a Constituição Federal modificou a concepção privada sobre o domínio da água com a publicização das águas, fruto tanto do reconhecimento de sua condição como bem essencial à vida, como de seu valor econômico, visto que é considerado atualmente como um recurso limitado (SANTOS; SANTOS, 2014). Para Ayla (2007), o ambiente está situado em posição de autonomia em relação às demais espécies de bens, não se tratando de bem público ou particular, mas de bem de interesse social, patrimônio comum da coletividade.

Em 22 de março de 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) redigiu um documento intitulado “Declaração Universal dos Direitos da Água”. Neste, constata-se que:

1 - A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão, é plenamente responsável aos olhos de todos.

2 - A água é a seiva de nosso planeta. Ela é condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano. Sem ela não poderíamos conceber como são a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura.

Mesmo concebendo a água como condição essencial de vida, o reconhecimento do direito à água como um direito humano advém do Comentário Geral nº 15 emitido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, no ano de 2002, que diz que o direito humano a água é indispensável para viver dignamente e é condição prévia para a realização de outros direitos. Diz ainda que o direito humano a água é o direito de todos a dispor de água suficiente, salubre, aceitável, acessível e barata para o uso pessoal e doméstico, alertando que o abastecimento adequado de água salubre é necessária para a manutenção da vida.

Especificamente às comunidades rurais, citado comentário estabelece que os Estados Parte devem adotar medidas para que a zona rural desfavorecida tenha acesso aos serviços de abastecimento de água em bom estado de conservação, não devendo o direito a água ser negado a ninguém em razão de sua habitação ou local em que está inserido. Afirma que o direito à água impõe três tipos de obrigações aos Estados Parte, quais sejam a obrigação de respeitar, proteger e cumprir. Especificamente quanto a obrigação de cumprir, tem-se as subdivisões facilitar, promover e garantir.

Como se verifica, a Constituição atual não reconheceu expressamente o direito de acesso à água potável, mas uma vez que o Brasil assinou tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e a água tem sido considerada como um direito humano, embora não expresso em legislação, tem-se que a água é bem essencial à vida. Embora ausente o reconhecimento expresso, isso não impede, no entanto, o reconhecimento do seu

caráter fundamental em decorrência da estreita vinculação com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana (GRANZIERA, 2006).

## 1.1 Água como mercadoria

Na atualidade, a água tem sido tratada como mercadoria e diante da cobiça humana foi instituída a indústria mundial da água que movimentava bilhões de dólares a cada ano e é considerada como o “ouro azul” (BARLOW; CLARQUE, 2003). As empresas defendem a gestão privada da água alegando que o fato de as sociedades terem sempre considerado a água como um bem social, fez com que seu preço fosse mantido artificialmente baixo, acarretando, via de consequência, um uso negligente, ineficaz e perdulário desse recurso. Por esta razão, sugerem que o preço da água deva ser elevado e estabelecido pelo mercado (GARCIA, 2008).

Entretanto, o tratamento mercadológico dado à água doce assombra e ameaça de forma excludente a maior parte da população mundial, sobretudo, aqueles que nasceram pobres e estão fadados a permanecer à margem da sociedade capitalista (AMORIM, 2009). Na visão de Torres (2007, p. 53), “o capitalismo necessita cada vez mais que coisas se transformem em mercadorias, para atender às novas necessidades estabelecidas, pelo fetiche e status simbolicamente instituídos no consumo das mercadorias.” Assim, a água tem sido vista como mercadoria, embora parte da doutrina seja contrária a essa classificação. Para Turatti (2014, p. 69):

(...) considerando a crise hídrica instalada, é necessário que os governos assumam seu papel de controle e gestão dos recursos hídricos, aplicando às políticas de água o conceito de sustentabilidade e equidade, sob pena de as privatizações avançar em tanto até o momento em que não seja mais possível o Poder Público interferir na distribuição desse bem considerado comum e fundamental.

Nesse sentido, Amorim (2011) entende que a água é um patrimônio público – um bem público e sua fruição tem de ser comunitária e usufrutuária em que todas as pessoas têm o direito ao seu usufruto para as necessidades vitais, todavia ninguém pode dela se apropriar ou assenhorear. É

válido ressaltar que o Brasil foi um dos países que por ocasião do 5º Fórum Mundial da Água, se recusou a reconhecer o direito à água como um direito humano fundamental, sob a alegação de evitar risco à soberania do País sobre o uso desse recurso.

A água é um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, conforme artigo 1º, incisos I e II da Lei nº 9.433/1997, o que significa que o usuário deve pagar para utilizá-la, sendo que o que se paga é a prestação dos serviços de captação de água e o seu tratamento (FREITAS, 2003).

O processo de mercantilização da água cria um cenário de exclusão e privação deste recurso para setores sociais historicamente desfavorecidos, a exemplo das comunidades rurais que sofrem com a falta de abastecimento de água potável.

## 1.2 Direito à água como direito humano fundamental

Com relação ao aparato legislativo para a garantia do direito à água como um direito humano fundamental é preciso reconhecer que há uma inequívoca carência de instrumentos. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), são necessários 20 litros de água por dia por habitante para consumo e higiene pessoal básica, sem considerar a necessidade de banho, que aumentaria a quantidade mínima para 50 litros por pessoa/dia (GARCIA, 2008). Ou seja, a água é bem fundamental para as necessidades vitais. Nesta seara, Turatti (2014) constatou que a relação entre ser humano e natureza é de total interdependência, onde o ser humano, em particular, depende da natureza para a manutenção da vida, razão pela qual compreende-se que o meio ambiente, incluindo a água potável, devam ser compreendidos como direito humano, posto que sem esse recurso natural, não há como existir vida.

Shiva (2006) comunga do mesmo entendimento ao tratar o direito à água como um direito natural. Para ela, a água pode ser usada, porém não pode ser possuída, ao que assim como as pessoas têm direito à vida, devem ter direito aos recursos que a sustentam, a exemplo da água. Assim, ela entende que o direito à água não pode ser tratado como um direito legal, posto que é intrínseco à manutenção da vida. Amorim (2011), por sua vez, ao defender que os direitos humanos representam a condição ideal

do ser humano, afirma que todos devem ter acesso, posto que, no seu entendimento, independem de textos jurídicos ou da intervenção do Poder Judiciário para sua concretização, visto que compõem a ética inerente à condição humana.

Para Fachin e Silva (2010), o acesso à água potável deve ser considerado um direito fundamental não apenas pelo fato de estar expresso na Constituição Federal, a exemplo da Bolívia e do Equador, posto que no Brasil não está positivado, mas está expressamente previsto como direito fundamental nas Constituições desses países pelo fato de ser um direito fundamental. No caso, entendem que a positivação do direito acontece após o seu reconhecimento no mundo dos fatos. Esses autores sustentam a necessidade de inserção do direito fundamental à água no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal com a seguinte transcrição “Todos têm direito de acesso à água potável, devendo o Estado criar condições necessárias à sua efetiva concretização” (FACHIN; SILVA, 2010, p. 12).

Segundo Santos (2001), a falta de água é um dos problemas que mais afetam os países do Terceiro Mundo, afirmação esta concretizada no período vivenciado e que afeta inúmeras pessoas em todo o mundo cotidianamente. A água é um bem fundamental e essencial e, portanto, essas características compõem o padrão do mínimo existencial. Sob esse entendimento, Torres (2009), alerta que a proteção ao mínimo existencial, pré-constitucional, está amparada na ética e se fundamenta na liberdade ou nas condições iniciais para o exercício desta, além de se amparar na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade.

Decidir se o direito à água é um Direito Humano ou um Direito Fundamental tem sido o ponto crucial de debates em nível global, e até o presente momento ainda não se definiu um consenso sobre a temática (PEREIRA, 2015). De toda forma, por ser um bem essencial e considerado de domínio público, deve o Estado atuar de modo a fazer a devida utilização e distribuição do bem à coletividade.

## 2 Sistema de abastecimento de água no Brasil e gestão dos recursos hídricos

De um modo geral, o sistema de abastecimento de água no Brasil segue um percurso que inicia-se com a captação da água em um manancial,

a qual vai seguindo pelas adutoras, que consistem de canalizações/tubulações para transportar água da captação para a estação de tratamento de água, onde esta será purificada. Da estação de tratamento, a água esta segue para o reservatório ou para a rede de distribuição, podendo funcionar por gravidade, recalque ou ambos (ALVES *et al.*, 2004 *apud* GOUVEIA, 2012).

Segundo Gouveia (2012, p. 31):

Caso o setor de abastecimento esteja localizado em uma zona baixa, a água que chega aos reservatórios pode ir diretamente, por gravidade, para a malha de distribuição. Porém, se o setor de abastecimento estiver em uma zona alta há duas possibilidades a serem analisadas. A primeira consiste em bombear a água para as torres de captação, através da Estação Elevatória, para então serem distribuídas por gravidade aos consumidores. A segunda possibilidade consiste em bombear a água diretamente à rede de distribuição.

Esse sistema de abastecimento de água brasileiro é gerido pelo modelo sistêmico de integração participativa, advindo com a Constituição atual. A diferença entre o antigo modelo econômico-financeiro e o atual modelo sistêmico de integração participativa é que este, além de examinar o crescimento econômico, também verifica a equidade social e o equilíbrio ambiental (BORSOI; TORRES, 1997). Para tanto, necessária a regulação dos recursos hídricos, garantindo assim um abastecimento de água de qualidade para todas as pessoas.

A literatura econômica sobre regulação não conseguiu, até a presente data, fornecer respostas definitivas para os problemas enfrentados pelo setor das águas, ao que subsistem interrogações seja quanto à estrutura de mercado ótima, seja em relação à gestão da escassez do recurso, seja quanto à forma como estas restrições devem ser contempladas nas políticas tarifárias, seja ainda na compatibilização de alguns objetivos da política de preços e na forma de os alcançar; consequência a isto, os países têm procurado enfrentar os problemas comuns e específicos com soluções reguladoras e de organização e estruturação setoriais particulares (MARTINS, 2007).

Para Henkes (2008, p. 61), a crise hídrica está mais relacionada com a gestão desses cursos, do que com a baixa disponibilidade do mesmo, ao afirmar que “o acesso à água e ao saneamento básico depende, sobretudo, de políticas públicas e governos comprometidos com os cidadãos”, entendendo que as políticas públicas representam o conjunto de ações implementadas pelo Estado e que têm por objetivo o efetivo acesso aos recursos hídricos. Para tanto, a regulação dos recursos hídricos se faz necessária, de modo a garantir às comunidades rurais o acesso à água.

## 2.1 Necessidade de regulação dos recursos hídricos

Embora o Brasil possua uma das maiores bacias hídricas do planeta e detenha 12% da água doce do mundo, o grande problema é a má distribuição desse recurso, sendo que a disponibilidade hídrica de Estados como o Rio Grande do Norte é insuficiente para atender a demanda (TOMAZ, 2001). Ademais, é de conhecimento que a população rural e a população mais pobre são discriminadas no acesso aos serviços (MARINHO, 2006). No caso do acesso à água não é diferente. Dessa forma, necessário o Estado regulador para acompanhamento gerencial da concretização dos direitos fundamentais levando em consideração opções regulatórias de encaminhamento do respectivo setor (ARANHA, 2015), no caso o setor de recursos hídricos.

Ao contrário do que se imagina, o Estado regulador é um Estado reconciliado com o mercado, em que este não é autônomo e independente, mas sim produto da regulação estatal (ARANHA, 2015). Não se pode dissociar o Estado e/ou o setor privado da responsabilidade e função social que assumem ao desempenhar seu papel.

Uma das razões que justificam a regulação de um setor é a garantia de que o serviço público seja prestado em condições adequadas, atendendo aos princípios básicos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade (GALVÃO JÚNIOR *et al.*, 2006).

Referente a regulação dos recursos hídricos, no ano de 2000, por meio da Lei nº 9.984, foi criada no âmbito da União, a Agência Nacional de Águas (ANA), que tem a natureza jurídica de autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, enquanto que

no âmbito estadual, foram criadas agências estaduais de serviços públicos concedidos e delegados nos Estados (FREITAS, 2003).

A ANA é entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, sendo competente para garantir a distribuição da água à população brasileira.

Em que pese a citada lei prever que a ANA é a responsável por promover a distribuição de água no território brasileiro, essa não tem sido cumprida em sua totalidade, uma vez que determinadas localidades do país sofrem com a falta de abastecimento de água, como em determinados pontos da zona rural. Assim, é preciso que a lei seja cumprida, seja por meio da canalização da água ou por intermédio de alternativas que levem água a população. Trata-se de necessária regulação do sistema de abastecimento de água no Brasil, visando gerir o sistema em prol do bem-estar da coletividade.

### 3 Estudo na Comunidade Rural Quixaba: desafios e soluções

Segundo o Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação, 884 milhões de pessoas no mundo não têm acesso à água potável segura (UNW-DPAC, 2005). Martins (2007, p. 31), ratifica os dados ao afirmar que “águas com qualidade adequada ao consumo humano estão cada vez mais distantes”. Na zona rural, por sua vez, esse problema é ainda maior, como é o caso da comunidade rural pesquisada, localizada às margens da BR 110 em Mossoró/RN, a qual abriga sessenta famílias e possui sérios problemas de abastecimento de água potável.

Conforme o citado programa, o abastecimento de água e a disponibilidade de saneamento deve ser contínuo e suficiente para à sociedade, incluindo a ingestão, o saneamento pessoal, a lavagem de roupa, a preparação de refeições, higiene pessoal e do lar. Ocorre que o consumo de água potável para uso pessoal e doméstico não é uma realidade em todos os lares brasileiros.

Em visitas a comunidade rural pesquisada, constatou-se a qualidade da água e o sistema de abastecimento da localidade. Citada comunidade recebe água do Rio Apodi-Assu, a qual é trazida por meio de encana-

mento até um chafariz localizado na entrada da comunidade. As famílias, utilizando-se de baldes, tambores, garrafas e latões, fazem a coleta da água do chafariz para suas residências.

A água fornecida à população da comunidade rural pesquisada possui uma baixa qualidade, com coloração, cheiro e sabor distintos do que seria uma água potável. Para tanto, é distribuída à comunidade filtros para purificação da água. Todavia, tais filtros são insuficientes em razão de sua pequena capacidade de armazenamento de água, sendo utilizada, apenas, para filtrar a água servida aos bebês da comunidade. Martins (2007) relata que a qualidade da água para consumo humano tem diversas dimensões, algumas das quais, observáveis pelo consumidor a olho nu, como é o caso do sabor, cheiro e coloração, mas existem outras características que, não sendo perceptíveis de imediato, são significativas para a saúde pública, razão pela qual a água deve passar por um controle de qualidade regular.

Figura 1 – Filtro de água distribuído à Comunidade Rural



Fonte: Arquivo pessoal

No caso da comunidade rural pesquisada, a qualidade da água supostamente deixa a desejar em parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e bacteriológicos, o que se depreende por meio dos relatos dos moradores da comunidade, os quais demonstraram descontentamento com a água a que têm acesso. Segundo os moradores, muitos deles já tiveram pedras nos rins e outros problemas de saúde relacionados à má qualidade da água, inclusive, receberam recomendação médica para consumir água mineral. O problema é que a comunidade é formada por pessoas com uma situação econômica desfavorável. O consumo de água mineral se torna ainda mais

oneroso em razão da distância em relação à zona urbana, a qual eleva o preço do garrafão de água para os moradores.

Em pesquisa, verificou-se que parte dos moradores filtram ou coam a água enquanto outra parcela, mesmo tendo ciência das péssimas condições da água, a ingerem sem nenhum cuidado. Embora a questão da saúde pública seja um problema na comunidade rural pesquisada, a preocupação inicial reside na própria distribuição da água. Dessa forma, a necessidade de regulação do sistema hídrico na comunidade é evidente, visto que há ausência de mecanismos para a implementação de medidas para fornecimento e manutenção de água de qualidade à comunidade.

Uma vez que o abastecimento de água para a comunidade é precário, a população local faz uso de meios alternativos para conduzir água até suas residências, a exemplo das cisternas, o que não tem funcionado a contento em razão da baixa pluviosidade na cidade. Assim, a comunidade sofre com a falta de abastecimento de água potável e deseja meios para garantir o acesso a esse recurso fundamental à vida.

O direito a água não está positivado, embora reconhecido como essencial à manutenção da vida e saúde. Essa ausência de posituação do direito a água não deve ser empecilho para garantir o abastecimento de água potável a quem dela necessita. Nesse sentido, Galvão Júnior (2009) entende que o acesso universal aos serviços de água no Brasil está amparado de forma implícita e explícita em várias legislações, inclusive de áreas afins, a exemplo dos recursos hídricos, ambiente, saúde pública, defesa do consumidor e desenvolvimento urbano. Para tanto, exemplifica:

Por exemplo, embora a Constituição Federal não reconheça de forma clara a universalidade do acesso aos serviços de água e esgoto como direito social, ao instituir como direitos a saúde e a moradia pode-se entender que contemple também o direito ao acesso aos serviços de saneamento. Isso porque, conforme ratificado amplamente na literatura (4–8), há correlação direta de causa e efeito entre saneamento e saúde. Essa interpretação está reforçada no artigo 1º da constituição, que estabelece, entre os fundamentos da República Federativa, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. (GALVÃO JÚNIOR, 2009, p. 549)

Corroborando com esse entendimento, inúmeras são as ações judiciais que demandam pelo abastecimento de água em determinadas localidades, ao que não caberia a negativa do direito ao fornecimento de água potável, porquanto se trata de serviço essencial à vida.

Por fim, importante mencionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 607.056), o qual entende que a água é um bem de uso comum do povo e não uma mercadoria: “Todavia, as águas públicas derivadas de rios ou mananciais são qualificadas juridicamente como bem de uso comum do povo, conforme os arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal, não podendo ser equiparadas a uma espécie de mercadoria (...).” E diz mais: “O tratamento químico necessário ao consumo não tem o condão de descaracterizar a água como um bem público de uso comum de todos.” Fica a reflexão sobre o direito à água como um direito humano fundamental.

## Considerações finais

A zona rural, a exemplo da comunidade rural pesquisada, sofre com a falta de abastecimento de água potável e com a carência de medidas aptas, adotadas pelo sistema regulatório hídrico, para a garantia do acesso à água. Assim, conclui-se que as providências adotadas pelo sistema gestor de recursos hídricos em relação à experiência da comunidade rural pesquisada não atendem as demandas de regulação hídrica na comunidade. Uma vez que o Direito está em constante transformação, é preciso postular o direito ao abastecimento de água potável, ainda que este não esteja positivado em lei, com vistas a ampliar o debate e garantir que o acesso a água seja um direito fundamental e humano. Dessa forma, a pesquisa propõe como solução ao problema da falta de água potável na localidade, a sua reivindicação judicial.

A água nem sempre foi considerada um bem fundamental. Até o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil regulamentava as águas com base, predominantemente, em regras privatistas (CORTE, 2013). No caso, “é a partir da leitura artigo 225 do diploma constitucional de 1988 e do artigo 3º da Lei nº. 6.938/81 que exsurge a justificativa para a qualificação da água como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro” (CORTE, 2013, p. 25). Por esta razão, o direito à água não possuía o tratamento protecionista que hoje possui.

Somente em 2010 a água foi considerada, expressamente, como um direito humano pela Resolução n.º 64/292, editada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e pela Resolução n.º 15/9, editada pelo Conselho de Direitos, ambos órgãos da ONU (CORTE; PORTANOVA, 2015). Ou seja, apenas recentemente a água tem sido considerada um direito humano fundamental, ao que a reivindicação judicial pelo abastecimento de água é um passo para seu reconhecimento legal. Trata-se de um processo de mudança em que o ser humano é o protagonista pelas mudanças sociais e legais.

Compete ao homem conhecer, explorar e transformar, por meio do uso da ciência e da técnica (CARLOS; WESSLER, 2008). Nas lições do filósofo Bacon (1979), ainda atual, a ciência não se trata de um conhecimento especulativo, nem de uma opinião a justificar, mas trata-se de um trabalho a fazer. Nesse sentido, mesmo na inexistência de norma regulamentadora expressa para reivindicar judicialmente o acesso à água potável, a pesquisa converge para a possibilidade do ajuizamento de ação junto ao Poder Judiciário para pleitear junto à agência reguladora responsável o abastecimento de água para a população, permitindo, assim, que novas pesquisas sobre o direito fundamental e humano à água estejam em pautas de discussões no afã de garantir seu acesso a todas as pessoas, seja da zona urbana ou rural, indistintamente.

## Referências

- AYLA, P. de A. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G. e LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALVES, W. C. *et al.* Macromedição - DTA D2. DTA D2 - Documento Técnico de Apoio nº D2, Ministério das Cidades - Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, Programa Nacional de Combate ao Desperdício de Água - PNCDA DTA D2, [S.l.], 2004 *apud* GOUVEIA, R. M. M. Modelo computacional de otimização para dimensionamento de redes de distribuição de água abastecidas por múltiplos bombeamentos. **Tese de doutorado**, Universidade Federal da Paraíba, 2012.

- AMORIM, J. A. **Direito das águas**: o regime jurídico da água doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. São Paulo: Lex Editora S.A., 2009.
- \_\_\_\_\_. Água e segurança humana: potencialidade de conflitos sobre um direito fundamental. In: BRAVO, Álvaro A. Sánchez.; LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **Agua**: estudios y experiencias. Sevilla: ArCiBel Editores, S.L., 2011.
- BACON, F. **Novum Organum**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BARLOW, M.; CLARQUE, T. **O Ouro Azul**: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books, 2003.
- BATISTELA, A. C.; BONETI, L. W. A relação homem / natureza no pensamento moderno. In: **VIII Educere**, Curitiba: PUCPR, 2008. v. 1. p. 1-18.
- BORSOI, Z. M. F.; TORRES, S. D. A. A política de recursos hídricos no Brasil. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 806, p. 1-15, 1997. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev806.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev806.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2016.
- CHIAVENATO, I. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. São Paulo, 6. ed. Editora Campus, Rio de Janeiro 2003.
- COSTA, T. P.; PERIN, A. C. de M. A gestão dos recursos hídricos no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**. 2009. 37p. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/499/497>>. Acesso em: 08 jan. 2016.
- CUNHA, E. C. N.; VEIGA, A. P. & KELMAN, J. Domínio e competência sobre os recursos hídricos no Brasil. **Revista Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 45, abr. 2004.
- FACHIN, Z.; SILVA, D. M. **Direito fundamental de acesso à água potável**: uma proposta de constitucionalização. 2010. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

- FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 2222 p.
- FREITAS, V. P. de (Coord.). **Águas**: aspectos jurídicos e ambientais. 2. ed. 2 tir. Curitiba: Juruá, 2003. 278p.
- Fundação Nacional de Saúde. **Guia de Vigilância Epidemiológica**. FUNASA, Brasília, 2014.
- GALVÃO JÚNIOR, A. de C. (Org.) **Regulação**: Procedimentos de Fiscalização em Sistema de Abastecimento de Água. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora Ltda./ ARCE, 2006. 160p.
- \_\_\_\_\_. Desafios para a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Revista Panamericana de Salud Publica/ Pan American Journal of Public Health**, 25(6), p. 548-556, 2009.
- GARCÍA, A. **El derecho humano al agua**. Madrid: Editora Trotta, 2008.
- GOUVEIA, R. M. M. Modelo computacional de otimização para dimensionamento de redes de distribuição de água abastecidas por múltiplos bombeamentos. **Tese de doutorado**, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. 188p.
- GRANZIERA, M. L. M. **Direito de águas**: disciplina jurídica das águas doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- HENKES, S. L. As decisões político-jurídicas frente à crise hídrica e aos riscos: lições e contradições da transposição do Rio São Francisco. **Tese de doutorado**, Universidade Federal da Santa Catarina, Florianópolis, 2008. 451p.
- MARINHO, M. S. J. Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto). **Tese de doutorado**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.
- MARTINS, M. R. V. Regulação económica no sector das águas: promoção da concorrência e sustentabilidade tarifária. **Tese de doutorado**, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2007. 290p.

- MOREIRA NETO, D. de F. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31 ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- PEREIRA, L. S. O Direito à água e sua proteção jurídica. 2015. Disponível em: <<http://lienespereirayahoo.com.br/jusbrasil.com.br/artigos/189325531/o-direito-a-agua-e-sua-protECAo-juridica>>. Acesso em: 08 jan. 2016.
- Programa da Década da Água da ONU-Água sobre Advocacia e Comunicação (UNW-DPAC). **O Direito Humano à Água e Saneamento**. 2015, 8p. Disponível em: <[http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human\\_right\\_to\\_water\\_and\\_sanitation\\_media\\_brief\\_por.pdf](http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf)>. Acesso em: 27 jan. 2016.
- PORTANOVA, R; CORTE, T. D. A (re)definição do tratamento jurídico da água no século XXI: um direito humano e da natureza. **XXIV Congresso Nacional do Conpedi**, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, UFMG/FUMEC/Dom Helder câmara, Belo Horizonte, 2015.
- PULIDO, C. B. A proteção do direito fundamental à água em perspectiva internacional e comparada. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-38, outubro 2015.
- SANTOS, B. de S. **Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. 3 ed. São Paulo: Editora Cortez, 2001.
- SANTOS, I. P.; SANTOS, J. H. P. O domínio das águas na ordem constitucional brasileira: o caso da fonte da batateira no cariri-cearense. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 317-335, Julho/Dezembro, 2014.
- SANTOS, E.; ROSSI, R. A regulação das águas no semi-árido baiano. **Revista Organizações & Sociedade**, Bahia, v. 12, n. 32, p. 63-77, Janeiro/Março, 2005.

SHIVA, V. **Guerras por água:** privatização, poluição e lucro. São Paulo: Radical Livros, 2006.

TOMAZ, P. **Economia de água:** para empresas e residências. São Paulo: Navegar, 2001. 112p.

TORRES, R. L. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

TURATTI, L. Direito à água: uma ressignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança. **Tese de doutorado em Direito**, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2014. 247p.

# O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL COMO VETOR INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Daniela Vieira de Melo*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo explorar vertente doutrinária recente que tem compreendido a fraternidade como categoria jurídica e não apenas como valor ético-moral, experiência ou princípio e sua consequente aplicação pelo Supremo Tribunal Federal para a efetividade de direitos fundamentais.

Os étimos constitucionais do Estado Moderno, fruto da revolução francesa- a liberdade, a igualdade e a fraternidade- sustentaram os pilares das sociedades modernas e contemporâneas. No entanto, alerta Elígio Resta que o sentido da fraternidade é anacrônico, permanecendo esta, ao contrário dos valores da igualdade e da liberdade, ainda “irresolvida” e com certo ineditismo nos dias de hoje.

A hipótese deste trabalho consiste em oferecer uma solução possível, mediante uma proposição: a de que a fraternidade poderia ser considerada como categoria jurídica apta para reger mais eficazmente relações jurídicas na sociedade contemporânea brasileira, garantindo direitos fundamentais, considerando o ser humano como ser igual em dignidade.

O Constitucionalismo Fraternal surgiu como novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo contemporâneo,

que remete à democratização no interior da sociedade, e não apenas perante o Estado; permite a dignificação de todos, mais do que o altiplano meramente formal.

Neste sentido, à luz da Fraternidade, os dispositivos garantidores de direitos fundamentais devem da Constituição Federal de 1988 devem ser aplicados e o STF como guardião primeiro desta tem se centrado na fraternidade para decidir grandes questões delicadas que têm lhes sido postas à julgamento.

A metodologia principal a ser adotada será desenvolvida em uma perspectiva jurídico-propositiva. Como método auxiliar a ser utilizado, escolheu-se o lógico-dedutivo e existem duas razões para tal. Em primeiro lugar, toda teoria ou um sistema dedutivo consiste em uma tentativa de explicação e conseqüentemente de solução de um problema científico. Em segundo lugar, uma teoria em um sistema dedutivo, pode ser criticada racionalmente através de suas conseqüências. É, então, uma solução experimental, objeto da crítica racional (POPPER, 2004, p. 27).

Para tanto, este trabalho é assim dividido: inicialmente, parte-se de uma periodização histórica que distingue, em linhas gerais, três grandes períodos no significado sociopolítico nas sociedades modernas a principiar pelas pelo paradigma do estado liberal, culminando no paradigma do Estado Fraternal. Colocadas estas premissas tratar-se-á da perspectiva do Constitucionalismo Fraternal como mecanismo tendente a possibilitar a garantia dos direitos dos diferentes homens, em seu caráter relacional; iguais em dignidade.

## 1 O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL: A TRÍADE LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE E O ESTADO LIBERAL, SOCIAL E FRATERNAL.

O Estado, na Modernidade, pode ser estudado a partir do desenrolar de cada etapa histórica, centrado na movimentação da sociedade em busca da realização dos seus interesses. Para Lênio Streck (2007: p. 21-22) a modernidade nos legou o Estado, o Direito e as Instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento como liberal, mais tarde o Estado

transforma-se, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces<sup>1</sup>.

Esta periodização histórica a que se refere tem como norte a distinção de três grandes períodos no significado sociopolítico (SANTOS, 2016) nas sociedades modernas, os paradigmas de direito nos Estados Liberal, Social e Fraternal.

Paradigma, no sentido dado por Habermas (1997: p.123), no sentido de que os modelos de Estados devem ser estudados como sistemas de direitos e princípios constitucionais a serem realizados no contexto percebido de determinada sociedade. Um paradigma de direito delinea modelo de sociedade para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram, naquele dado contexto, as funções normativamente a eles atribuídas.

O paradigma de Estado Liberal propugnou erigir obstáculos ao monopólio do poder absolutista. O Liberalismo justificou-se a partir das teorias filosóficas lançadas por filósofos como Locke, Montesquieu e Hobbes.

De maneira geral, tais ideias representaram-se pela difusão de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis; ideais próprios dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215. No entanto, o Constitucionalismo clássico pretendeu garantir os direitos individuais apenas no corpo legislativo, resultado da divisão de poderes.

Esclarece Silva Neto, dentre os caracteres desse estado chamado de liberal ou abstencionista, pode ser destacada a passividade no trato das desigualdades sociais. A isonomia estava assegurada apenas em uma tessitura formal. “Não se investigava a respeito da exigência de desigualdades havidas entre os indivíduos que impusessem atuação do Estado no sentido de eliminá-las, ou, na pior das hipóteses, mitigá-las.” (2013, p.40)

O Constitucionalismo clássico, nessa linha de intelecção, corresponde ao movimento político, social e cultural que, questionava, nos planos político, filosófico, e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, concomitantemente sugerindo a criação de uma forma de ordenação

---

1 Conforme salienta o jurista Lênio Streck, o Estado Moderno se estruturou das mais variadas formas, segundo as concepções políticas, filosóficas, sociais e econômicas de cada período histórico. Para permitir uma compreensão mais abrangente, o estudo histórico estará centrado nos paradigmas de Estado Liberal, de Estado Social e Estado Fraternal.

nova e da também nova forma de fundamentação política, “proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos de liberdade”. (BONAVIDES, 2008, p. 229)

Já o paradigma de direito do Estado Social, com o constitucionalismo social, tem fundamentos de natureza sociológica, política e jurídica, respectivamente, através dos movimentos sociais contestadores; das decisões das forças políticas como manifestação constituinte; e o fundamento jurídico no sentido de normatizar os sistemas de elementos sociais como forma de expressar o compromisso do Estado com a questão social. (SILVA NETO, 2013, p. 44-45)

De modo que a superação do paradigma de Estado Liberal, portanto, inspirado na corrente de ideias expostas por Rousseau, Hegel, Engels e Marx, trouxe no seu âmago a ampliação do rol de direitos fundamentais. A crise do liberalismo abriu caminho para o surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais. A partir de então os direitos sociais se tornaram o eixo das Constituições contemporâneas.

Advém desta soma de fatores, a necessidade de ampliação e concentração do papel do Estado como ente assistencialista para atender a demandas relacionadas com direito à saúde, moradia, assistência social, entre outros, concretizáveis através da atuação do Poder Executivo. Por isso, tal paradigma estatal também ficou conhecido como Estado Providência ou *Welfare State*.

Dessa maneira, a liberdade preconizada no Estado liberal não pôde mais ser relacionada com o princípio da legalidade estrita, porque o novo modelo de Estado -baseado no constitucionalismo social- pressupunha um conjunto de leis sociais e coletivas que passaram a reconhecer as diferenças materiais entre os indivíduos na sociedade, em prol de uma igualdade material. (BONAVIDES, 2008, p. 368).

Dentro desta linha evolutiva dos direitos, Bobbio (1972, p. 09) destaca, ainda, aqueles que comporiam a literatura dos novos direitos, citando o artigo de Jean Rivero intitulado: “*Sobre la evolución contemporanea de la teoria dos derechos del hombre*” destaca que incluem-se dentro desses novos direitos a solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente protegido, e à comunicação.

A partir desses ideais começou-se a costurar o que a doutrina atual timidamente tem chamado de Constitucionalismo Fraternal.

Do que se nota que o de direito do Constitucionalismo Fraternal consagra a fraternidade jurídica, protegendo interesses da coletividade, ou melhor, da humanidade, de ordem difusa ou coletiva lato sensu.

Com efeito, para Paulo Bonavides novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotada de altíssimo teor de humanismo e universalidade, a fraternidade tende a cristalizar-se no fim do século XX, enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado.

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chagando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. (BRITTO, 2003, P.216)

Tal sentimento de copertencimento ainda precisa ser desenvolvido, sob pena de se agregar os homens em massa, perdendo-se a ideia de identidade, em decorrência do coletivismo de massa, ou criação do homem-massa. A preocupação, segundo Ortega y Gasset é a de se: seria possível reformar o homem-massa, ou poderiam as massas despertar a vida pessoal? (2002, p. 112)

Ortega Y Gasset (2002, p. 112) destaca a compreensão de que a vida coletiva, também- denominada espírito da nação- é decorrente dos ideais iluministas e liberais do século XVIII, sobretudo França e na Alemanha.

Estas idéias demonstram uma supervalorização da idéia de coletividade que se colocaria acima, inclusive, acima do próprio indivíduo, singularmente considerado.

O constitucionalismo fraternal, desta maneira, surgiria como o modelo sociopolítico adequado para essa nova e multifacetada realidade que surge.

## 1.1 A Fraternidade como categoria jurídica

Segundo Fausto Goria (2008, p. 25), para a maioria, a resposta às perguntas anteriores seriam negativas, tendo em vista o papel de controle social que o Direito exerce, o de procurar a pacificação social.

Segundo essa concepção, a fraternidade poderia apresentar-se como experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em Direito, justamente para assumir um caráter estável e institucional. Apesar de parecer à primeira vista contraditória a ideia de fraternidade, posto que seria pautada, por sua própria natureza, na não violência e o Direito existe, em primeiro plano, para regular convivência pacífica (GORIA, 2008, p. 26).

Cumprir destacar a precisa lição de MACHADO (2014) que destaca que esse tema é considerado por alguns como meta jurídico. No entanto, mister que seja posta uma premissa, sem qual a fraternidade não pode ser perseguida: o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos. Evidentemente que tal igualdade é antes de tudo uma igualdade em dignidade. É entender a pessoa visando sua própria realização em comunidade.

No campo da prática do direito é possível perceber que a fraternidade pode ter por fundamento, como ressalta Fausto Goria (2005, p. 28), o forte impulso à sua eficácia, de acordo com o seu papel social e é a partir desse ponto de vista que se pode colocar no plano da efetividade das normas.

Assim, a fraternidade funcionaria como mais um ajudante para a eficácia do Direito, fomentando experiências práticas tais como a mediação e a conciliação, entre outros, realizada entre indivíduos colocados em um mesmo patamar. Destarte, para ele não haveria necessária exclusão entre a fraternidade e o Direito.

As sábias palavras de Fausto Goria (2005, p. 31) alertam de que é preciso aumentar a sensibilidade social, a fim de permitir sua tradução

em preceitos mais específicos. Como de resto aconteceu, durante séculos, com os princípios da liberdade e da igualdade.

Elígio Resta (2003, p. 14), questiona se seria possível que a modernidade sobrevivesse. O anacronismo que a fraternidade sugere também tem o poder de sugerir “continuidades descontínuas naquela história de modernidade da qual ouvimos decretar superamento”. Trata-se de um modelo de regra de comunidade política, modelo não vencedor, mas possível.

O autor exalta a fraternidade como categoria jurídica. Para ele (2004, p. 133-134), existem estruturas fundamentais do direito fraterno, tais como: direito jurado em conjunto; voltado para o futuro; que está livre de obsessão de identidade; presente na forma dos direitos humanos; que sugere uma antropologia dos deveres; é não violento e inclusivo. É uma aposta na diferença.

Sandra Martini Vial (2007) esclarece, com precisão, as razões subjacentes às ideias fraternais de Resta. A fraternidade não é vista apenas como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual, mas como categoria jurídica. Não é um sentimento ingênuo de que se deve amar mutuamente. O Direito Fraterno rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, e da sociedade moderna.

Segundo o autor<sup>2</sup>, a fraternidade, como um dos três pilares da revolução francesa, foi esquecida, visto que os demais valores, igualdade e liberdade teriam, eles mesmos, influenciado os eventos históricos seguintes, mas a fraternidade, mesmo com a sua importância, foi timidamente desenvolvida.

Mas o presente impõe cada vez mais, com a visão do global, que a fraternidade apareça com força. Assim passou-se a alargar a ideia de proximidade, de respeito ao próximo, e ainda imaginando a fraternidade como um ideário para o futuro para as futuras gerações.

A fraternidade enquanto *ideal* do porvir, foi tratada por José Roberto Dromi (1997, p.108) que tratou do Constitucionalismo do futuro, o qual deveria identificar-se, dentre outros valores fundamentais, com a solidariedade<sup>3</sup>, premissa através da qual denota-se:

---

2 Inicia seus estudos na década de 80, somente publicando seus livros alguns anos depois.

3 Neste sentido, os valores seriam: a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade. Então a solidariedade aqui é vista como valor, e não se faz distinção entre fraternidade e solidariedade.

(...) uma perspectiva de igualdade, baseada na igualdade entre os povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social. Vê-se que a solidariedade est. pautada em três vertentes: a primeira que almeja a solidariedade entres diferentes povos; a segunda que preconiza a necessidade de transnacionalização constitucional de direitos de solidariedade, considerando que muitos textos constitucionais não dispõem da previsão da solidariedade nesta dimensão fraternária; e, na última vertente, observando-se a tendência da terceira dimensão de direitos, a solidariedade aparece como o respeito à especificação dos sujeitos onde cooperação, tolerância, redução das desigualdades de gênero, de etnia, de religião são exigências na consagração da Constituição enquanto instrumento de agregação das diversidades e não mero mecanismo de proteção das minorias.

Da transição histórica que comporta a ideia de fraternidade na antiguidade clássica para a fraternidade na modernidade dos ideais iluministas, passa-se de um sentimento, uma ideia abstrata, para transmutar-se em regra, categoria jurídica, em direito. Nesse sentido, conforme se diz na linguagem comum, o descaso com a fraternidade enquanto regra, seria um contratempo (RESTA, 2004, p.13). Ou seja, andou-se contra o tempo, em um fluir contrário ao fluxo das ideias que foram pregadas na modernidade.

A fraternidade tendo timidamente aparecido no contexto das revoluções liberais ressurgiu agora retomando anacronicamente, as condições em que se havia apresentado. Segundo o autor esse hoje, quer significar o tempo atual em que o modelo estatal vigente traz a ideia de cidadania ligada a estreitos limites e inclui os cidadãos de determinados territórios, excluindo os dos demais.

O direito fraterno coloca, pois, em evidencia toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar comum, somente em

cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras os direitos humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, se não graças a própria humanidade (RESTA, p.13)

Quem desejasse realizar a *civitas máxima*<sup>4</sup> deveria esvaziar o conteúdo das soberanias estatais. Inclusive pelo que o direito fraterno pode ser a forma mediante a qual pode crescer um processo de auto responsabilização.<sup>5</sup>

Para Machado (2014, p. 169), a fraternidade e o direito não se excluem, inclusive sendo considerada e proclamada, junto com os valores liberdade e igualdade, ao longo das constituições modernas em todo o mundo. No entanto, ressalta que a fraternidade somente pode ser perseguida se se reconhecer que todos os seres humanos são *iguais em dignidade*, ou seja, a dignidade em que a pessoa se realiza em comum unidade, em um contexto relacional, dando destaque aos direitos transindividuais.

## 2. A APLICAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante de tudo quanto foi exposto em linhas pretéritas, considerando a fraternidade como categoria jurídica, é preciso tratar do Constitucionalismo Fraternal a partir da interpretação do fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal. Para Ayres Britto, (2003, p. 210) é imperioso considerar que se está diante do Constitucionalismo Fraternal que é uma fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade.

O Constitucionalismo fraternal surge como um novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo contemporâneo que remete a uma democratização no interior da sociedade, e não apenas “nos

---

4 Governo mundial de abertura democrática.

5 Hoje, talvez, mais do que antes, se consiga vislumbrar as premissas de uma *civitas máxima*, mesmo que de forma incipiente, como com a criação, por exemplo, do Tribunal Penal Internacional que requer uma codificação supranacional.

escaninhos do Estado e do Governo, uma dignificação de todos, mais do que ante ao direito.” (BRITTO, 2003).

O Constitucionalismo Fraternal (BRITTO, 2003) é fruto da evolução do Estado moderno que passou do Estado democrático de Direito para o Estado, por ele denominado como de fundamentalidade fraterna cuja Constituição ostenta um traço de democracia fraternal.<sup>6</sup>

O Direito Fraternal rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, e da sociedade moderna cujas contingências a tornam complexa e ilimitadamente mutável.

Considerando a fraternidade como categoria jurídica, para Ayres Britto (2003, p. 210) é imperioso considerar que se está diante do Constitucionalismo fraternal que é uma fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da fraternidade.

Entendido, destarte, a importância do presente estudo concebe-se a fraternidade não apenas como um simples princípio ou ideal de filosofia política ou social, ou mesmo como categoria política. Dada a sua importância, deve ser analisado como uma categoria jurídica que pode inclusive influenciar a própria ideia de limitação do poder, o constitucionalismo.

A jurisprudência do STF tem se manifestado no sentido de consolidar o olhar fraterno sobre temas constitucionais de delicada importância.

Na ADI 3.768-4/DF (STF, 2007, on-line) proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU), deliberou-se sobre a (in) constitucionalidade do art. 39 da lei 10.741/03 que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos idosos com idade superior a sessenta e cinco anos.

Indica a relatoria que o direito ao transporte gratuito do idoso, não é um fim em si mesmo, mas decorrente da qualidade de vida digna, do direito à mobilidade urbana “para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos.” Em seu voto, mais uma vez, o Ministro Carlos Ayres Britto descortina o novo constitucionalismo que ele chama de fraternal, ressaltando que os italianos o chamam de altruístico. Acompanha o voto da relatora, acrescentando que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma socieda-

---

6 Sobre o tema, o livro BRITTO, Carlos Ayres. *Humanismo como categoria constitucional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora fórum, 2012, p. 31-35.

de livre, que é a liberdade em seu aspecto político; justa em homenagem à dimensão social de ações distributivistas e solidária de dimensão fraterna.

Obtempera, portanto, que o direito à gratuidade dos transportes públicos aos idosos não se trata de direito cuja ação é alcançada por meio de distributivismo, senão que seria nova categoria jurídica. É ação de cunho fraterno que visa compensar as desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais fragilizados como negros, índios, mulheres, deficientes físicos, idosos, entre outros.<sup>7</sup>

Mais recentemente, a ADI 5357/DF (STF, 2016, on-line), julgada em junho de 2016, tratou sobre a pessoa portadora de deficiência. Com a promulgação da Lei n° 13.146/2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONEFEN) em face do parágrafo 1º do art. 28 e artigo 30 caput, especialmente pela presença nestes dispositivos do adjetivo “privadas”. O questionamento seria sobre a obrigatoriedade das escolas privadas oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas portadoras de deficiência. Tal fato ensejaria um alto custo para as escolas privadas, segundo o arguente, o que violaria os princípios constitucionais da ordem econômica e livre iniciativa.

O Ministro relator Edson Fachin ressaltou, em seu voto, que o princípio da isonomia não se esgota com a simples previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas que abarca, sobretudo, a previsão de medidas que realmente possibilitem tal acesso e sua concretude. Um dos fundamentos da decisão pela constitucionalidade do aventado dispositivo baseou-se, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, no princípio da igualdade “não apenas a igualdade formal e material como, sobretudo, a igualdade como reconhecimento aplicável às minorias e à necessidade de inclusão social do deficiente.” (STF, 2016, on-line).

O relator ressaltou a importância da “responsabilidade pela alteridade” que conforme visto no primeiro capítulo é característica do Direito fraterno, a ideia de que todos são responsáveis pela consecução de direitos fundamentais. Há uma corresponsabilidade.

---

7 No mesmo sentido foi a ADI 2649-6 DF, reatada pela Ministra Carmen Lúcia. Nessa ação, a Associação Brasileira de Transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros (ABRATI) arguiu a inconstitucionalidade da lei n 8.899/94 que concede passe livre a pessoas portadoras de deficiência física.

Deve-se atentar também para o ponderado voto do Ministro Gilmar Mendes que trouxe à baila a necessidade de aplicação de regras de transição, o que nos Estados Unidos da América é chamado de *sunset legislation*, ou melhor, uma legislação de experiência, com acompanhamento por meio de relatórios para elucidar, se as pretendidas transformações estão sendo efetivamente realizadas. Tudo isso para não se cair em fálácias de ambiguidade, em leis simbólicas esvaziadas de efetividade.

Já na perspectiva da proteção de gênero, buscando a sua igualização em dignidade, a ADC 19/DF (STF, 2014, on-line) declarou, por unanimidade, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei Maria da Penha, tendo como um dos argumentos o Constitucionalismo fraterno, tanto no voto da Ministra Ellen Grace como do Ministro Carlos Ayres Britto.

Segundo decidiu a Corte Constitucional, o artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros. Esta interpretação está harmonizada com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades físicas e moral da mulher e a cultura brasileira. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06 mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, ao prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

De modo que, a partir desse olhar, vislumbra-se que o segmento social das mulheres tem de transitar com igual desembaraço pelos espaços institucionais da sociedade. A fraternidade deve ser vista como categoria jurídica e “não como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual tão somente” (STF, 2014, on-line).

No ADPF 132/RJ (STF, 2011, on-line), o proponente da ação requereu que se declarasse, em sede liminar, a validade de decisões administrativas proferidas que equipavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis. Requereu também a suspensão dos processos e dos efeitos de decisões judiciais em sentido oposto.

Postulou, ainda, subsidiariamente, para a hipótese de não cabimento da ADPF 132, seu recebimento como ADI, imprimindo interpretação conforme a Constituição de alguns dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, bem como do art. 1.723 do Código Civil.

Um dos fundamentos na busca da igualdade moral ou civil, mais do que econômica, de seguimentos sociais que foram desfavorecidos historicamente foi o constitucionalismo fraternal. “Isto de parêntese com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural” (STF, 2011, on-line).

Por derradeiro<sup>8</sup>, a discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança também foi alvo de olhar atento no Supremo Tribunal Federal brasileira. A ADI 3510/DF (STF, 2010, on-line) foi proposta pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 5º da Lei de Biossegurança<sup>9</sup> em que sustentou o arguente que o referido dispositivo contrariaria a inviolabilidade do direito à vida –considerando o embrião humano como ser humano dotado de vida- e atentando contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias objetiva o aperfeiçoamento no tratamento de patologias. Para dar esse importante passo da ciência, a lei de Biossegurança trouxe uma alternativa de utilização dos embriões reproduzidos *in vitro* que se tornaram excedentários.

---

8 Diversos julgados ainda tiveram por fundamento o Constitucionalismo fraterno-seja em acórdãos seja nas decisões monocráticas- para a proteção dos direitos das minorias, para atingir a tão aclamada dignidade em igualdade, sobretudo, neste aparte, sobre a não discriminação de gênero. Seriam eles: o [HC 106212 / MS](#), de relatoria do Ministro Marco Aurélio; ARE 973598 / SP que foi decidido em outubro de 2016; RE 607830 / RJ; entre muitos outros que poderiam ser citados, o que mostra como tem se sedimentado na Corte Suprema brasileira o olhar fraterno.

9 Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis ; II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. (STF, 2010, on-line)

Segundo o Relator, Ministro Ayres Britto, inexistiria ofensa ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, afinal a pesquisa com células-tronco embrionárias excedentárias significaria “a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.” (STF, 2010, on-line).

Ao que se pode extrair desse breve passeio pelas decisões do Supremo Tribunal Federal é que as questões mais emblemáticas recentemente nele discutidas tiveram por fundamento constitucional mais assente a fraternidade. A fraternidade entendida como categoria constitucional apta a dignificar os seres, a resgatar uma dívida pungente de setores historicamente desfavorecidos, abrindo-lhes possibilidades de alcançar a real dignidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo fraterno surgiu como novo patamar de fraternidade, como característica do constitucionalismo contemporâneo. Juntamente com a dignificação dos indivíduos dentro de uma coletividade- respeitadas as suas pluralidades individuais- não se podendo esquecer também que ela alcança a dimensão da discussão sobre o binômio inclusão/exclusão.

Insta salientar que um dos pontos mais controversos ao se tratar da fraternidade é sobre a dificuldade que existe de se alinhar a teoria fraterna à sua prática, sobretudo dando-lhe contornos jurídicos. Este artigo teve por intenção trazer a lúmen a aplicação da teoria do Direito Fraterno na

práxis jurídica dos tribunais, como meio de concretização de direitos fundamentais.

Esse problema de fundamentação da fraternidade ocorre, porque existe um abismo entre a utopia e a prática fraterna. As pessoas, quando indagadas sobre o fundamento do agir fraterno, recorrem ao argumento do mundo melhor, sem questionar-se sobre a natureza distinta do ideal e do real.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal tem fomentado seu papel na atualidade como agente regulador do discurso ideológico da fraternidade na sociedade para solidificar a garantia dos direitos fundamentais, tais como a discussão sobre células-tronco embrionárias; união homoafetiva; gratuidade do transporte público para pessoas idosas e para pessoas com deficiência, entre outros.

Nesse sentir, a teoria fraterna tem sido utilizada pela Suprema Corte Brasileira com muita cautela, pois a fraternidade não deve ser usada como argumento equivocado para discussões de ideologias. A fraternidade deve ser desenvolvida de acordo com “uma teoria geral” que seja dotada de racionalidade, impedindo-a de ser distorcida, de ser utilizada como ideologia para que se consiga conectar a utopia à prática fraterna.

A fraternidade ideologizada consiste em atributo interno do próprio homem; a fraternidade juridicizada consiste em um atributo exterior que conecta a teoria à prática. Todavia, a fraternidade não é vista só no campo apenas do direito subjetivo, senão corresponde a ética da responsabilidade. É dever do Estado, cumprindo mandado constitucional de cumprimento dos direitos fundamentais.

A proposta aqui foi instigar, sugerir, fazer refletir. Não existem respostas prontas, Mas a fraternidade pode associar-se ao direito para impulsioná-lo à eficácia, ao altiplano da efetividade das normas que é, sem dúvida, o maior exemplo da aplicação prática da fraternidade. E este papel tem sido assumido pelo Supremo Tribunal Federal com foco máximo na dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADC 19/DF. Inteiro teor do Acórdão, p. 52 de 73. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014. Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <ADI 2649, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2008, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-01 PP-00029 RTJ VOL-00207-02 PP-00583 LEXS-TF v. 30, n. 358, 2008, p. 34-63. Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049. Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>> Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal* (HC 106212, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 10-06-2011 PUBLIC 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327). Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal* (ARE 973598, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 06/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 11/10/2016 PUBLIC 13/10/2016). Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal* (RE 607830, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/02/2015, publicado em DJe-064 DIVULG 06/04/2015 PUBLIC 07/04/2015). Acesso em: 02 Jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Superior tribunal de Justiça*. REsp 1.057.274, Rel Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, Dje 26/02/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201057274>> Acesso em: 02 Jun. 2019..

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Humanismo como categoria constitucional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora fórum, 2012.

DROMI, José Roberto. *La reforma constitucional, El Constitucionalismo Del “por-venir”*. La reforma de La constitución. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Cavero; ENTERIA, Eduardo Garcia de 9Coord). *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Fundación banco Bilbao Vizcaya.

GORIA, Fausto IN: CASO, Giovanni ... [et al.] (organizadores). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense, Anais*. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.

- \_\_\_\_\_. Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. São Paulo: ideias & letras, 2013.
- MACHADO, Carlos Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. Tese em doutorado em Direito da USP. Disponível em < [http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=17079](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=17079)>. Acesso em: 20 AGO. 2016.
- MARTINI VIAL, Sandra Regina. *Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita, Contribuciones desde Coatepec [online] 2007, (enero-junio) : [Date of reference: 2 / junio / 2016]* Disponível em:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28101207>> ISSN 1870-0365 .
- NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Edição Eletrônica Riendo Castigat Mores. Ebook.
- POPPER. Karl. *Lógica das Ciências sociais*. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 2004.
- RESTA, Elígio. *O direito fraternal*.(trad. Sandra Vial). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

# OS DIREITOS DA MULHER SOB A PERSPECTIVA DOS ESTADOS ÁRABES ISLÂMICOS

*Najah Jamal Daakour Barakat*

*Luíz Rosado Costa*

## 1 INTRODUÇÃO

O Islamismo é uma das três principais religiões monoteístas, ao lado do Judaísmo e do Cristianismo, cuja origem comum está no patriarca Abraão. É também a segunda maior religião, depois do catolicismo, com número superior a um bilhão de adeptos pelo mundo. Embora, na península arábica, atual Arábia Saudita, tenha surgido o Islamismo, o maior país muçulmano é a Indonésia, que sozinha tem mais de duzentos milhões de muçulmanos, enquanto que os países árabes juntos têm aproximadamente trezentos milhões de adeptos (RUIC, 2017).

Nesse sentido, salienta-se que o Direito Islâmico se distingue dos outros ordenamentos pela ausência de distinção entre os aspectos religiosos e seculares. Devido a essa característica, o propósito deste trabalho é analisar o direito das mulheres muçulmanas nos países árabes. Como é de conhecimento comum no mundo Ocidental, há relatos de que algumas destas acabam sofrendo, mutilação genital, violência e abuso sexual, casamento forçado, apedrejamento e execução em praça pública, além de diversas censuras já que o respeito aos direitos e à qualidade de vida delas continua sendo negado em muitos países árabes-muçulmanos.

Quanto à metodologia, toma-se como base para classificação da pesquisa o critério proposto por Vergara (1998) que a qualifica quanto aos fins

e quanto aos meios. Quanto aos fins, a pesquisa é descritiva, pois pretende descrever os direitos das mulheres nos países árabes muçulmanos. Quanto aos meios a pesquisa é bibliográfica e documental. Bibliográfica visto que se recorrerá ao uso de textos com contribuições dos autores em estudos analíticos publicados em livros, artigos, teses e dissertações. Documental uma vez que é feito, igualmente, uso de textos sem tratamento analítico.

Serão analisados, assim, analisados os conceitos relevantes sobre a definição da *Shariah*, da *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos* e a conseqüente evolução dos direitos das mulheres árabes com o advento do Islã.

## 2.A DEFINIÇÃO DO DIREITO DA MULHER DA SHARIAH

A *Shariah* nada mais é que a lei determinada por *Allah*<sup>10</sup> aos seres humanos, a fim de regulamentar a relação dos indivíduos com Seu Criador, entre si e com a criação. Caso perfeitamente seguida, possui o objetivo de promover a felicidade e a justiça plenas nas relações humanas. Inclusive, destaca-se que esta normatização parte do Alcorão e dos ensinamentos do Profeta Mohammad Ibn Abdullah, considerando-as fonte de conhecimento imutáveis e eternos, já mantidas e seguidas há quinze séculos.

Devido a uma perspectiva patriarcal e de influências tribais, a aplicação dos valores de igualdade, dignidade e justiça determinados pelo Alcorão e pela *Sunna* tornaram-se mais restritos:

Historicamente, o sul da Arábia experimentou diversas manifestações culturais a partir do século IX a.C. com o florescimento do Reino Mineu, situado no interior do atual território do Iêmen e bem estabelecido ao longo da costa do mar Vermelho. Seus súditos eram pastores e nômades que tentaram se adaptar ao sedentarismo, atitude não muito bem-sucedida em decorrência dos choques tribais que eram frequentes. Não obstante, esta tentativa de unificação de clãs resultou numa mescla cultural que até hoje é visualizada (MORÊZ, 2008, p. 27).

---

10 Nome pelo qual é designado Deus no Islamismo.

Nesse sentido, a figura feminina foi a principal vítima da paralisação da prática do *Ijtihâd*<sup>11</sup>. Seus direitos, que foram reconhecidos inicialmente na era muçulmana, foram desacreditados com o desenrolar do tempo devido a uma interpretação restritiva dos textos sagrados. Por isso, costumes e decisões desfavoráveis à emancipação das mulheres foram encarados como regras imutáveis.

Mas, apesar das influências tribais e contra a visão patriarcal, foi elaborada em 1981 a *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos*, que baseada no Alcorão e na Sunna, confere os direitos básicos também às mulheres, como será demonstrado no subtópico a seguir.

## 2.1 Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos

O Islamismo surgiu a fim de integrar os povos árabes por meio da fé islâmica a qual revelou, de acordo com o Alcorão, determinações comportamentais e políticas que se consolidaram como regras fundamentais para o povo muçulmano, moldando os hábitos e os costumes desta região.

Deve-se destacar que os princípios pregados pelo islamismo por meio do Alcorão, da *Sunna* e da *Shariah* sofreram diversas modificações ao longo do tempo, na aplicabilidade em distintos países islâmicos de acordo com as influências e interpretações locais dadas aos textos sagrados. Devido a isso, este subtópico tem como objetivo abordar a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 19 de setembro de 1981 pelo Conselho Islâmico em Paris.

Destaca-se que ela é o segundo documento oficial proclamado pelo Conselho Islâmico (O primeiro foi a Declaração Islâmica Universal) a fim de marcar o início do 15° século da Era Islâmica que trouxe consigo adaptações da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, voltada para os princípios islâmicos continuamente mencionados na nova declaração. Além disso, com o objetivo de conferir honra e dignidade à humanidade, esta é formada por vinte e

---

11 *Ijtihâd* (داهتجا) em seu sentido estrito significa grande esforço que uma faz, no caso do islamismo, é uma reunião de ulemás e juristas muçulmanos para interpretar os textos sagrados do islamismo e deles deduzir o direito islâmico e informar o fiel sobre a natureza de uma ação (se é lícita, ilícita, reprovável, etc.).

três incisos, cada qual assegurando um direito individual de natureza humana com embasamento direto no Alcorão.

Deve-se salientar que os direitos humanos no Islã estão firmemente enraizados na convicção de que *Allah* é a fonte de todos eles e o responsável pela formulação das leis. Por isso, devido à origem divina, nenhum indivíduo, seja representado por um governante, seja por uma assembleia ou por qualquer autoridade, pode reduzir ou violá-los.

Apesar de ainda haver casos de mulheres que são mantidas em cativeiro no mundo islâmico, como o de Sahar Gul (BBC NEWS, 2013) uma menina afegã que havia sido obrigada por sua família a se casar e que em 2011 foi encontrada em um porão pela polícia afegã, isso vai de encontro à Declaração. Afinal, após ter sido obrigada a casar, ela era mantida em cativeiro pelo seu marido, sendo espancada e torturada, segundo a polícia, por se recusar a trabalhar como prostituta. Sem mais, deve-se salientar que o Afeganistão não é um país árabe, mas persa, e, além disso, um dos objetivos da Declaração é garantir a liberdade entre todos os seres humanos, como previsto no Inciso II – B (CONSELHO ISLÂMICO, 1981):

Todo o indivíduo e todos os povos têm o direito inalienável à liberdade em todas as suas formas, física, cultural, econômica e política – e terá o direito de lutar por todos os meios disponíveis contra qualquer infringência a este direito ou a anulação dele; e todo indivíduo ou povo oprimido tem o direito legítimo de apoiar outros indivíduos e/ou povos nesta luta.

Casos de ampla divulgação como os de Gulbar, a mulher afegã que teve 40% do seu corpo queimado em 2006 pelo marido (RAWA, 2006) e de Bibi Aisha (RUBIN, 2011), uma menina afegã, obrigada pela família a se casar ainda muito nova, a qual teve seu nariz e suas orelhas cortadas pelo marido também vão contra os direitos previstos pela Declaração, como pode-se notar pelo seu item VII (CONSELHO ISLÂMICO, 1981):

Ninguém será submetido à tortura de corpo e de mente, ou aviltado, ou ameaçado de dano contra si ou contra qualquer parente ou ente querido, ou será forçado a confessar o cometimento de um crime ou forçado a consentir com um ato que seja prejudicial a seus interesses.

As leis islâmicas, todavia, não são as responsáveis pela subjugação das mulheres, mas o sistema patriarcal cujas origens são tribais e não religiosas, como será exposto adiante.

### 3 A evolução dos direitos das mulheres árabes com o advento do Islã

Ressalta-se, a partir deste tópico, que com o advento do Islamismo, a figura feminina passa ser tratada com dignidade e respeito. O islã, desde o seu surgimento, trouxe à mulher árabe condições políticas e sociais as quais ela nunca teve acesso, como afirma Hanini (2007, p103):

O Islã libertou a mulher e dignificou-a, devolveu a mulher todos os direitos que lhe haviam sido usurpados pelos homens. A *Shariah* eleva a condição da mulher e a valoriza, devolvendo a mulher o lugar que lhe é de direito no seio da sociedade.

Inclusive, na sociedade arábica pré-islâmica, havia o preconceito contra as crianças do sexo feminino, as quais os pais costumavam enterrar vivas. Entretanto, o Alcorão se opôs inteiramente ao infanticídio feminino, como é visível nesta passagem representada pelo capítulo 16, versículos 57-59:

Quando a algum deles é anunciado o nascimento de uma filha, o seu semblante se entristece e fica angustiado. Oculta-se do seu povo, pela má notícia que lhe foi anunciada: deixá-la-á viver, envergonhado, ou a enterrará viva? Que péssimo é o que julgam! (MACHADO,1979).

Nesse aspecto, o Alcorão determina que os pais possuem a obrigação de sustentar e demonstrar carinho e justiça para com suas filhas. Além disso, um dos aspectos cruciais no desenvolvimento dos filhos é a educação. E esta não é apenas um direito, mas uma responsabilidade para todos os homens e mulheres, já que segundo o inciso VII da Declaração Islâmica Universal dos Direitos humanos e de acordo com as palavras do profeta

Mohammad, a busca pelo conhecimento é um dever para todo muçulmano, seja homem ou mulher. Inclusive tal passagem, que aborda o direito da mulher à educação, é reforçada por Hanini (2007, p. 104):

A mulher muçulmana não só tem o direito, mas também o dever de estudar e procurar o conhecimento, porque essa é a melhor forma de se aproximar de Deus. Ela passa a ter os seus horizontes abertos, e a sua fé passa a ser uma fé consciente, enraizada na mente e no coração. A mulher é a base da sociedade, pois ela é a mãe e a “melhor das escolas”; é com ela que aprendemos tudo o que se refere aos princípios morais e boas maneiras. Logo, se a mãe é sábia e virtuosa, seus filhos assim crescerão, e a sociedade será consolidada na verdade e na virtude. O Alcorão Sagrado convida a homens e mulheres para que observem o universo, as plantas, os animais, a chuva e etc, com a finalidade de desenvolver a inteligência e a percepção da existência de Deus.

O Alcorão, base para os direitos muçulmanos, fornece uma clara evidência de que a mulher está completamente igualada ao homem, na visão de *Allah*, quanto aos seus direitos e responsabilidades, como é explícito na Surata 16, versículo 97 do Alcorão (1975):

A quem praticar o bem, seja homem ou mulher, e for fiel, conceder-lhe-emos uma vida agradável e o premiaremos com uma recompensa superior ao que houver feito”. Tal passagem é vista como principal característica de isonomia proporcionada pelo Islã às mulheres árabes.

Ressalta-se que, para o Islã, a mulher não é mais considerada como um simples objeto, mas como ser independente integrante da sociedade, podendo, por exemplo, assinar qualquer contrato ou testar em seu próprio nome.

Ademais a *Shariah* observa a mulher como igual ao homem, tanto em aspectos espirituais quanto em intelectuais, como pode-se notar por meio do versículo 35 do capítulo 33 do Alcorão (2016):

Quanto aos muçulmanos e às muçulmanas, aos fiéis e às fiéis, aos consagrados e às consagradas, aos verazes e às verazes, aos perseverantes e às perseverantes, aos humildes e às humildes, aos caritativos e às caritativas, aos jejuadores e às jejuadoras, aos recatados e às recatadas, aos que se recordam muito de Deus e às que se recordam d'Ele, saibam que Deus lhes tem destinado a indulgência e uma magnífica recompensa.

Há, contudo, algumas diferenças. Nesse aspecto, cabe ao homem o trabalho mais árduo e a responsabilidade pelo sustento da família e a mulher as tarefas de cuidar da casa e educar os filhos, podendo-se observar tal fato na 4ª Surata, Versículo 34 do Alcorão, conforme destaca Machado (1979):

Os homens são os protetores das mulheres, porque Allah dotou uns com mais (força) do que as outras, e porque as sustentam do seu pecúlio. As boas esposas são as devotas, que guardam, na ausência (do marido), o que Allah ordenou que fosse guardado. Quanto àquelas de quem constatais rebeldia, admoestai-as (na primeira vez), abandonai os seus leitos (na segunda vez) e castigai-as (na terceira vez); porém, se vos obedecerem, não procureis meios (escusos) contra elas. Sabei que Allah é Excelso, Magnânimo.

Apesar de ser do homem a responsabilidade de manter a família, a *Sharia* determina que ele, como líder da família, consulte a mulher antes de tomar suas decisões. No papel de mãe, a mulher também possui grande respeito diante do Islã. O livro sagrado dos muçulmanos aborda sobre os direitos da figura materna em diversos versículos e determina que os muçulmanos devem as servir bem e demonstrar respeito, mesmo que elas não se apresentem fiéis.

Entretanto, em algumas regiões do Oriente, onde geralmente a mulher ainda não possui uma carreira profissional, a viuvez é algo trágico, já que ela se torna a responsável por manter as crianças. A seguir, apresentar-se-á alguns pontos específicos que precisam ser detalhados com maior cuidado, tais como Casamento e Divórcio, Direito à Herança e Poligamia

### 3.1 Casamento e Divórcio

O matrimônio no Islã baseia-se em três pilares: paz, amor e compaixão, e não apenas na mera satisfação sexual ou na finalidade de procriação. Assim, a mulher detém o direito de rejeitar ou aceitar as propostas de casamento. E, conforme a Lei Islâmica, as mulheres não podem ser obrigadas a casar com alguém caso esse não seja seu desejo.

Quanto à estrutura do enlace, o marido encarrega-se da manutenção, da proteção e da liderança geral da família, sempre a consultando e sendo amável. Tais características podem ser comprovadas por meio do capítulo 4, versículo 34: “Os homens são os protetores das mulheres, porque Deus dotou uns com mais (força) do que as outras, e pelo o seu sustento do seu pecúlio” e pelo capítulo 30, versículo 21 do Alcorão: “Entre Seus sinais estão de haver-vos criado companheiras de vossa mesma espécie para que com elas convivais; e vos vinculou pelo amor e pela piedade” (MACHADO, 1979).

Além disso, segundo a *Shariah*, os cônjuges possuem papéis bem definidos. Quanto às obrigações do homem para com a mulher, encontram-se, como afirma Hanini (2007, p. 122):

A de sustentá-la e mantê-la, bem como à sua família, economicamente, proporcionando-lhes alimento, vestimenta e suprir suas necessidades. Além disso, o marido deve ser tolerante, companheiro, solidário na convivência, deve tratá-la com amabilidade, ser carinhoso, deve ser paciente diante da impaciência da esposa, deve preocupar-se com a sua saúde, ajudá-la nos afazeres da casa, exortar-lhe que cumpra com suas obrigações religiosas e se afaste dos pecados, ensiná-la o que ela ignorar da religião, não lhe impor cargas superiores ao que ela possa suportar, proteger a honra e a dignidade de sua família. É vedado ao homem agredir, depreciar ou ignorar sua esposa.

Quanto às obrigações da mulher para com o marido estão, como afirma Hanini (2007, p. 123)

A atenção para com seu esposo, a organização e preservação do lar, a educação dos filhos, aconselhar seu esposo, proteger a dignidade e os bens de seu marido, recebê-lo com agrado e cordialidade, motivá-lo, tratá-lo amavelmente, guardar seus segredos, cuidar da integridade moral de seu lar, preocupar-se pela sua saúde. Também cabe à mulher obediência ao seu marido naquilo que não implique em desobediência a Deus. A mulher cumpre com um rol muito importante dentro do lar, beneficiando sua família e a sociedade, não sendo suas funções menos importantes que as que o marido realiza fora do lar.

A divisão das atividades ditas masculinas e femininas não significa submissão de um a outro, caso surjam disputas entre o casal, o Alcorão encoraja-os a resolvê-las em particular, tendo por princípios a justiça e a bondade. Um dos principais eixos dos ensinamentos do Islam em relação a homens e mulheres é que o casal, por meio da parceria, deve promover a prosperidade e a felicidade, sendo de fato fiéis, leais e interessados no bem-estar um do outro e dos filhos, assim como afirma a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, no Inciso XIX – h:

Na família, homens e mulheres devem compartilhar suas obrigações e responsabilidades, de acordo com o sexo, dotes naturais, talentos e inclinações, sem perder de vista as responsabilidades comuns para com os filhos e parentes.

O Alcorão (2016) também determina os critérios que revelam as pessoas proibidas para se contrair o matrimônio, de forma permanente, como é perceptível pelo capítulo 4, versículos 23 e 24:

Está-vos vedado casar com: vossas mães, vossas filhas, vossas irmãs, vossas tias paternas e maternas, vossas sobrinhas, vossas nutrizes, vossas irmãs de leite, vossas sogras, vossas enteadas, as que estão sob vossa tutela – filhas das mulheres com quem tendes coabitado; porém, se não houverdes tido relações com elas, não sereis recriminados por desposá-las.

Também vos está vedado casar com as vossas noras, esposas dos vossos filhos carnais, bem como unir-vos, em matrimônio, com duas irmãs – salvo fato consumado (anteriormente); sabeis que Deus é Indulgente, Misericordiosíssimo. Também vos está vedado desposar as mulheres casadas.

Quanto ao divórcio, este deve ser encarado como último recurso permissível, mas não encorajado pelo Alcorão. Nesse sentido, as formas de dissolver o matrimônio incluem: a) uma promulgação baseada em acordo mútuo que envolva a iniciativa do marido e a da esposa (se estiver previsto no contrato de casamento dela); b) decisão do tribunal com base em iniciativa da esposa, caso ela possua alguma razão legítima e; c) iniciativa da esposa sem uma causa, contanto que esta ressarça o presente de casamento dado pelo marido.

A *Shariah* determina que a mulher tem o direito de receber um dote como maneira de honrá-la, agradá-la, conceder-lhe a segurança do compromisso e deixar clara a obrigação do homem de mantê-la e sustentá-la. O dote, como afirma Hanini (2007, p.121, “ trata-se de um direito da mulher, e ninguém pode dispor de seu dote sem sua autorização”.

Ademais não há um valor estipulado pela *Shariah* que corresponda ao dote. Este dependerá das partes e da condição social do homem. Além disso, está proibido exigir dotes exagerados que levem o homem a endividar-se a fim de cumpri-lo. A Sunna estipula que os dotes sejam de valor moderado, para desta forma facilitar o casamento e não colocar empecilhos quanto à sua consumação. Como pode-se comprovar com a 2ª Sura-ta, Versículo 236 do Alcorão (1975):

Não sereis recriminados se vos divorciardes das vossas mulheres antes de as haverdes tocado ou fixado o dote; porém, concedei-lhes um presente condigno; o rico, segundo as suas posses, e o pobre, segundo as suas, porque conceder esse presente condigno é obrigação dos benfeitores.

Além disso, quanto ao divórcio, antes da decisão final, as partes deverão tentar se reconciliar, por meio de um árbitro da família do marido e um da família da esposa, como previsto na passagem do Alcorão referente ao Capítulo 4, Versículo 35: “E se temerdes desacordo entre ambos (es-

poso e esposa), apela para um árbitro da família dele e outro da dela. Se ambos desejarem reconciliar-se, Deus reconciliará, porque é Sapiente”.

Caso após tal ato as partes ainda insistirem em continuar com o processo de divórcio, este poderá se efetuar de maneira unilateral ou por consenso mútuo do casal. No caso do divórcio unilateral, se for iniciado pelo marido, como cita Hanini (2007, p.125), chama-se *Talaq* e se for requerido pela esposa chama-se *Khul'a*.

No caso do divórcio iniciado pelo marido, este será basicamente uma questão de casal, sem intervenção judiciária. A *Shariah* estabelece que o *talaq*, quando pronunciado até três vezes no período de três meses com um intervalo de um mês em cada anúncio. Neste período, até que se complete o prazo, a esposa permanece morando na casa e continua tendo todos seus direitos, inclusive o de herdá-lo em caso de morte.

Além disso, segundo Hanini (2007, p.126), quanto ao ínterim de espera para que o divórcio se concretize é, em regra, de três menstruações. Caso a mulher esteja na menopausa, o período será de três meses. E, por fim, se a mulher estiver grávida, o intervalo de tempo será até que esta tenha dado à luz, assim como prevê o Capítulo 65, Versículo 4 do Alcorão (1975):

Quanto àquelas, das vossas mulheres, que tiverem chegado à menopausa, se tiverdes dúvida quanto a isso, o seu período prescrito será de três meses; o mesmo se diga, com respeito àquelas que ainda não tiverem chegado a tal condição; e, quanto às grávidas, o seu período estará terminado quando derem à luz.

Não será aceito que o marido se reconcilie com a esposa com o intuito de injuriá-la ou injustiçá-la, sendo isso considerado pela *Shariah* como “zombar dos versículos de Deus”, ou seja, um grave pecado, como determinado pelo Capítulo 2, Versículo 231 do Alcorão (2016):

Quando vos divorciardes das mulheres, ao terem elas cumprido o seu período prefixado, tomai-as de volta equitativamente, ou liberta-as equitativamente. Não as tomeis de volta com o intuito de injuriá-las injustamente, porque quem tal fizer condenar-se-á. Não zombeis dos versículos de Deus e

recordai-vos das Suas mercês para convosco e de quanto vos revelou no Livro, com sabedoria, mediante o qual vos exorta. Temei a Deus e sabeis que Deus é Onisciente.

Enfim, quando ocorrer a consumação do divórcio, as crianças deverão permanecer sob custódia da mãe e o pai deverá prover a manutenção e sustento delas. A mulher islâmica também tem o direito de tomar a iniciativa no processo de divórcio mediante restituição do dote ou do equivalente em dinheiro ou, mediante intervenção judicial, quando esta se vê prejudicada em seu matrimônio.

Esse tipo de divórcio, segundo Hanini (2007, p.127) é denominado *Khul'a*. E do mesmo modo que o homem, a mulher deverá apresentar sérias razões para pedir o divórcio. Dentre essas razões, pode-se destacar: a falta de manutenção digna por parte do marido, os maus tratos, ausência por um longo ínterim, convivência insuportável, ou que o homem sofra de uma enfermidade. Quando o divórcio for consumado, os homens devem buscar um fim honrado, já que o Alcorão preceitua:

Quando vos divorciardes das mulheres, ao terem elas cumprido o seu período prefixado, tomai-as de volta equitativamente, ou liberta-as equitativamente. Não as tomeis de volta com o intuito de injuriá-las injustamente, porque quem tal fizer condenar-se-á (ALCORÃO, 2016).

Por fim, cabe destacar que o marido ao se separar de sua esposa, deve conceder uma indenização. Em contrapartida, se a mulher for a responsável por pedir o divórcio sem uma razão legítima, como a de apenas não querer mais conviver com ele por não o amar, ela deverá indenizá-lo. Ademais, em nenhum momento o livro sagrado permite o marido manter à força sua esposa, caso ela deseje concretizar o divórcio.

### 3.2 O tabu da Poligamia

Diferente de outros povos e comunidades religiosas, o Islã não proibiu a poligamia, mas a restringiu, apresentando condições que devem ser cumpridas. Hanini (2007, p.124) observa que:

O que é exigido pelo Islam como premissa para que seja permitido a um homem que case com mais de uma esposa é o tratamento com igualdade plena entre as esposas, garantindo-lhes seus direitos, sustentando-as, e concedendo a cada uma delas moradia individual, alimentação e todos os demais direitos da esposa, e dos filhos que serão perfeitamente reconhecidos.

A poligamia somente é permitida quando as próprias mulheres concordam com este modo de vida, tanto a primeira quanto as outras. Inclusive, de acordo com a lei islâmica, a mulher não deve ser obrigada a contrair laços matrimoniais caso este não seja seu desejo, como afirma Hanini (2007, p.119).

A Shariah proíbe e considera nulo o contrato de casamento onde a mulher tenha sido coagida a casar com quem não desejava. E toda a mulher que tenha sido desposada contra sua vontade tem o direito de pedir a revogação do contrato matrimonial. É relatado na Sunnah que o Profeta Muhamad anulou alguns contratos matrimoniais devido ao pedido de revogação por parte de algumas mulheres que haviam sido casadas contra sua vontade.

Ademais, cabe à primeira esposa autorizar ou não a poligamia, já que tal critério pode constar em seu contrato nupcial, no qual ela pode exigir que seu marido seja monogâmico.

A poligamia no Islã se revela como uma lei de emergência, ou seja, excepcional, não representando qualquer princípio fundamental da lei islâmica. Já que a principal base do casamento no Islã é a monogamia (HANINI, 2007).

A poligamia no Islã pode ser entendida como parte das obrigações da comunidade com relação aos órfãos e viúvas principalmente durante as guerras, quando ocorre um grande desequilíbrio no número de homens e mulheres. Dessa forma, verifica-se que o Islã permite a poligamia como uma solução para os males sociais, em proteção especial da estrutura familiar, dos órfãos e das mulheres e não como regra geral.

### 3.3. Agressões, torturas e privação de direitos fundamentais

Inicialmente, deve-se salientar que o Islã, por ter surgido em um território formado por diversas tribos, sofreu influências de diversas crenças e costumes. A divisão de trabalho entre os sexos masculino e feminino, por exemplo, como observado no tópico 3 deste trabalho, existiu em diversas culturas. Em geral, as mulheres são as responsáveis pelas tarefas domésticas, enquanto os homens monopolizavam a política, a economia e a religião.

Nesse aspecto, para a maioria das tribos árabes, a honra masculina estava estreitamente ligada à fidelidade da esposa. Tanto que se estes suspeitassem que a mulher praticava adultério, sua pena poderia ser a morte. Tal prática tribal, mesmo que não prevista no Alcorão, ainda possui grande influência no mundo árabe-muçulmano, apesar de agora serem exigidas quatro testemunhas para acusar a mulher de adultério.

Inclusive, deve-se destacar que o Islã não exige e nem sugere a necessidade da circuncisão feminina, apesar de tal ato ocorrer em certas partes da África. Isso somente se dá devido a influências tribais de costumes e práticas locais, já que povos cristãos desses locais também praticam.

Nesse sentido, a condição de precariedade e de inferioridade em que as mulheres nas sociedades árabe-muçulmanas são submetidas, em geral, originam principalmente da hegemonia de um sistema patriarcal o qual manipula, adapta, desvirtua e instrumentaliza a leitura das escritas sagradas, com o objetivo de atender aos seus objetivos e a fim de legitimar a dominação, a violência e a exclusão quanto às mulheres.

Portanto, essas atitudes remanescentes da mentalidade patriarcal e da organização tribal e escravagista do período pré-islâmico conferem às mulheres o *status* de mercadoria, que faz parte do patrimônio do marido e de seus herdeiros. Contudo, o Islã prevê a igualdade dos seres humanos, já que todos estes são representantes de *Allah* e possuem responsabilidades iguais pela vida na Terra.

## 4. CONCLUSÃO

Verificou-se, por meio desta pesquisa, que a condição de precariedade e de inferioridade em que as mulheres nas sociedades árabe-muçulma-

nas são submetidas, em geral, originaram-se dos costumes das sociedades patriarcais em que elas estão inseridas, que legitimam a dominação, a violência e a exclusão feminina. Assim, atitudes remanescentes desta mentalidade patriarcal ainda conferem às mulheres árabes-muçulmanas o *status* semelhante ao de mercadoria, tornando-as uma espécie de propriedade do pai e/ou do marido.

Observou-se, contudo, que o islamismo prevê a igualdade dos seres humanos e que todos são representantes de *Allah* e possuem responsabilidades iguais pela vida na Terra, principalmente quanto ao ato de respeitar todas as criaturas, o que abre perspectiva para que os direitos humanos das mulheres nos países islâmicos sejam respeitados sem que se violem seus preceitos religiosos.

## REFERÊNCIAS

**Alcorão Sagrado.** Tradução: Mansour Challita. São Paulo: Edições Best Bolso, 2016. Livro digital.

BBC NEWS. **Sahar Gul:** The fears of a tortured Afghan child bride, 15 de julho de 2013. Disponível em: < <https://www.bbc.com/news/world-asia-23311414>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CONSELHO ISLÂMICO. **Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.** 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>>. Acesso em: 29 junho 2016.

HANINI, ZuhraMohd El. **Noções de Direito Islâmico (Shariah).** Bagé: s.e., 2007.

7MACHADO, J. P. **Alcorão.** Notas e tradução. Lisboa, 1979.

MORÊZ, Francielli. **Introdução ao Direito Islâmico:** Evolução Histórica, Aspectos Dogmáticos e Elementos de Inserção Social. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2016.

RAWA. **Gulbar is burnt by her husband**. RAWA report, 26 jan. 2006.

Disponível em: <[http://www.rawa.org/burning\\_p.htm](http://www.rawa.org/burning_p.htm)>. Acesso em: 11 jul 2019.

RUBIN, Alissa J. Suspect in Mutilation of an Afghan Woman Is Freed.

**The New York Times**, 11 jul. 2011. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2011/07/12/world/asia/12afghanistan.html>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

RUIC, Gabriela. Os números do islamismo, a religião que mais cresce no mundo.

Revista Exame, 6 mar 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/os-numeros-do-islamismo-a-religiao-que-mais-cresce-no-mundo/>>. Acesso em: 4 jun. 2019.

# AVANÇOS E DISCUSSÃO DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PARA A PESSOA IDOSA NA AMÉRICA-LATINA

*Maurício Ferreira da Cruz Júnior*

*Luiz Rosado Costa*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo projeções do Fundo de Populações (UNFPA, 2012, p. 3) uma em cada cinco pessoas no mundo terá 60 anos ou mais, por volta de 2050. A América Latina e o Brasil não diferem das projeções globais. Diante desta conjuntura, o comprometimento do Poder Público no amparo às pessoas idosas se faz primordial, tornando imprescindível as discussões cada vez mais específicas sobre as pessoas idosas e sobre os seus direitos humanos e fundamentais.

Por conseguinte, a população idosa propicia discussões em âmbitos sociais, culturais e econômicos, especialmente em regiões em desenvolvimento como na América Latina. Na atualidade, o panorama de pessoa idosa como insuficiente, improdutivo, vulnerável e frágil vem sendo superado.

No andejar da história, foram garantidos às pessoas idosas vários direitos. O documento norteador para futuros debates foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH/48) (ONU, 1998) e culminando no aprofundamento sobre direitos específicos para as pessoas idosas através de documentos como a Carta de São José sobre o Direito dos idosos de 2012 (CSJDI/2012) (CEPAL-ONU, 2012) e a *Cuarta*

*Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento (CCRIE/2017) (CEPAL-ONU, 2017).*

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como bases os preceitos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (BRASIL, 1988), estendendo para a Política Nacional do Idoso Lei 8.842 de 1994 (PNI/94) (BRASIL, 1994) e o Estatuto do Idoso Lei 10.741 (EI/2003) (BRASIL, 2003). Dentre os direitos assegurados, está o direito à Educação de forma digna e as formas de almeja-la.

Deste modo, a partir da concepção dogmática constitucional brasileira, evidencia-se que com a promulgação da CRFB/88 (BRASIL, 1988), os legisladores tenderam à universalidade dos direitos humanos, visando a estabelecer todos os direitos já discutidos internacionalmente e alicerçando suas bases protecionistas dos direitos das minorias vulneráveis, entre as quais encontram-se as pessoas idosas. No entanto tal universalismo será analisado no texto e demonstrado como formam seus desdobramentos para um relativismo Latino-americano adaptando as discussões eurocêntricas para a realidade latina e brasileira.

Com o avanço da medicina e uma sociedade mais inclusiva, a pessoa idosa vem sendo beneficiada com melhorias na sua qualidade de vida, proporcionando-lhe aumento de convivência familiar e social (CAMARANO; PASINATO, 2004). Avanços esses que vêm permeados pela proteção jurídica, tornando-as sujeitos mais ativos da sociedade, garantindo a esses a efetivação dos direitos ligados a dignidade, conforme o inciso III do Art. 1º da CRFB/88 (BRASIL, 1988, n.p.), bem como especifica no art. 10º do EI/2003 (BRASIL, 2003, n.p.).

Amparos legais estarão intrinsecamente ligados em levar informações acerca dos direitos ao grupo de pessoas em questão e têm como proposta educar a sociedade à uma melhor aceitação e ao respeito às pessoas com 60 anos ou mais. A pessoa idosa merece respeito e prioridade em qualquer ambiente que frequente ou qualquer meio que utilize, incluindo o jurídico.

A proteção constitucional e infraconstitucional dos direitos dos idosos aparece disposta em vários dispositivos da legislação brasileira, entre eles, destaca-se o artigo 1º, III e 5º, *caput*, da CRFB/88 (BRASIL, 1988, n.p.) e os artigos 2º, 3º, *caput*, 20 e 21, *caput*, do EI/2003 (BRASIL, 2003,

n.p.). Em consonância com diretrizes estabelecidas pela legislação especial (BRASIL, 2003, n.p.) de tutela dos direitos das pessoas idosas, afirma-se e concretiza-se em seu art. 3º o dever precípua do Poder Público de promover a educação, a cultura, o esporte, o lazer, as diversões, os espetáculos, os produtos e os serviços que atendam esta parcela de indivíduos.

A educação como direito social, conforme o art. 205 da CRFB/88 (BRASIL, 1988), tem papel fundamental para ocasionar, na melhor forma possível, a qualificação e inclusão da pessoa idosa em sociedade. O art. 28 do EI/2003 (BRASIL, 2003) enseja a criação de políticas públicas e programas específicos para as pessoas idosas, o que demanda ações estratégicas por parte do Estado, para que sejam implementados os objetivos desejados pelo povo, especificamente na situação da pessoa idosa. Assim, os direitos fundamentais previstos na CRFB/88, para serem efetivados, necessitam do desenvolvimento de políticas públicas.

O objetivo da pesquisa é abordar a universalização dos Direitos Humanos, sua importância para as pessoas idosas, sopesando os riscos e as lacunas que tal acontecimento acarretou. Visa desta forma ponderar os desdobramentos pós DUDH/48 (ONU, 1998) até as recentes discussões sobre os direitos das pessoas idosas e especialmente o direito à educação específica na América Latina.

Consoante a problemática partindo de um movimento pós DUDH/48, como estão sendo discutidas as especificidades Latino-Americanas referentes à educação para as pessoas Idosas?

A pesquisa partiu principiologicamente de estudos de fontes bibliográficas e documentais (VERGARA, 2007, p. 48) partindo da DUDH/48 até a CSJDI/2012 e CCRIE/2017, analisando as suas diretrizes e especificidades. Foi realizada uma abordagem qualitativa onde buscou-se explorar a universalização e posteriormente o relativismo dos direitos das pessoas idosas e principalmente o direito educacional específico (SEVERINO, 2016 p. 132). Será descritiva, pois visa expor as discussões e temas abordados em documentos referentes às pessoas idosas, além de uma educação específica, na América Latina.

Visa por meio desse trabalho indicar como estão ocorrendo as discussões sobre os Direitos das pessoas idosas, atualmente na América-Latina e no Brasil, tendo como foco principal o Direito Educacional.

## 2 O CONCEITO DE PESSOAS IDOSAS E A ÓTICA DA EDUCAÇÃO ESPECÍFICA

Inicialmente faz-se necessário a abordagem de dois conceitos basilares para o estudo em questão. O primeiro, sobre o conceito de pessoa idosa e o segundo consoante ao conceito de educação. Brandalize (2008, p. 48) começa versando que: “A nossa sociedade como um todo tem que se preparar para envelhecer com dignidade e receber a nova leva de idosos, dando oportunidades de ação nos vários níveis sociais. ”

**Partindo do pensamento abordado por Brandalize (2008, p.48) a conceituação de pessoa idosa faz-se necessária para a delimitação do grupo em estudo e para otimizar os futuros debates. Sobre tal o EI/2003 (BRASIL, 2003, n.p.) dispõe que são idosas as pessoas com 60 ou mais. No entanto a Organização Mundial da Saúde (OMS) aborda que a conceituação de pessoa idosa e o que diz respeito ao envelhecimento são bastante complexas e não devem reter apenas a quesito etário, segundo a OMS:**

No nível biológico, o envelhecimento é associado ao acúmulo de uma grande variedade de danos moleculares e celulares. Com o tempo, esse dano leva a uma perda gradual nas reservas fisiológicas, um aumento do risco de contrair diversas doenças e um declínio geral na capacidade intrínseca do indivíduo. Em última instância, resulta no falecimento. (OMS, 2015, p. 12).

**Ao analisar o conceito etário de idoso descrito no EI/2003 (BRASIL, 2003) e conjuntamente com uma visão mais fisiológica (OMS, 2015, p. 15), entende-se que os conceitos acima elencados, se separados não seriam totalmente corretos, mas juntos se complementam, Camarano e Pasinato explicam:**

O limite etário seria o momento a partir do qual os indivíduos poderiam ser considerados “velhos”, isto é, começariam a apresentar sinais de senilidade e incapacidade física ou mental. Porém, acredita-se que “idoso” identifica não somente indi-

vídus em um determinado ponto do ciclo de vida orgânico, mas também em um determinado ponto do curso de vida social, pois a classificação de “idoso” situa os indivíduos em diversas esferas da vida social, tais como o trabalho, a família etc. (CAMARANO; PASINATO, 2004, p. 4).

**Utilizando então o limite etário, o entendimento biológico e os contextos sociais seria possível uma melhor conceituação de pessoas idosas, sendo crucial dessa forma a análise dos três elementos anteriores na qual se evitaria uma conceituação generalizada de indivíduos sem levar em consideração aspectos importantes.**

**O segundo ponto abordado seria a conceituação de educação. A palavra tem origem no vocábulo latino *endurece*, que significa extrair, desenvolver, ministrar um conhecimento necessário para outras pessoas, ou seja, passagem de saber de uma pessoa para outra. Dessa forma esse aprendizado irá acompanhar a pessoa desde seu nascimento até a sua morte. A Unesco trata que sobre a importância social da educação independente do momento:**

Tudo nos leva, pois, a dar novo valor à dimensão ética e cultural da educação e, deste modo, a dar efetivamente a cada um, os meios de compreender o outro, na sua especificidade, e de compreender o mundo na sua marcha caótica para uma certa unidade. Mas antes, é preciso começar por se conhecer a si próprio, numa espécie de viagem interior guiada pelo conhecimento, pela meditação e pelo exercício da autocrítica. (UNESCO, 2010 p. 16)

**Reafirmando a importância da educação exposta pela Unesco (2010, p.16), Ribeiro (2014, p. 28) trata que a educação é um aspecto importantíssimo para qualquer sociedade, pois independe de elementos temporais, condições e sempre deverá ser considerada como direito prioritário para o desenvolvimento social.**

A junção dos dois conceitos acima expostos reitera a necessidade de uma sociedade que vislumbre uma melhor relação com a pessoa idosa, alme-

jando uma velhice digna, reduzindo “[...] desigualdades sociais, mediante a prática de valores constitucionalmente consagrados como a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.” (POZZOLI; ANTICO, 2011, p. 15).

Após a análise dos conceitos de pessoa idosa e educação anteriormente expostos, compreende-se o quão necessário é o amplo debate sobre as formas de efetivação de direitos, proteção, inclusão e maximização da qualidade de vida das pessoas idosas. A educação sendo um dos direitos em discussão, auxiliaria no desenvolvimento social e humano das pessoas idosas.

O estudo buscará abordar o caminho da educação específica e os direitos das pessoas idosas, partindo de uma universalização de direitos até um momento de relativismo, no qual visa maior proximidade cultural com a América Latina e o Brasil, para melhor atender às necessidades locais.

### 3 AS BASES PARA UM DIREITO EDUCACIONAL ESPECÍFICO PARA A PESSOA IDOSA E UMA PREMISSE UNIVERSALISTA: A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Partindo de uma premissa humanística, a DUDH/48 foi um divisor de águas para as discussões elementares porvindouras referentes a direitos humanos. Na DUDH/48 foram estabelecidos 30 artigos nos quais estavam dispostas as bases e discursos visando a proteção de direitos Humanos em todas as sociedades (ONU, 1998). Sobre tal, Bobbio (2004, p. 18) analisa a importância da DUDH/48 no contexto global, para o autor:

Com essa declaração, um sistema de valores é — pela primeira vez na história — universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado. (Os valores de que foram portadoras as religiões e as Igrejas, até mesmo a mais universal das religiões, a cristã, envolveram de fato, isto é, historicamente, até hoje, apenas uma parte da humanidade.) Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade — toda a humanidade — partilha alguns valores comuns; e

podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

Na fala de Bobbio (2004, p. 18) nota-se o caráter universal da declaração, tendo papel fundamental não apenas no que diz respeito a direitos, mas também aos valores a serem pregados de forma universal nas sociedades.

Entretanto Santos (1997, p.20) aborda que a DUDH/48 (ONU, 1998) foi uma forma de discurso dominante dos direitos humanos ocidental sobre o restante do mundo. Segundo o autor:

A [...] Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e durante muitos anos, o único direito econômico. (SANTOS, 1997, p.20)

Bobbio (2004, p.19) trata que o universalismo encontrado na DUDH/48 é a última fase - até então - de um longo processo de conquistas históricas, pois na DUDH/48 ocorre a “afirmação dos direitos, ao mesmo tempo, universal e positiva.”

O ponto crucial da DUDH/48 (ONU, 1998, n.p.) fica por conta da ampla discussão sobre a dignidade, tema de crescente foco durante o período e que ganhou amplo espaço dentro da DUDH/48 (ONU, 1998, n.p.), sua importância é indiscutível para qualquer sociedade independente do momento. No entanto Aguirre-Pabón (2011, p. 54) afirma que a forma como a dignidade vem sendo abordada atualmente é diferente do teor como foi exposta na DUDH/48. Para o autor:

*“Hoy en día controversia parece zanjada, ya que en la actualidad la dignidade aparece como um término común em los nuevos instrumentos internacionales de derechos humanos”.* (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 54)

Mesmo possuindo variações em sua abordagem, a dignidade permeia um grande número de outros direitos, inclusive o direito educacional, ponto elementar para o presente trabalho. Sobre tal, é exposto somente no art. 26 da DUDH/48 (ONU, 1998) na forma de direito à “instrução”. Segundo consta a DUDH/48 é um direito basilar de todo ser humano o acesso à educação, visando a humanização entre as nações e grupos. O art. 26 é disposto da seguinte forma:

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, está 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.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ONU, 1998)

Em meio a todos os 30 artigos da DUDH/48 (ONU, 1998) em nenhum momento foi tratado alguma temática específica às pessoas idosas, muito menos referente a um direito educacional específico, ou como trata o art. 26, um direito à instrução direcionada a elas. Dá-se maior atenção a defesa de direitos de forma pura, ou no caso do direito à instrução, o foco fica nas crianças e em níveis fundamentais e básicos de aprendizagem.

Mesmo não abordando expressamente direitos específicos para as pessoas idosas, a DUDH/48 serviu de base para que novos documentos

fossem elaborados, desta forma partiram de uma universalização arduamente conquistada e passaram a ocorrer novas discussões atentando às peculiaridades de regiões e países. Exemplo de documento fundamental que visou a proteção e desenvolvimento de direitos foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) que trouxe várias mudanças no que diz respeito a garantias e direitos fundamentais e sociais, além de abarcar pontos positivos de Constituições anteriores, utilizou a DUDH/48 para inspirar a sua redação.

Neste sentido, para a efetivação destes direitos constitucionais previstos para as pessoas idosas é:

Importante destacar também que, para os novos movimentos sociais brasileiros, as ocupações dos espaços públicos são uma maneira de pressionar o Estado a intervir na efetivação de direitos, de fazer cumprir o que já está garantido, mas não efetivado pela Constituição. (MAIA; MARTINS, 2016, p. 108).

Segundo aborda Santos (1997, p. 19), para que ocorra um desenvolvimento local e global, deve-se atentar a elementos multiculturais de uma sociedade. Desta forma os direitos humanos devem ser “[...] reconceptualizados como multiculturais” e finaliza tratando que:

O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos no nosso tempo. (SANTOS, 1997, p. 19)

Para ocorrer um melhor desenvolvimento cultural e uma relação equilibrada entre o global e o local - que Santos (1997, p. 19) trata - documentos foram elaborados sobre o envelhecimento e os direitos humanos na América-Latina e caribe e no Brasil, sendo eles a Carta de São José sobre o Direito dos idosos de 2012 (CSJDI/2012) e a *Cuarta Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento* (CCRIE/2017). Ambos documentos têm papel crucial para o desenvolvimento de um relativismo

cultural para a formação de Direitos Humanos na região Latino-Americana. Assim sendo, os documentos serão objeto de análise no próximo tópico e serão aprofundados os elementos referentes ao direito educacional para a pessoa idosa.

#### 4 DE UM UNIVERSALISMO PÓS-1948 A UM RELATIVISMO DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: OS DEBATES RECENTES SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

**Após analisar os conceitos de pessoa idosa e de educação, além de vislumbrar os principais elementos da DUDH/48 (ONU, 1998), serão analisados os documentos mais recentes no que diz respeito às pessoas idosas na América Latina e Caribe.**

**Partindo de um universalismo** – destaca-se que para Santos (1997, p. 19) os direitos humanos não são universais, eles na verdade são divididos em “[...]quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático.” – **encontrado na DUDH/48 (ONU, 1998), passou a se atentar cada vez mais para um relativismo, principalmente na América Latina. No entanto não se deve radicalizar no relativismo, deve-se ocorrer diálogos e encontro de equivalências entre direitos das mais variadas culturas.**

**Sabendo do multiculturalismo existente na América-Latina e partindo do movimento universalista iniciado pela DUDH/48 (ONU, 1998), a Carta de São José sobre os direitos dos idosos de América Latina e Caribe (CSJDI/2012) (CEPAL-ONU, 2012) que foi fruto da terceira conferência regional intergovernamental sobre envelhecimento na América Latina e Caribe, buscou sanar o que muito se criticou na DUDH/48, a lacuna sobre assuntos específicos, como educação específica para determinados grupos – como o das pessoas idosas – e a sempre pendência para os direitos humanos ocidentais e desenvolvidos.**

**A CSJDI/2012 (CEPAL-ONU, 2012, pp. 5-6) enfocou nos mecanismos para que ocorra a efetivação de Direitos para as pessoas idosas, sendo os principais o direito à saúde e a erradicação da extrema pobreza. Foi elaborado um trabalho sistêmico, no qual foi**

**organizado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), Centro Latino Americano e Caribenho de Demografia (CELADE), Fundo de Populações das Nações Unidas (UNFPA) e Organização Pan-americana de Saúde (OPAS).**

**Almejou-se por meio do documento reforçar as ações já existentes e incentivar novas ações para auxiliar na proteção, inclusão e maximização da igualdade da pessoa idosa em sociedade, sempre dentro da realidade dos países Latino-americanos e do Caribe. Dentre os compromissos adotados, a carta expõe necessidade de ocorrer a prioridade para as pessoas idosas, a proibição de qualquer forma de discriminação, adoção de leis específicas ou atualizando normas de direitos humanos já existentes. (CEPAL-ONU, 2012, pp. 8-9)**

**Entre os principais direitos humanos discutidos na CSJ-DI/2012, o direito à educação direcionada para a pessoa idosa está disposto com os seguintes objetivos:**

- a. Promover políticas ativas de luta contra o analfabetismo entre as mulheres e homens idosos,
- b. Facilitar o acesso e a participação ativa de idosos nas atividades recreativas, culturais e esportivas promovidas por organizações, associações e instituições públicas e privadas,
- c. Implementar programas de educação que permitam aos idosos de diferentes grupos e etnias compartilhar seus conhecimentos, sua cultura e valores, atentando-se para o enfoque intercultural,
- d. promover a incorporação do tema do envelhecimento e da velhice nos planos de estudo de todos os níveis, para todas as idades.
- e. Impulsionar ações que garantam o acesso dos idosos às tecnologias de informação e de comunicação, a fim de reduzir a brecha tecnológica; (CEPAL-ONU, 2012, p. 15)

Todos os objetivos supramencionados intentam em afirmar a base normativa e executiva dos direitos das pessoas idosas nas sociedades da

América Latina e Caribe. No Brasil tais objetivos elencados estão ligados aos princípios e bases encontrados na CRFB/88 (BRASIL, 1988, n.p.) e no Estatuto do Idoso de 2003 (BRASIL, 2003).

Por fim, o documento visa propor alternativas para as políticas públicas direcionadas as pessoas idosas na América Latina e Caribe. (CEPAL-ONU, 2012, p. 17). Almeja através de debates propiciar a promoção da solidariedade intergeracional, fomentando desta forma, uma coesão social e visando garantir um crescente respeito e proteção à população idosa.

Anseia-se também a “[...] implementação de políticas públicas visando fortalecer as instituições a Cargo de pessoas idosas” (CEPAL-ONU, 2012, p. 17). Desta forma tenta afirmar a importância das políticas públicas como um auxiliar para fortalecer as instituições que visam o amparo e proteção às pessoas idosa.

Apesar da necessidade de implementação de políticas públicas e do amparo as instituições já existentes, a **CSJDI/2012** (CEPAL-ONU, 2012) **trata das dificuldades sociais encontradas na América-Latina e Caribe. Por serem países em desenvolvimento, a grande dificuldade em se afirmar direitos são os meios de capitanear recursos financeiros e técnicos para colocar em prática as políticas públicas sugeridas, além da estruturação e melhoria daquelas já existentes. A CSJDI/2012 (CEPAL-ONU, 2012) discute sobre melhorias nas condições de vida da pessoa idosa partindo da premissa do evidente crescimento populacional tanto mundial como local, levando sempre em consideração as especificidades Latinas.**

Em decorrência da CSJDI/2012 (CEPAL-ONU, 2012), aproximadamente cinco anos após foi realizada a *Cuarta Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento* (CCRIE/2017). Nesta conferência foi discutida a situação das pessoas idosas na América Latina e Caribe, através da análise de dados levantados pela CEPAL-ONU para tal carta.

No que condiz a educação das pessoas idosas a CCRIE/2017 trata que o aspecto educacional foi modificado ao longo dos anos. Inicialmente a atributo da educação encontrada na população idosa era um nível bem baixo devido as “[...]desigualdades de acceso que este grupo de población había experimentado en su formación.” (CEPAL-ONU, 2017, p. 38).

O passar das décadas trouxe a modificação de panoramas da população idosa em suas bases educacionais, diminuindo as taxas de analfabetis-

mo. No Brasil por exemplo o número de analfabetos caiu de 43,4 % em 1990 para 26,3 % em 2010. (CEPAL-ONU, 2017, p. 38)

A CCRIE/2017 (CEPAL-ONU, 2017) abordou três frentes em suas discussões. A primeira foi abordar direitos emergentes, que são o direito a dignidade e a vida, independia e autonomia e o direito a cuidados a longo prazo. O segundo grupo são os de direitos vigentes, que englobam novas interpretações e a ampliação de outros direitos já estabelecidos. Neste grupo será abordado pela primeira vez sobre o “idadismo” discutido por Cbral (2016, p. 33), além de proteção contra violência, aplicação de direito à saúde, educação, trabalho, cultura, meio ambiente saudável e esporte. No último grupo estão novas discussões como o direito a acessibilidade e mobilidade, além de prováveis situações de risco e emergências.

Tendo como foco o direito educacional para a pessoa idosa contido no grupo de direitos vigentes, as elaborações de projetos, conferências, cartas e discussões sobre o envelhecimento mostraram estar sendo efetivas na luta contra o analfabetismo, como demonstra os dados da CEPAL na CCRIE/2017 (CEPAL-ONU, 2017, p. 38). A população idosa está se educando mais, está se instruindo melhor do que em décadas passadas, fator importante para vislumbrar uma sociedade desenvolvida e solidária tanto na América-Latina, quanto especificamente no Brasil.

Atenta-se que nos dois documentos pouco se analisa sobre o multiculturalismo, mesmo ele sendo rico na América Latina. No entanto, o debate sobre o envelhecimento está sendo cada vez maior no cotidiano Latino.

A educação é capaz de modificar sociedades e estruturas ao longo do tempo, independe da organização social em que o país está disposto. As normas de direitos humanos, principalmente o direito educacional e a elaboração de políticas públicas por parte do Estado visando o desenvolvimento social das pessoas faz-se cada vez mais necessária ao passo que as estruturas etárias estão cada vez mais pendentes para o caminho do envelhecimento populacional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se um envelhecimento da população na estrutura etária global. Tal envelhecimento ocorre igualmente na América Latina e Brasil.

Maior atenção para o contexto Latino faz-se necessário à medida que o universalismo demonstrado na DUDH/48 (ONU, 1998) não foi tão acolhedor e democrático como pregado inicialmente.

O multiculturalismo encontrado na América Latina, conjuntamente com um relativismo não radical se faz necessário para o desenvolvimento local. A educação como um direito humano universal é imprescindível. A necessidade de uma educação, sendo ela específica para a pessoa idosa é latente, conseqüentemente novas discussões surgiram, partindo da DUDH/48 que foi de extrema importância mundial.

A DUDH/48 (ONU, 1998) veio como o objetivo de universalizar os direitos humanos, mas por ter sido elaborada por países ocidentais, em sua grande maioria desenvolvidos, pouco se atentou aos relativismos e o multiculturalismo encontrados em todo o mundo. Desta forma, visando adicionar direitos até então sem abrangência na DUDH/48 (ONU, 1998) e manter a discussão sobre os direitos das pessoas idosas, foram elaborados a Carta de São José sobre o Direito dos Idosos de 2012 (CSJDI/2012) e a *Cuarta Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento* (CCRIE/2017). O primeiro documento visou abordar os temas mais relevantes sobre os direitos às pessoas idosas, entre eles a educação, propondo investir em projetos e políticas já instituídos, visando assim atualizá-los, bem como incentivar a criação de novas políticas públicas visando a efetivação de direitos para a pessoa idosa, tendo como panorama a América Latina e caribe.

No que diz respeito a CCRIE/2017 (CEPAL-ONU, 2017) debruçou-se sobre os dados levantados pela CEPAL-ONU sobre os mais variados aspectos sobre as pessoas idosas na América Latina, abordando desta forma importância da efetivação de direitos e a sua ampliação em sociedade, discutindo assim sobre assuntos emergentes que dizem respeito ao grupo em questão e por fim visou aumentar o fortalecimento institucional e das políticas públicas em todos os países da América Latina e Caribe.

O caminho dos direitos humanos contemporâneos parte da DUDH/48 (ONU, 1998). O universalismo de direitos e princípios pregados no documento tem um objetivo nobre. No entanto vários pontos foram excluídos da discussão, pendeu-se para um pensamento ocidentalista e eurocentrista.

Posteriormente a DUDH/48 (ONU, 1998) surgiram outros documentos visando complementar o que foi abordado inicialmente, debaten-

do sobre novas afirmações de direitos, novos grupos e maior espaço para culturas até então não focalizadas.

As pessoas idosas foi um dos grupos que viram os seus debates cada vez se tornarem mais frequentes em âmbito internacional e mais recentemente se tornar uma realidade nas pautas de debates na América Latina e no Brasil.

A luta por direitos das pessoas idosas primeiro em âmbito geral e posteriormente trazendo para o contexto latino, levando a um aprofundando posterior para o direito educacional específico faz-se cada vez mais necessário à medida que a população envelhece e na realidade dos países em desenvolvimento impera a pobreza e os direitos indisponíveis para grande parte da população.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando. Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía Práctica de Kant. **Revista de Ciencias Jurídicas Vniversitas**. Bogotá, V. 60, N. 123, p.45-74, 2011. Disponível em: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14309>. Acesso em: 20 jun. 2018;

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BRANDALIZE, Adalberto. Oportunidade De Trabalho Para Os Mais Velhos, Alternativa Em Que Todos Lucram. **UNOPAR Científica Jurídicas e Empresariais**, Londrina, V. 9, N. 1, p. 47-56, 2008. Disponível em: [http://app.vlex.com/#WW/search/\\*/trabalho+idoso/WW/vid/221089411](http://app.vlex.com/#WW/search/*/trabalho+idoso/WW/vid/221089411) . Acesso em: 8 jul. 2018;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jul. 2018;

BRASIL. **Conselho Nacional do Idoso**: Lei Nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm). Acesso em: 04 jul. 2018;

BRASIL. **Estatuto do Idoso**: Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 04 jul. 2018;

CABRAL, Maria da Luz Leite. **Envelhecimento**: Perspetivas, Representações e Solidariedade Intergeracional. Porto: Mais Leitura, 2016.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. Introdução. *In: Os novos idosos brasileiros: Muito além dos 60?* CAMARANO, Ana Amélia (Org.). IPEA, Rio de Janeiro, 2004;

CEPAL-ONU, **Carta de São José sobre o Direito dos idosos de 2012**. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/legislacao/pdf/carta-de-sao-jose>. Acesso em 02 jul. 2018;

CEPAL-ONU. Derechos de Las Personas Mayores: Retos para la Interdependencia y autonomia. Disponível em: <https://conferenciaenvejecimiento.cepal.org/4/es/documentos/derechos-personas-mayores-retos-la-interdependencia-autonomia-0>. Acesso em 03 ago. 2018.

MAIA, Selmar José e MARTINI, Sandra Regina. Direito e Movimentos Sociais no Brasil: um Estudo a Partir das Audiências Públicas do Supremo Tribunal Federal. **Campo Jurídico**, vol. 4, n.2, pp. 102-117, outubro de 2016. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/download/155/148>. Acesso em: 26 set. 2018.

OMS, **Relatório Mundial de envelhecimento e Saúde. 2015**. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf> Acesso em: 11 ago. 2018.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**, Brasília, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

POZZOLI, Lafayette; ANTICO, Andrea. **A Função Promocional Do Direito Ao Trabalho Digno Sobre A Ótica Dos Direitos Humanos**, 2011. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjR4ZbLpc\\_OAhVEqR4KHfBkAWw-](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjR4ZbLpc_OAhVEqR4KHfBkAWw-)

QFggcMAA&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F1129%3Bjsessionid%3D0D-2D6B04B0CD8E9416B84D4AAEE61670&usg=AFQjCNE-EMIF\_\_zJIPq5GPeQu5ev029khSg&sig2=rGIS2\_1VIKAizMsfAGi\_ww&bvm=bv.129759880,d.dmo. Acesso em: 22 jun. 2018.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito a educação na sociedade contemporânea: Formação do cidadão. *In*: CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; *et al* (Org.). **Direito da infância, juventude, idoso e pessoas com deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 27-35.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, n. 48, p. 11-32, 1997. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=630>. Acesso em: 28 mai. 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho Científico**. 24ª ed. São Paulo, Cortez, 2016.

UNESCO, **Educação**: Um tesouro a descobrir. Brasília, 2010. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>. Acesso em 23 mai. 2018.

UNFPA. Fundo de População das Nações Unidas. **Envelhecimento no Século XXI**: Celebração e Desafio. 2012. Disponível em: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary\\_0.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary_0.pdf). Acesso em: 20 ago. 2018.

VERGARA, Sylvia Constant Vergara. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

# FENOMENOLOGIA, SAÚDE MENTAL E LIBERTAÇÃO NO CONTEXTO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO

*Ivone L. dos Santos*

## Introdução

A Bioética ampliou bastante seu campo de ação nos últimos anos. Antes considerada uma área voltada para as práticas biomédicas e biotecnológicas (Garrafa, 2005a; Garrafa, 2005b), a partir de 2005, com a promulgação da Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO (DUBDH, 2005), avançou no sentido de que passou a ser também compreendida como um espaço acadêmico e político (Garrafa, 2005b), com potencial para contribuir mais no debate de temas diretamente relacionados com a realidade mesma (Dartigues, 1992), ou seja, com os problemas concretos dos povos, nações, profissionais e pessoas e dos mais diversos ambientes, tais como a exclusão social, a guerra e a paz, vulnerabilidades físicas e psíquicas, violência institucionalizada, pobreza, racismo, precariedade da saúde pública e vários outros (Garrafa, 2005a).

De fato, a homologação da DUBDH (2005) foi um passo decisivo para que a bioética ampliasse seu alcance conceitual (Garrafa, Kottow & Saada, 2006), visto que foi a partir deste documento que a pauta bioética para o século 21 passou a incluir no seu discurso aspectos sociais e ambientais (Garrafa & Costa, 2000), até então, vastamente ignorados pela

bioética hegemônica, conhecida como principialista (Beauchamp & Childress, 2002). Na verdade, a DUBDH (2005) foi resultado de um longo período de conversas e debates promovidos pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), tendo sido o documento final aprovado na sua assembleia anual de Outubro de 2005, em Paris.

Mas não se tratou de um processo tranquilo; ao contrário, se fez necessário um grande esforço coletivo, no sentido de superar as muitas dificuldades decorrentes das posições antagônicas dos países participantes do evento, sobre questões políticas importantes à respeito do que deveria ser o conteúdo da Declaração sobre bioética da UNESCO (Garrafa, 2005a). Evidenciou-se, durante o processo, o empenho dos países ricos, liderados por Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha e Japão, em limitar a agenda bioética à área biomédica, eliminando do documento aspectos sociais e ambientais, considerados fundamentais para os países periféricos, ainda em desenvolvimento (Garrafa, 2005a).

Em contrapartida, os países periféricos, em defesa das posições conjuntas dos países latino-americanos, com o importante apoio das nações africanas, alguns países árabes e Índia (Garrafa, 2005a), reagiram a tempo aos interesses até então hegemônicos, ditados pelos países desenvolvidos; o que possibilitou que a Declaração sobre bioética incorporasse os temas da bioética sanitária, social e da bioética ambiental, ou seja, os temas dos que sofrem o peso “da injustiça institucionalizada e da desordem legalizada” (Martin-Baró, 1968:452), ou os temas referentes a realidade concreta (Dartigues, 1992) dos “oprimidos sociais” (Freire, 2005; Moffatt, 1986).

Uma bioética politizada, atenta à realidade dos mais frágeis, possibilita, por exemplo, a análise crítica do cotidiano das pessoas que se encontram internadas em hospícios ou instituições similares, os ditos “doentes mentais”, que estereotipados e vulnerabilizados pelas síndromes que se “alojaram” em seus corpos e mentes (Freire, 2005), veem-se amputados em suas funções sociais, sentindo nas peles a força da violência estatal, que, gradativamente, os despersonaliza, psicotizando-os, castrando-os, coisificando-os, docilizando-os (Goffman, 2013; Moffatt, 1986; Foucault, 1997), objetivando-os e convertendo-os em colonizados, deixando-os, propositadamente, sem nenhuma condição de elaborar seus próprios projetos de vida (Moffatt, 1986).

A perspectiva deste texto, portanto, é de promover uma reflexão mais aprofundada sobre as possibilidades de utilização da ética inclusiva e libertária, adotada como pressuposto da psicologia social, devidamente articulada aos princípios da Declaração da UNESCO(2005), de modo que as abordagens em questão, em conjunto, possam ser usadas como mecanismos ou ferramentas que venham a favorecer a luta por dignidade de milhares de pessoas que se encontram à margem da sociedade, desconsiderados como seres-no-mundo(Merleau-Ponty, 1999), pessoas estas, aqui representadas pelos ditos “doentes mentais”, que, na prática, em pleno Séc. 21, seguem ignorados nos seus direitos à saúde e à qualidade de vida; impedidos de desenvolverem suas humanidades; de exercerem plenamente suas cidadanias, e, portanto, lesados nos seus legítimos direitos fundamentais.

## Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH, 2005): impacto na formulação de uma agenda mais ampla para a bioética para o Século 21

Como já dito, a DUBDH(2005), ao promover o debate das questões sociais acabou reforçando, no contexto da bioética, as preocupações em solucionar ou amenizar problemas concretos, como por exemplo, a violência institucionalizada praticada contra pacientes cujos diagnósticos os apontam como “loucos”(Goffman, 2001/2013; Moffatt, 1986), tornando-os inadequados para o convívio com pessoas “ditas normais”, ou, em um sentido mais amplo, tem nos possibilitado pensar, com a devida radicalidade, a situação deficitária dos sistemas de saúde no Brasil e em outros países em desenvolvimento, que não dão conta de garantir a saúde – aqui entendida como qualidade de vida – a todos os cidadãos, sem distinção de qualquer espécie.

O fato é que, a partir da DUBDH(2005), a bioética passou a se configurar como uma disciplina que não mais se esquivava frente à necessidade de analisar as questões sanitárias e ambientais e não mais se furta de pensar, levando em consideração a devida complexidade da questão, sobre qual deve ser a responsabilidade do Estado na garantia dos direitos aos cidadãos, especialmente daqueles que pertencem à banda frágil da socie-

dade, os excluídos do modo de produção capitalista (Garrafa, 2005b). A promulgação da DUBDH, nessa perspectiva, pode ser considerada um grande passo para o campo da saúde, pois, além de contemplar as questões biomédicas tradicionalmente abordadas pela bioética, apresenta conquistas no campo social, capazes de impactar positivamente na política socioeconômica dos países menos favorecidos (Garrafa, 2005b).

Em outras palavras, com a Declaração sobre bioética da UNESCO, tornou-se possível aos que se dedicam ao estudo da bioética e que defendem a ampliação conceitual da disciplina (Garrafa, Kottow & Saada, 2006), traçar novas propostas teóricas e metodológicas, no sentido de promover o enfrentamento das contradições existentes, quando o desenvolvimento científico e tecnológico parece caminhar “a passos largos”, enquanto se assiste, com certa passividade, ao aprofundamento da exclusão social, da fome, do analfabetismo, da extrema pobreza, da discriminação e da violência (IDH, 2018).

Enfim, este estudo sustenta a tese de que a nova perspectiva da bioética, que se vislumbrou a partir da DUBDH(2005) trouxe consequências positivas e funcionais, no sentido de ampliar as discussões éticas nos setores biomédicos e da saúde, proporcionando uma certa melhora nas condições para implementação de medidas de inclusão social e abrindo a possibilidade de criação de sistemas sanitários mais acessíveis e justos (Garrafa, 2005a). Há, entretanto, um longo caminho a ser percorrido, na configuração de uma bioética interdisciplinar que, em parceria com outros campos de saberes, possa contribuir, mais incisivamente, para a construção de um mundo mais justo, solidário e, portanto, atento aos mais necessitados e socialmente vulneráveis.

## Saúde Mental e Libertação: reflexões a partir da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH, 2005)

Na década de 80 e 90 vários pensadores latinos se insurgiram contra o pensamento único, asséptico; com frequência, importado acriticamente dos países centrais. Vários teóricos se levantaram contra as teses hegemônicas que pouco diziam sobre os problemas concretos vividos pelas classes populares. No Brasil, temos o Paulo Freire (2005), que propôs uma

pedagogia libertadora, feita *com* os oprimidos; na Argentina, além do filósofo Enrique Dussel(2012) e sua proposta de uma “Ética da Libertação”, temos o brilhante trabalho do psicólogo social Alfredo Moffat(1986), que propôs uma “Psicoterapia do Oprimido”; também na psicologia social, um nome indispensável, em se tratando de psicologias sociais libertárias, é o do Salvadorenho, Ignacio Martin-Baró(2017), especialmente no que diz respeito as suas reflexões sobre os impactos da violência institucionalizada nas vidas dos mais pobres.

Nesse texto foi dada uma ênfase maior aos escritos dos já citados pensadores da Psicologia libertária, que tratam da necessidade de libertação de um grupo bastante estigmatizado, os ditos doentes mentais. Não custa lembrar que, para Martin Baró(2017), os transtornos referentes a saúde mental não devem ser reduzidos à estados biológicos ou orgânicos; ao contrário, devem ser compreendidos na sua complexidade fenomenológica, como formas peculiares de estar no mundo e até de configurá-lo(- Dartigues, 1992; Martin-Baró, 2017).

Em tempos em que anuncia-se, pela mídia, uma certa vontade política no Brasil de revogar a Reforma psiquiátrica(Amarante & Nunes, 2018) , faz-se necessário pensar criticamente o que significou em um passado bem recente, seja em El Salvador(Martin-Baró), na Argentina, no Brasil(Arbex, 2013 ) e muito provavelmente, em tantos outros países da América Latina, a opção por segregar pessoas em manicômios e em que isso resultou efetivamente para os direitos humanos dos pacientes(Albuquerque,2016). Neste sentido, a retomada de reflexões feitas na obra “Psicoterapia do Oprimido”, do Moffatt(1986), é indispensável.

Em suma, a questão principal a que se propõe este texto diz respeito a tentativa de demonstrar - embora parcialmente - alguns dos preceitos teóricos das perspectivas libertárias em psicologia social, especialmente no que se refere a saúde mental, e as vinculações possíveis destas propostas com um dos documentos internacionais mais importantes para a bioética, a já referida DUBDH (2005). À princípio, o que une teoricamente as perspectivas libertárias em psicologia social com a DUBDH(2005) é o reconhecimento de que existe uma realidade social, não contemplada pelo saber hegemônico, seja a psicologia behaviorista(Skinner, 2006), seja a bioética principialista(Beauchamp & Childress, 2002).

A DUBDH, embora não tenha força de lei, pode ter um forte impacto político nas organizações dos países, na medida em que traz para o debate, aspectos sociais que há tempos vem sendo ignorados pela bioética hegemônica, denominada de principialista (Beauchamp & Childress, 2002) pensada a partir dos interesses dos países centrais. Esta Declaração sobre bioética, portanto, instrumentaliza os estudiosos da bioética, interessados em pensar a bioética para além da biomedicina e da biotecnologia, no sentido de possibilitar a construção de uma bioética interventiva, libertária (Garrafa, 2005a), uma “bioética contra a ordem” hegemônica.

O diálogo entre a DUBDH (2005) e as teorias libertárias, seja na educação (Freire, 2005), seja na Filosofia (Dussel, 2012), na Fenomenologia (Merleau-Ponty, 1999) ou na Psicologia Social (Martin-Baró, 2017; Moffatt, 1986), torna-se imprescindível como ferramenta na busca da inclusão social, ou melhor, na luta pelos direitos daqueles que sempre estiveram à margem da História, os “condenados da Terra” (Freire, 2005; Martin-Baró, 2017); tendo como base princípios éticos capazes de promover o respeito ao Outro e à vida, de maneira geral. Em consonância com a proposta desse estudo, a perspectiva é de demonstrar que a preocupação com o resgate da dignidade humana, especialmente dos ditos “doentes mentais”, e com a necessidade urgente da construção de um mundo mais justo e igualitário, presente nas teorias psicológicas libertárias – aqui em destaque – as aproxima sobremaneira da Declaração da UNESCO (2005), especialmente no que se refere os seguintes temas:

### Dignidade Humana e Direitos Humanos (art. 3):

O artigo 3 da DUBDH: “Dignidade Humana e Direitos Humanos” é um dos mais significativos da Declaração, pois, ao preconizar que “a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade” (2005:8) constitui-se como um fio condutor presente em praticamente todo o documento. Além disso, este artigo (3), para ser melhor interpretado, deve ser emparelhado à pelos menos um dos objetivos aos quais a própria Declaração se propõe alcançar: [...] (iii) promover o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, assegurando o respeito pela vida dos seres humanos e pelas liberdades fundamentais [...] “(DUBDH: 07)

Nota-se, portanto, que embora a DUBDH(2005) seja um documento ético amplo, cujo conteúdo atenda a questões mais globais, uma de suas particularidades é a defesa incondicional dos Direitos Humanos(Oliveira, 2011), o que implica no fato de que os referenciais “liberdades fundamentais”, “direitos humanos” e “dignidade humana” aparecem em todo o corpo da Declaração, confirmando, por uma lado, a relação indissociável entre a Bioética e os Direitos Humanos(Oliveira, 2011), e, por outro lado, as afinidades da bioética contida na Declaração da UNESCO, com as teorias psicológicas libertárias(Martin-Baró, 2017; Moffatt, 1986), que há tempos se assumiram como defensoras dos direitos de todos humanos, e, particularmente, dos socialmente excluídos e desamparados pela ética de mercado(Porto & Garrafa, 2005).

A descrição do artigo 12 da Declaração da UNESCO(2005), “Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo”, não deixa a menor dúvida de que, embora a diversidade cultural e o pluralismo sejam valores imprescindíveis para a democracia, eles jamais devem ser usados como pretexto “para violar a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais”(DUBDH, 2005:10). Nota-se, portanto, que a DUBDH(2005), em parceria com perspectivas teóricas libertárias, especialmente aquelas advindas da Psicologia Social(Martin-Baró, 2017; Moffatt, 1986), pode ser um instrumento de extrema importância na defesa, por exemplo, daqueles que vivem sob a tutela de preconceitos, estigmas e discriminações, como os ditos “doentes mentais”(Goffman, 2001/2013).

Enfim, esta parceria entre uma Bioética crítica, politizada e interventiva(Garrafa,2005b); os direitos humanos(DUBDU, 2005) e as teorias psicológicas libertárias(Martin-Baró, 2017; Moffatt, 1986), pode ser decisiva na árdua tarefa de construir uma sociedade igualitária, justa, pautada numa ética social, que tenha como base o respeito aos direitos humanos e o resgate da dignidade de todos, sem distinção de qualquer espécie; trata-se de uma sociedade comprometida com os problemas concretos da vida de cada cidadão; capacitada a acolher a todos, visto que não se orienta pelo individualismo exacerbado, mas, ao contrário, se rege por princípios como solidariedade social e interação, bem como por todos os referenciais que possam contribuir para o resgate do valor da vida humana.

O compromisso social, portanto, será com os direitos de todos, o que, necessariamente, implicará na construção coletiva de um mundo incapaz

de silenciar frente à exploração e a negação da liberdade e da autonomia de pessoas, grupos ou comunidades. Enfim, um mundo que recuse a ética de Mercado (Porto & Garrafa, 2005; Freire, 2000); que firme parceria com os Direitos Humanos e estabeleça como pressuposto fundamental a busca incansável de justiça social; que produza conhecimentos capazes de contribuir para o efetivo exercício da cidadania;

Enfim, trata-se da reinvenção deste mundo já existente, reinaugurando-o numa outra perspectiva, mais humana, mais solidária; um mundo que se importe com as dores de cada um e de todos, ao mesmo tempo, e que, portanto, jamais aceite que situações como as ocorridas em Barbacena (Arbex, 2013) se repitam; dito de outro modo, um mundo composto por sociedades que jamais se eximam da tarefa de pensar a si mesmas, assumindo, sempre que convocadas, seus papéis políticos nas lutas históricas pela libertação dos “marginalizados do mundo”, dos “condenados da terra” ou “oprimidos” sociais (Martin-Baró; Freire, 2005; Moffatt, 1986)

## Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual – (art. 08) e Autonomia e responsabilidade individual (art. 5).

Somos todos vulneráveis, do ponto de vista existencial, visto que somos mortais e temporais. A DUBDH (2005), entretanto, quando traz como um dos seus princípios o “Respeito pela Vulnerabilidade e Integridade Individual (art.8)”, oportuniza à todos nós, a conexão com as nossas existências mesmas, nossas humanidades, como seres-para-si (Merleau-Ponty, 1999); assim, torna-se-á possível, a cada um de nós, transcendermos as nossas existências biológicas como humanos e seres vivos - afinal, tudo que é vivo morre - e pensarmos as vulnerabilidades causadas pelo ambiente social; enfim, as vulnerabilidades resultantes das relações históricas que estabelecemos como seres-no-mundo (Merleau-Ponty, 1999).

Martin - Baró (2017), no seu texto “Guerra e Saúde Mental” - um dos mais divulgados no mundo - faz questionamentos absolutamente pertinentes, que nos fazem pensar sobre o nosso funcionamento psíquico em tempos de guerra, terror, violência, fome e miséria. Como humanos, somos seres inacabados e em permanente construção; somos seres de projeto. Então: em tempos tenebrosos e contextos conflituosos, que

perpetuam as desigualdades e iniquidades(Barata, 2009), e que, portanto, constantemente colocam em risco a nossa sobrevivência física e mental, como tendemos a nos comportar? Dito de outro modo, quais as perspectivas quando, ao contrário do preconizado pela Declaração da UNESCO, o que prevalece é o desrespeito às nossas necessidades de sobrevivência e de preservação da nossa integridade, como indivíduos e como partes do corpo social.

No Brasil, não vivemos formalmente uma guerra civil, em condições similares aquela que assassinou Martin-Baró(2017), mas, e os altíssimos índices de violência(Souza & Adesse, 2005; Almeida et al . 2006), inclusive a violência institucionalizada, que afeta especialmente os pobres, e, não por acaso, negros(Theodoro, 2008)? Em que medida a violência, institucionalizada ou não, afeta nossa realidade psíquica? O fato é que é impossível tratar os problemas sociais dos países periféricos e pobres, nos moldes dos países centrais e ricos. Os contextos de desigualdades e iniquidades(Barata, 2009), que assolam os países em desenvolvimento, como o Brasil, impactam diretamente nos níveis de vulnerabilidade individual, o que nos impede de ficarmos alheios à necessidade urgente de modificarmos este quadro.

Martin-Baró(2017), muito provavelmente pelo contexto de guerra e violência que viveu, propôs mudar a perspectiva sobre a saúde mental e os transtornos mentais, na tentativa de compreender tais fenômenos, não como cópias fiéis a um funcionamento individual interno, supostamente desconectado do mundo exterior, mas, ao contrário, como um “espaço” onde se dá a materialização, seja em uma pessoa ou em um grupo, do caráter humanizador ou alienante de uma estrutura de relações históricas. Nessa perspectiva, a vulnerabilidade à que o doente mental está exposto, se explica menos pela sua condição biológica e mais pelo impacto dos acontecimentos que afetam as suas relações.

Afinal, que relações são possíveis em um manicômio? Em um dos trechos mais impactantes da sua obra *Psicoterapia do Oprimido*(1986:11), Moffatt, afirma: “nos manicômios presenciamos manipulações com os corpos dos pacientes que podem ser consideradas muito próximas a tortura. Começam pelo choque elétrico aplicado maciçamente”. A denuncia do psicólogo continua bastante atual. Seja dentro ou fora dos manicômios, os corpos dos “condenados da terra”, são tratados como se fossem sem almas, sem autonomias, desautorizados, feridos nas suas humanidades.

Ainda nas palavras de Moffatt(1986:11), “considerada louca, a pessoa não existe. É a coisificação, a transformação da pessoa em objeto”. Em pleno século 21 e apesar de avanços e marcos legais importantes(Brasil, CF, 2000), ainda estamos distantes de garantirmos, a cada cidadão, o devido respeito às suas autonomias, as suas integridades e dignidades.

O devido reconhecimento da humanidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que concedemos uns aos outros. Não há, entretanto, possibilidade de que ocorra uma tomada de consciência deste fato, numa perspectiva individualista. A conscientização da humanidade de cada um e de todos, ao mesmo tempo, só se dará coletivamente, sendo imprescindível, para tanto, o resgate da solidariedade humana, expressa no artigo 13º da Declaração: “A solidariedade entre os seres humanos e a cooperação internacional nesse sentido devem ser incentivadas” (DUB-DH, 2005:8)

O fato é que esta solidariedade parece impossível no contexto manicomial, visto que os pacientes tendem a ser reduzidos aos seus diagnósticos e, não muito raro, “amputados nas suas funções sociais”, isolados em si mesmos, passando por um “enorme e brutal empobrecimento” de vida; de modo que qualquer intenção pronunciada tende a ser sempre reinterpretada pela instituição como “coisa de louco”, provocando uma nítida “deteriorização do sentimento de autonomia, de autorrespeito do paciente”(Moffatt,1986:15 )

## Igualdade, Justiça e Equidade - (art. 10) e Solidariedade - (art. 13)

A ética que perpassa as teorias psicológicas libertárias(Moffatt, 1986; Martin-Baró, 2017) irradia fortemente o comprometimento com os socialmente mais necessitados, no sentido de refutar toda e qualquer “psicologização do fatalismo” (Martin-Baró,2017:173-203), que decreta, desde sempre, a impossibilidade do indivíduo assumir o protagonismo da sua vida; alterar o rumo da própria existência e controlar as circunstâncias que determinam a sua práxis. Ao contrário, toda e qualquer teoria libertária, à princípio, reconhece a realidade mesma(Dartigues,1992), com todas as dificuldades a serem enfrentadas no sentido de transformá-la, mas sempre partindo do princípio de que outro mundo, menos desigual, mais

equânime e mais justo(art. 10 da DUBDH) pode ser construído, tanto individual, quanto coletivamente.

Numa perspectiva libertária não existe ética possível na injustiça, na fome, na miséria. A realidade denunciada pelo brasileiro Josué de Castro, na sua obra: “Geografia da fome”(1984), não parece ter mudado de forma significativa nos dias atuais. Apesar dos avanços, em termos de legislações protetivas dos direitos dos cidadãos, como a própria Constituição Brasileira de 1988(Brasil, 2000), amparada, em âmbito internacional, na Declaração dos Direitos Humanos(1948), o Brasil parece bem distante de garantir os direitos fundamentais à todos os cidadãos, como manda a lei.

Como fica, desse modo, a condição de vida do indivíduo que vive na mais completa insegurança alimentar(Castro, 1984)? Uma ética com pretensões universais, vinculada à uma defesa daquilo que já está internacionalmente consensuado como “direitos humanos”(Oliveira,2011) , deve ter necessariamente posições vinculadas à defesa dos interesses daqueles seres humanos que vivem em situações desfavorecidas; jamais pactuando com atitudes de exploração, negadoras das liberdades dos que não são detentores dos meios de produção.

Essa “ética da proteção” dos necessitados e da solidariedade com os excluídos, que se faz presente nas teorias psicológicas libertárias, se faz presente também em vários artigos da Declaração da UNESCO(2005), especialmente no artigo 8º: “Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa” (DUBDH, 2005:7), do mesmo modo que, em consonância com a DUBDH(2005) Os psicólogos da libertação, expressam, de forma sistemática, e cada um a seu modo, seus sentimentos de indignação com as desigualdades que acabam por ferir princípios básicos dos direitos humanos(Oliveira, 2011).

Martin-Baró(2017),por exemplo, conclama a todos e todas para uma mudança revolucionária nas estruturas tanto políticas, quanto econômicas e até psicossociais, “sobre as quais está assentado um ordenamento que margiliza e dociliza, que fundamenta o bem-estar de alguns poucos na exploração opressiva de muitos”(p. 199-200). Nota-se, portanto, a necessidade urgente de uma tomada de consciência de que outra realidade é possível, como primeiro passo de um longo processo que exigirá dos explorados a força psíquica para, individual e coletivamente, expulsar os

valores dos opressores que se encontram alojados em suas mentes(Freire, 2005), impedindo, a partir de um processo de constante vigilância, controle e docilização dos seus corpos(Foucault, 1997), que os mesmos assumam-se como pessoas livres e autônomas(Martin-Baró, 2017).

Na perspectiva de uma bioética comprometida com questões sociais, devidamente sintonizada com a necessidade de resgate da dignidade dos mais frágeis(Garrafa, 2005b), a liberdade do ser humano, sem distinção de qualquer espécie(Art. 11 da Declaração) está acima dos interesses comerciais. Isso significa que a igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada, para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa como prevê o artigo 10º da Declaração. Trata-se, portanto, de romper com a lógica do lucro que, sem limite, vira privilégio de poucos que, em condições privilegiadas, fortalecem seus poderes contra os direitos dos demais; inclusive contra os seus legítimos direitos às próprias sobrevivências e as sobrevivências dos seus afetos.

O inconformismo do psicólogo Martin-Baró(2017) e de todos os pensadores que tomaram para si a luta para que se priorize ações que atendam aos interesses do Todo, transformando o mundo a partir da tomada de decisão ético-política de intervir na realidade é resultante da crença de que uma outra realidade, mais inclusiva e justa é possível. Para tanto, faz-se necessário que homens e mulheres se predisponham a resgatar uma ética solidária, que tenha como ponto de partida e de chegada, a busca de justiça social; justiça esta que exigirá uma mudança radical da realidade mesma(Dartigues,1992) .

Não-Discriminação, Não-Estigmatização(art. 11) e Respeito pela Diversidade Cultural e Pluralismo - (art.12)

Em consonância com as teorias psicológicas libertárias (Martin-Baró,2017 e Moffatt,1986), a Declaração da UNESCO(2005) no seu Artigo 11º pondera que: “Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização” (DUBDH, 2005:8). Nessa perspectiva, atitudes discriminatórias e preconceituosas são invariavelmente imorais, sendo nosso dever lutar contra, apesar da reconhecida força das dificuldades a enfrentar. O artigo 11º da DUBDH(2005) adquire, portanto, importância singular no combate às diversas formas de discriminação, de práticas

preconceituosas de raça, de classe, de gênero, que acabam por ofender gravemente os seres humanos afetados, além de serem atitudes que negam radicalmente a democracia.

Em tempos tão tenebrosos estamos nos distanciando, cada vez mais, da democracia, quando silenciemos frente a matança de moradores de rua; assassinatos de camponeses e indígenas, discriminação, exclusão e segregação dos negros; feminicídios, homofobias, estigmatização dos ditos “loucos” (Goffman, 2013) etc. Já não é sem tempo de aceitarmos o sonho de um mundo melhor; mas essa decisão exigirá de cada um e de todos a disposição para entrar no processo de luta ancorado numa ética solidária, que nos coloque contra qualquer tipo de violência, fazendo a defesa necessária a favor dos mais frágeis, dos estigmatizados (Goffman, 2013), acolhendo os anseios das minorias; nos colocando frontalmente contra a discriminação, seja lá qual for a forma de discriminação.

Enfim, trata-se da árdua tarefa que temos pela frente de assumirmos a luta justa e necessária da consolidação da democracia, onde os seres humanos sejam reconhecidos nas suas devidas importâncias, como seres-no-mundo (Merleau-Ponty, 1999), únicos, capazes de autonomia e liberdade e que, como sujeitos de direitos, jamais devem viver, em nenhuma hipótese, em condições sociais que diminuam suas chances de vida, de modo que venham a terem vergonha de si mesmos.

## Considerações Finais

Passados 14 anos desde a homologação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos na sede da UNESCO (2005), em Paris, pode-se afirmar que hoje, mais do que nunca, trata-se de um documento de grande importância para a bioética, na medida em que sua utilização tem propiciado a reflexão sobre a construção de um mundo mais justo e igualitário, que não exclua, nem diminua as chances de vida de ninguém.

O teor social e político presente em todo o corpo da declaração sobre bioética da UNESCO tem sido imprescindível no sentido de que possibilita aos interessados na área - ao menos aqueles comprometidos e engajados com a defesa de um mundo mais solidário e justo para todos - utilizá-la como instrumento em defesa dos direitos humanos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos direitos - muitas das vezes

invisibilizados e desrespeitados pelos interesses da lógica de mercado(Freire, 2000; Porto & Garrafa, 2005) - das populações mais pobres dos países periféricos.

Por outro lado, as problemáticas de saúde, no geral, e de saúde mental, em particular, vividas pelas populações mais pobres e necessitadas, sempre foram consideradas, pelos psicólogos libertários aqui em questão. Tanto o Salvadorenho Martin-Baró(2017) quanto o argentino Moffatt(1986), embora não tenham se referido a epistemologia tradicional e hegemônica da bioética, expressaram(no caso do Moffatt, continua a expressar), dos seus próprios modos, boa parte dos princípios e categorias contidas na Bioética política e Social, presentes na Declaração da UNESCO(2005), aqui em análise.

Ambos os psicólogos, Martin-Baró(2017) Moffatt(1986), partiram do pressuposto, em seus escritos e militâncias, de que a base da saúde mental de um povo encontra-se na existência de relações humanizadoras, que possibilite a criação de vínculos afirmativos da humanidade de todos. Em decorrência, uma sociedade mais justa não seria apenas um problema da ordem do político ou do econômico, mas também e, principalmente, um problema de saúde mental coletiva.

Nessa perspectiva, haverão mentes sãs e criativas, em qualquer sociedade, onde gozemos de um corpo social livre. Nosso desafio, portanto, não deve se limitar a “resolvermos” transtornos ocasionados pela violência, miséria, desigualdade, fome etc. mas em construirmos seres humanos novos e sociedades novas. Evidencia-se, desse modo, que uma bioética politizada, interventiva, libertária e, portanto, comprometida com a causa dos mais frágeis e preocupada com os necessitados ou vulneráveis(Garrafa, 2005b), mantém relação estreita com as psicologias libertárias aqui apresentadas.

O fato é que, ambas as propostas teóricas acima mencionadas não se furtam da tarefa de se importarem, efetivamente, com a busca de soluções para os problemas concretos dos seres humanos(Dartigues, 1992); com o que resulta de suas práxis diárias, dos seus dilemas, dos seus sonhos, das suas necessidades e potencialidades, o que, a princípio, nos permite seguirmos na crença esperançosa, mas jamais alienante, de que um outro mundo, mais justo, equânime e solidário, pode e deve ser construído.

## Referências Bibliográficas

- Albuquerque, Aline. Direitos Humanos dos pacientes. Curitiba: Juruá, 2016.
- Almeida, Angela Maria de Oliveira(Org.) et all. Violência, exclusão social e desenvolvimento humano – Estudos em representações sociais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.
- Amarante, Paulo & Nunes, Mônica de Oliveira. A reforma Psiquiátrica no SUS e a luta por uma sociedade sem manicômios. Revista Opinião. Ciência Saúde Colet. 23(6). Junho, 2018.
- Arbex, Daniela. Holocausto brasileiro – Vida, genocídio e 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. Prefácio de Eliane Brum. 1a Edição. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- Beauchamp, Tom L. & Childress. Princípios da Ética Biomédica. Tradução: Luciana Pudenzi. Edições Loyola, São Paulo: Brasil, 2002.
- Barata, Rita Barradas. Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.
- Castro, Josué de. Geografia da Fome – O dilema brasileiro: pão ou aço. 10ª edição. Rio de Janeiro: Antares, 1984.
- Dartigues, André. O que é Fenomenologia? Tradução de Maria José J.G. de Almeida. 7 Edição. Centauro Editora, 1992.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Tradução: Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília, 2005.
- Dussel, Enrique. Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen & Lúcia M.E. Orth. 4ª Edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

- Foucault, Michel. *Vigiar e Punir – História da violência nas prisões*. Petrópolis, Vozes, 1987.
- Freire, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 49ª impressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Pedagogia da Indignação*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7ª Edição, Editora Perspectiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (Trad.). 4 edição. Rio de Janeiro: LTC, 2013.
- Garrafa, Volnei. *Inclusão social no contexto político da Bioética*. *Rev Bras Bioética*, 1(2): 122-132, 2005a,
- Garrafa, Volnei. *Da bioética de princípios a uma bioética interventiva*. *Bioética*13 (1): 125-134, 2005b.
- Garrafa, Volnei; Kottow, Miguel & Saada A.(Org.). *Bases Conceituais da Bioética: enfoque latino- americano*. São Paulo: Gaia/Unesco, p. 19-20, 2006
- IDH - Relatório do Desenvolvimento Humano. “Índices e Indicadores do Desenvolvimento Humano: Atualização Estatística de 2018”. PNUD, 2018.
- Martin- Baró, Ignácio. *Crítica e Libertação na Psicologia – Estudos Psicossociais*. Organização, notas e tradução de Fernando Lacerda Júnior. RJ: Vozes, 2017
- Martin- Baró, Ignácio. *Los cristianos y la violencia. Teoria y crítica de la psicología* 6. (2015). 415-456. Disponível em <http://www.teocripsi.com/ojs/> (ISSN:2116-3480).
- Merleau- Ponty, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 2 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- Nogueira, Roberto Passos(Org.) Determinação Social da saúde e Reforma Sanitária. Coleção Pensar em Saúde. Rio de Janeiro: Cebes, 2010.
- Oliveira, Aline Albuquerque S. Bioética e Direitos Humanos. Prefácio de Volnei Garrafa. Edições Loyola. São Paulo: Brasil, 2011.
- Porto, Dora & Garrafa, Volnei. Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado. Revista Bioética- Vol. 13, nº 1, 2005.
- Moffatt, Alfredo. Psicoterapia do Oprimido - ideologia e técnica da psiquiatria popular. Tradução de Paulo Esmanhoto. 6ª Edição. São Paulo: Cortez, 1986.
- Skinner, Burrhus Frederic. Sobre o Behaviorismo. Tradução de MARIA da Penha Villalobos. 10 ed. Cultrix, 2006.
- Souza, Cecília de Mello & Adesse, Leila(Orgs). Violência Sexual no Brasil - perspectivas e desafios. Brasília: Secretaria Especial de Políticas Públicas para Mulheres, 2005
- Theodoro, Mário(Org.) As políticas Públicas e a desigualdade no Brasil: 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008.

# A IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

*Vinicius de Almeida Santana Melo*

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é condicionada como um dos mais importantes direitos fundamentais na contemporaneidade, havendo sido originada com o intuito de proporcionar uma livre circunscrição ideológica para os indivíduos. Desde a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e da Constituição Francesa de 1791, diplomas consagradores das autonomias públicas, tem-se a necessidade de uma tutela negativa do Estado para com as correntes ideologias e manifestações sociais.

Com o passar do tempo, diversos países procederam a sua internalização jurídica por perceberem constituir-se requisito fulcral a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Hodiernamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, originada em 1948, no contexto pós-segunda guerra mundial, a estabelece numa posição de supremacia pelos mesmos motivos firmados.

A primeira oportunidade em que o instituto recepcionou tutela em *terrae brasilis* se deu na Constituição do Império do Brasil de 1824, sofrendo manutenção nas ordens ulteriores. Seu mérito foi deveras restringido entre os anos de 1964 e 1985, qual seja a ditadura militar brasileira, em que

o refreamento da pluralidade ideológica consubstanciou uma única visão de mundo estabelecida pelo Leviatã.

Por seu lado, o encerramento do regime autocrático brasileiro e a consequente gênese da Constituição Federal de 1988 oportunizou uma ampla tutela normativa da liberdade de expressão. Refletiu o constituinte que permitir uma área de circulação autárquica de convicções deveria ser pressuposto da novel ordem pública, principalmente diante a diminuta experiência democrática perfeita em solo brasileiro.

De forma conjunta, a cláusula *freedom of speech*, precipuamente emergida na *Bill of Rights* e *a posteriori* reproduzida em diversos ordenamentos jurídicos, conferiu uma maior segurança para o labor legislativo. Com fulcro na teoria da separação de poderes, seu alcance consubstancia o entendimento de que os eventuais excessos praticados pelos Parlamentares devem ser perquiridos pela Casa em que se encontram vinculados, fator que impede a inserção do Poder Judiciário.

Neste cenário, emergem contrariedades referentes a atribuição de eventuais limites para estes institutos num Estado Democrático de Direito. Por constituir-se norma-princípio, é inevitável seu confronto para com outras prerrogativas fundamentais estabelecidas na Carta Magna, realidade esta que vem sendo correntemente dirimida pelo Poder Judiciário.

Considerando o que foi pretextado, despontam as seguintes indagações: a liberdade de expressão, como espécie de direito fundamental, comporta limites semânticos? Qual a narrativa histórica e a fundamentação da cláusula *freedom of speech* num Estado Democrático de Direito? De que maneira vem se comportando a jurisprudência sobre a matéria?

O trabalho enfatizará a importância dos direitos fundamentais, em geral, e da liberdade de expressão, em particular, para promover o exame de até qual ponto suas aplicabilidades encontram consonância numa saudável (co) existência social. Esta base norteará todo o trabalho monográfico, o qual possuirá recorte epistemológico afeto a questão do *hate speech* e o seu eventual auxílio às práticas opressivas.

A determinação de pontos sobre o instituto e seus eventuais limites revela-se deveras importante numa temporalidade marcada pelas não raras colisões de patrimônios jurídicos. Considerando a proeminente incidência de excessos discursivos no plano fático, será possível determinar questões tangentes a uma razoável restrição discursiva.

Preliminarmente, serão esculpidas elementares perspectivas doutrinárias sobre os direitos fundamentais, enfatizando sua construção científica desde o século XVIII, bem como suas principais características e dimensões. Daí serão inferidas a (im) possibilidade de estabelecer-lhe limites num ambiente pautado pelo regime democrático.

A dissertação do tópico *freedom of speech* se juntará àquela para estipular o tratamento oferecido pelo Poder Judiciário a limitação da liberdade de expressão e manifestação de pensamento parlamentar no âmbito material. Desta maneira, chegar-se-á ao epílogo de como a jurisprudência brasileira vem se comportando com relação a matéria.

## 2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Caracteres introdutórios configuram-se de especial relevância ao alcance de um melhor recorte científico, haja vista possibilitar didático aproveitamento para o(a) leitor(a). Possuindo em tela a inerente complexidade dos Direitos Fundamentais, principalmente aos indivíduos menos habituados a agremiação jurídica, serão traçadas notas basilares com o intuito de evitar disparidades técnico-semânticas.

A narrativa histórica demonstra grande aptidão das instituições públicas para com a promoção de políticas segregacionistas e/ou depreciadoras de prerrogativas existenciais, fator que legitima uma série de desigualdades comunitárias. Desde a antiguidade, a discussão relativa à existência de um mínimo substancial à dignidade humana desenrola-se no plano teórico com o intuito de consubstanciar melhorias nas condições existenciais (KANT, 2007, p. 68).

Não obstante a construção do princípio da dignidade da pessoa humana remonte longínquas ordens temporais, bem como retenha semântica não-uníssonas no panorama mundial, tem-se por inegável que este instituto se caracteriza como premissa de validade e legitimidade dos ordenamentos legais (BARROSO; MARTEL; 2010, P. 35). Seu conteúdo material condiciona legitimidade às ações estatais e estipula um vetor de análise da legislação, motivando a necessidade de o Poder Público proceder ao respeito dos direitos fundamentais.

Dirigidos à concepção de dignidade positivada pelo Poder Constituinte Originário, tais espécies qualificam-se como mínimo ético dos

sujeitos de direito. Sem prejuízo de outras formulações, podem ser definidos como normas jurídicas, ligadas à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, esculpidas no plano ideal de um Estado Democrático de Direito por conta de sua elevada importância axiológica (MARMELSTEIN, 2014, p. 17). Perfazem as escolhas essenciais, atribuídas mediante determinação popular direta ou representativa, reunidas numa Constituição (CANOTILHO, 1980, p. 52).

O contemporâneo relevo deste instituto provém do elevado *status* material oferecido pelos Estados pós-modernos, haja vista se constituírem como as primárias estruturações da ordem liberal-democrática (CARVELLI; SCHOLL; 2011, p. 02). Possuem a função de expor a autonomia político-pessoal dos cidadãos e de garantir-lhes concretas oportunidades de organização e gerência da própria vida, pois fundamentam a real participação nos ramos da vida pública ausente desarrazoadas intervenções estatais.

Melhor interpretação permite inferir que o Poder Público deve assegurar e oferecer condições de manifestação em todos os contextos de aplicabilidade, de acordo com a temporalidade vigente (PEIXOTO, 2013, p. 28). A submissão de interesses e valores sociais a um filtro jurídico protecionista permite uma melhor coexistência na *práxis*, pautada em requisitos de razoabilidade.

O conteúdo dos direitos fundamentais aparelha a execução de um sem número de relações jurídicas, pois os indivíduos tornam-se material e processualmente competentes a defesa de seu patrimônio jurídico. Por esse aspecto, a concretização do Estado Democrático de Direito demanda uma relação direta entre a base de legitimidade popular e a salvaguarda deste recorte jurídico, relacionando a prática da vida social a caracteres que proporcionem seu digno exercício, sob pena de desqualificar-se o próprio histórico desenvolvimentista (STRECK, 2007).

Em sequência ao regime ditatorial brasileiro, período que se estendeu de 1964 até 1985 e foi responsável pelo acentuado tolhimento das prerrogativas democráticas, o paradigma neoconstitucionalista estabeleceu o retorno da noção de limitação de poder ao Estado. Consoante esta orientação juspolítica, um vasto rol de restrições e prestações foi promulgado na Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2011, p. 05).

O Título II foi o espaço escolhido pelo Constituinte para transpor os direitos fundamentais, o que denota a demasiada importância que os

mesmos possuem no sistema pátrio. Suas principais características foram colacionadas no artigo 5º, §§ 1º e 2º – que tocam a aplicabilidade imediata e o sentido exemplificativo – e no artigo 60, § 4º, inciso IV – passagem a qual impossibilitou que intransigentes ventos políticos os suprimissem.

Sem prejuízo das correntes que consignam a quase ineficácia dos direitos fundamentais para a defesa de um mínimo patrimônio jurídico (STRECK, 2014, p. 14), é cediça a responsabilidade deste recorte para a elevação do respeito aos indivíduos no contexto pátrio. Sua notoriedade, a qual resvala fundamento na proeminência da Lei Maior, determina uma nova maneira de pensar a Ciência e a Filosofia do Direito.

Algumas características são mencionadas pela doutrina com o propósito de separar os direitos fundamentais das outras espécies legais positivadas na Constituição Federal de 1988. Nesta ocasião, não se advoga a absoluta presença desses atributos em toda e quaisquer situações, tratando-se, em verdade, de medida pedagógica que possui o fito de melhor ambientar o(a) leitor(a) a temática proposta.

Diante o caráter ético proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana, dispositivos guardam potencial contrariedade pelo fato de refletirem a vasta diversidade ideológica existente. A gênese dos embates possui fulcro em sua incidente natureza principiológica, a qual demanda que os julgadores decidam, de forma restritiva ou supressiva, os diversos valores postos a apreciação.

A jurisprudência hodierna possui razoável entendimento de que os direitos fundamentais se caracterizam como relativos, razão que condiciona a resolução das eventuais lides através da técnica de sopesamento (BRASIL, 1999). A harmonização dos patrimônios individuais e coletivos possui o condão de incentivar a prática de uma (co) existência pacífica no plano real.

Para parcela da doutrina liberal, enxergar os direitos sob uma perspectiva transponível dirige-se a proporcionar bases para o respeito mútuo em sociedade. Uma visão absoluta tenderia a minar uma expectativa de estabilidade, pois ocorre a necessidade de justificar politicamente o estabelecimento das metas comunitárias (DWORKIN, 1984, p. 53).

As qualidades reiteradamente explanadas pelos teóricos tocam a historicidade – surgimento de acordo com a dinâmica social –, a inalienabilidade e a indisponibilidade – mero consentimento do titular ser in-

competente a absoluta preterição –, a constitucionalização – consagração explícita ou implícita numa Lei Maior –, o poder de vinculação do Poder Público – termo construtivo e legitimador do Estado –, a eficácia perante particulares e a aplicabilidade imediata – não havendo necessidade de lei regulamentadora *in tantum* (MENDES, 2015, p. 142-156).

A despeito de ser possível arrolar outras inúmeras características para os direitos fundamentais, mostra-se suficiente as percepções referenciadas. A partir do atual momento, as nuances sobre a liberdade de expressão parlamentar e a imunidade material poderão ser melhor trabalhadas.

### 3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade qualifica-se como um dos direitos fundamentais mais festejados no decorrer da história. Sua materialidade toca a possibilidade de os indivíduos desenvolverem sua existência de maneira livre e ausente receios de prováveis sanções estatais.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 positivou o direito à liberdade, sob efeito jurídico de cláusula pétrea, para todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (VIEIRA, 2006, p. 135). Embora não seja possível uma semântica uníssona do termo, bem como estabelecer métodos imediatos de resolução judicial, tem-se por inegável que sua literal aceção desencadeia robustos avanços jurídicos a uma população desacostumada com grandes intervalos democráticos.

De acordo com melhor doutrina, percebe-se que o convívio em sociedade demanda a existência de uma pluralidade ideológica e a dotação de uma equânime posição argumentativa para os sujeitos de direito (CASTANHATO, 2013, p. 34). A melhor aplicabilidade das liberdades públicas apenas se faz viável em uma realidade que consigne uma perspectiva dialógica de direitos fundamentais, motivo pelo qual faz-se relevante uma principiologia jus-humanista no trato comunitário (CASTANHATO, 2013, p. 51).

Nesse diapasão, a linguagem, qualificada como selo distintivo dos seres humanos, fundamento de sociabilidade e de compreensão interpessoal (HEIDEGGER, 2005, p. 225-230), possibilita a gênese da supramencionada diversidade ideológica. A organização dos sujeitos em diversos gru-

pos proporciona uma essencial abundância de valores para a construção de uma sociedade livre e justa (POTIGUAR, 2015, p. 17).

Não por outro motivo, no panorama das autodeterminações positivadas em fins do século XVIII, a liberdade de expressão auferiu importantes contornos materiais. Sua primeira positivação no plano internacional se deu através dos artigos 10º e 11º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), passagens que estabeleceram, respectivamente, a independência opinativa e a possibilidade de sua livre divulgação, respondendo o(a) autor(a) por eventuais excessos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) promulgou que todo indivíduo possui direito à liberdade de opinião e de expressão, fato que inclui o dever de não ser inquietado pela emissão das mesmas.

Sob igual orientação, o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica (1969) exararam suas disciplinas, denotando característica de essencialidade da prerrogativa para a sobrevivência de um regime democrático.

A liberdade de expressão e manifestação do pensamento foi promulgada como um dos valores centrais da Lei Maior brasileira, a qual oficializou os vieses subjetivo e institucional. À medida que sua faceta subjetiva tem o objetivo de proporcionar a autorrealização da dignidade humana, o lado objetivo visa assegurar o desenvolvimento da opinião pública independente, o pluralismo político e a soberania popular (FARIAS, 2001, p. 45), originando uma maior participação dos governados nos rumos da vida pública (TAVEIRA, 2010, p. 20).

Na qualidade espécie de liberdade pública, a prerrogativa demanda que o Poder Público se abstenha de praticar a censura de opiniões. Além do mais, deve garantir este direito por meio de uma postura ativa que facilite a sua aplicabilidade prática e imediata.

Contornando o longo debate sobre a sua conceituação, define-se a liberdade de expressão e manifestação do pensamento como o direito de os indivíduos manifestarem seus pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos valorativos sem receio de indevidas sanções estatais. Sua melhor interpretação permite que às pessoas seja deferido, inclusive, o direito ao silêncio.

Como é possível verificar, a execução desse recorte jurídico traz consigo uma gama de elementos antropológicos, sociais e culturais inerentes aos

sujeitos de direito. A ideia colacionada a essa afirmativa circunscreve a inadmissibilidade de controles internos de verdade (FARIAS, 2001, p. 70-71), pois os juízos valorativos apenas devem ser confrontados com a principiologia do sistema legal e com outras ideologias vigentes na sociedade.

Perquirindo a consolidação de uma real democracia participativa, compreende-se que a possibilidade de sua restrição ou supressão em casos específicos detém o razoável objetivo de oferecer igualdade de respeito aos componentes da coletividade política (TAVEIRA, 2010, p. 41). Esta asserção vai ao encontro do que foi aduzido em capítulo anterior, momento em que foram certificadas as noções doutrinária e jurisprudencial de que a relatividade dos direitos fundamentais configura pressuposto de (co) existência social.

Neste timbre, eventual controle da liberdade de expressão necessitará análise à luz da teoria dos princípios, devendo atentar-se o(a) julgador(a) para que não haja desproporcional tolhimento, bem como para que não ocorra uma promoção judicial que facilite indevidas agressões aos patrimônios jurídicos dos indivíduos (FARIAS, 2001, p. 68). Este imprescindível cuidado fomentará maior coexistência pacífica entre o instituto e a dignidade humana no seio social.

## 4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO PARLAMENTAR E IMUNIDADE MATERIAL

### 4.1 NARRATIVA HISTÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO

Após o fim do regime absolutista inglês, os integrantes da nobreza demandavam institutos que lhes possibilitassem atuar na vida pública legislativa sem que o Estado os perseguisse indevidamente. O advento do *Bill of Rights*, em fins do século XVII, objetivou dotar a segurança jurídica querida por esses indivíduos, tendo sido bastante competente para tanto.

Esse documento ofereceu gênese a cláusula *freedom of speech* para garantir que as opiniões e os juízos de valor desempenhados em decorrência do mandato representativo não fossem punidos pelo Poder Público. Igualmente convencionada como imunidade material ou inviolabilidade parlamentar, compreendeu a necessidade de resguardar um Poder Legislativo independente de outros braços estatais.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 explicitamente proclamou-o como essencial prerrogativa política, determinando que os Senadores e os demais representantes não respondessem judicialmente pelas suas interpelações discursivas. De igual maneira, a Constituição de Weimar (1919) e a Lei Fundamental de Bonn (1949), a última ainda vigente no território alemão, firmaram que o cumprimento das funções legislativas típicas e atípicas exigiam liberdade de atuação.

Como aduzido, a maneira que o Estado regula a liberdade de expressão no cenário social diz muito sobre o espécime de regime político por ele adotado. Nesse sentido, conseqüentemente, as especificidades do *freedom of speech* demandam análise subsequente por constituir-se espécie daquela.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 ratificou o instituto ao transpor a imunidade dos Congressistas no que toca às ações, às palavras e os votos desempenhados em decorrência do mandato. Em que pese as atitudes antidemocráticas desempenhadas pelo Imperador D. Pedro I à época, era-lhes conferida tão ampla prerrogativa que até mesmo era possível o questionamento da forma de governo e das políticas adotadas pelo mesmo.

A Constituição da República dos Estados do Brasil de 1891 previu em seu artigo 19 a aplicabilidade do instituto no início da era republicana. Não houve inovação ao que já era consignado anteriormente, no entanto cabe ressaltar o objetivo do Poder Constituinte em proporcionar um ambiente político desvirtuado dos caracteres de privilégio monárquico.

Por sua vez, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, socialmente avançada para o contexto da década de 30, a positivou nos artigos 31 e 89, § 2º, respectivamente, aos Deputados Federais e Senadores. Não obstante sua diminuta vigência temporal, foi competente para combater as ideologias nazifascistas que intentavam espaço no Brasil.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, em que pese tenha previsto a imunidade parlamentar, possibilitou a responsabilização dos Congressistas por atos de calúnia, difamação, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime, afastando todas as garantias quando houvesse interesse das forças políticas dominantes. Frente a possibilidade legal de dissolução do Poder Legislativo, de nada adiantava sua positivação (KRIEGER, 2002, p. 38)

Com o fim do Estado Novo, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, a qual ofereceu ressignificação para as características democráticas, restabeleceu a devida autonomia para os Parlamentares. Foi positivada a obrigação de os legisladores poderem desempenhar suas atribuições sem receio de sanções jurídicas, pois eram consideradas peças fundamentais a propositura de um sistema ideologicamente diverso e pluripartidário (KRIEGER, 2002, p. 39).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, fruto da ditadura militar, limitou-se a repetir o que já era estabelecido nos Diplomas de 1934 e 1946, o que, supostamente, denotaria a preferência por um sistema pluripartidário. No entanto, a Emenda Constitucional nº 11/78 atualizou suas considerações para estipular singelas exceções nos feitos de crimes contra a segurança nacional, pois havia o explícito objetivo de perseguir os que pensavam de maneira contrária às concepções autocráticas vigentes. A Emenda Constitucional nº 22/82 possibilitou a responsabilização judicial nos casos de crimes contra a honra.

Depreende-se a partir do conteúdo dissertado que a liberdade de expressão e manifestação do pensamento *lato sensu* e a imunidade material encontram-se umbilicalmente ligadas, embora diversos sejam seus fatores de motivação. A maneira que aquele instituto se encontra abrangido pela ordem política determinará a autonomia auferida pelos parlamentares para a prática político-legislativa.

## 4.2 DISPOSIÇÕES JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS E PRECEDENTES JUDICIAIS

Sob a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu acentuado espírito democrático, a inviolabilidade recepcionou grande efetividade jurídica. Com base no artigo 1º, V, o artigo 53, inserto no Estatuto dos Congressistas, colacionou que os Deputados e Senadores não podem ser responsabilizados civil ou penalmente por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Detendo o mesmo contratempo da liberdade de expressão *lato sensu*, a cláusula *freedom of speech* suscita grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência contemporâneas. De um lado, tem-se a legitimidade de o parlamentar não ser sancionado e/ou responsabilizado pelas opiniões, pa-

lavras e votos estabelecidos em curso do mandato; de outro, há os direitos individuais provindos da dignidade da pessoa humana, os quais fundamentam limites paradigmáticos a esta prerrogativa.

Como referido no segundo capítulo, o melhor entendimento hodierno inviabiliza que os direitos fundamentais individuais ou coletivos sejam considerados como absolutos no Direito Constitucional pátrio (BRASIL, 1999), motivo pelo qual a inviolabilidade também se encontra imersa em natureza relativa. Nesse contexto, o Pretório Excelso dispõe que as verbalizações proferidas pelos parlamentares devem guardar nexo de causalidade com o curso do mandato e/ou sua correlata atuação política para que o Poder Judiciário esteja impedido de atuar no caso (BRASIL, 2012).

Analisando criminalmente, a doutrina varia em considerar a imunidade material como excludente de ilicitude (KRIEGER, 2002, p. 50) ou causa extintiva de punibilidade (BITTENCOURT, 2011, p. 181), no entanto, importa salientar que o resultado de impedir a incidência da lei penal é mantido independentemente de qual tese seja adotada. Diante a necessidade de as eventuais exacerbações discursivas serem analisadas casuisticamente, tem-se elevada insegurança jurídica no que tange a uma perspectiva unânime sobre a matéria.

O confronto entre a liberdade de expressão parlamentar e outros direitos fundamentais, a exemplo da honra objetiva, suscitou decisões importantes por parte do Poder Judiciário. Em que pese estes vereditos não detenham efeito judicial vinculante, são balizas interpretativas muito importantes na contemporaneidade jurídica.

No bojo do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 401.600/DF (BRASIL, 2011), a Suprema Corte analisou determinadas falas aduzidas em plenário pelo então Deputado Distrital Luiz Estevão de Oliveira Neto, as quais foram reproduzidas no Boletim Diário da Câmara Legislativa, principalmente a afirmação de que a empresa Novadata Sistemas e Computadores S/A, em conjunto com Mauro Farias Dutra, teriam concorrido para ato de fraude licitatória.

Promovida competente ação ordinária e posteriormente a regular tramitação no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello asseverou a impossibilidade de responsabilização cível pelo fato de os verbetes possuírem conexão com o exercício do mandato parlamentar. Os excessos

porventura existentes nesta seara deveriam ser dirimidos através da própria Casa, haja vista previsão constitucional concernente a disciplina.

Por conseguinte, no desenrolar do Recurso Especial nº 1.642.310 – DF (BRASIL, 2017), o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se em semântica adversa ao examinar os fatos envolvendo a Deputada Federal Maria do Rosário Nunes. Foi decidido pela Ministra Nancy Adrighi que o ex-Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro, ao afirmar em plenário que não a estupraria porque ela não merecia e porque era feia, feriu gravemente os direitos de personalidade e a dignidade da vítima.

A Magistrada fundamentou que a imunidade parlamentar não se reveste de natureza absoluta, motivo pelo qual deveria ser perquirido eventual nexos de causalidade a atuação legislativa para que o Poder Judiciário esteja impossibilitado de atuar. *In casu*, pelo conteúdo material perfeito, houve profusão de palavras totalmente estranhas ao mandato que permitiam a atuação deste braço estatal.

Essa paradigmática mudança de entendimento em casos de circunstâncias fáticas parecidas mostra-se competente para demonstrar a dificuldade de lidar com as situações do cotidiano político-jurídico. No entanto, permite-se concluir que gradativamente se alcança uma posição ainda mais protecionista para com os excessos discursivos no plano jurídico hodierno, respeitando desta maneira o *quantum* perquirido pela Constituição Federal de 1988.

## 5 CONCLUSÃO

Foi definitivamente estabelecido que o Estado deve zelar pela aplicabilidade dos direitos fundamentais e pela garantia de um patrimônio básico aos indivíduos, haja vista essas medidas consubstanciarem facetas da dignidade da pessoa humana. O debate sobre a natureza desse recorte jurídico recepcionou acentuado relevo na contemporaneidade, havendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado em diversos casos que sua natureza relativa se dirige ao resguardo da estabilidade social.

As não raras colisões de direitos fundamentais, com base em seu conteúdo político-principiológico, demanda a análise *in casu* por parte do Poder Judiciário, o qual deve constantemente se posicionar quanto a

restrição ou preterição. Com base no caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal, até mesmo os particulares encontram-se obrigados a respeitar as individualidades e a não executar condutas ilícitas para com outros.

O encerramento do regime autocrático brasileiro e a promulgação da Constituição Federal de 1988 diminuíram sensivelmente as problemáticas tangentes às desarrazoadas restrições da liberdade de expressão e manifestação do pensamento outrora realizadas pelo Poder Público. A sua recepção em diversos diplomas internacionais e a sua correlata posição de destaque na figura do Estado Democrático de Direito fundamentaram o papel do Poder Judiciário em resguardá-la o máximo possível na *práxis*.

Paralelamente, a imunidade material, que pode ser atribuída como uma categoria qualificada deste direito fundamental, determinou a necessidade de os parlamentares deterem um ambiente saudável para proliferação de suas ideias políticas. O ponto central é a importância que a figura congressista detém para a pluralidade política e para a melhor utilização do mecanismo estatal.

No entanto, em igual perspectiva de justiça, foi razoavelmente colacionado na legislação brasileira a necessidade de estabelecer fronteiras para o desempenho *lato sensu* e *stricto sensu* do instituto. Trata-se de uma perspectiva que visa salvaguardar uma saudável coexistência entre os sujeitos de direito no plano social.

Não sem razão, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando gradativamente no sentido de sancionar as condutas verbais que exacerbem os desejos colacionados pelo Constituinte nos fundamentos e nos objetivos da República Federativa do Brasil. Considerando especificamente a atuação legislativa, a cláusula *freedom of speech* passa a desvincular-se da pretensa disposição de espacialidade defendida por parte da doutrina para requisitar uma mínima correlação entre os dizeres e o objeto do mandato, independentemente de onde tenha sido o local de execução.

Esta perspectiva, a qual dirige-se a dignidade da pessoa humana positivada no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, permite que os parlamentares gradativamente se atenham ao objeto do mandato que lhes foi confiado. Este garantismo político tende a contribuir com a apriorística existência da democracia, bem como com as melhores razões de justiça.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim. 23 mai. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestsellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Weimar Constitution**. Berlim. 11 ago. 1919. Disponível em: <[http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php#Sixth%20Chapter](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Sixth%20Chapter)>. Acesso em: 08 abr. 2019
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2018.
- ASSEMBLEIA NACIONAL DA FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 out. 2018.
- ASSEMBLEIA NACIONAL DA INGLATERRA. **Bill of Rights**. Londres, 1689. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/74887/mod\\_resource/content/1/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%201689%20-%20Bill%20of%20Rights.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/74887/mod_resource/content/1/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Direitos%201689%20-%20Bill%20of%20Rights.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, 2010. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54230/morte\\_dignidade\\_autonomia\\_barroso.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/54230/morte_dignidade_autonomia_barroso.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2019.)

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. Vol. 3. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 24 fev. 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 16 jul. 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF. 24 jan. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 out. 2018

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 10 nov. 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 18 set. 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Imperio do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. 22 abr. 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 19 mar. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 26 out. 2018

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF. 9 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 11**, de 13 de outubro de 1978. Altera dispositivos da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc11-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc11-78.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 22**, de 29 de junho de 1982. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc22-82.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc22-82.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2019.)

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.310-DF. Recorrente: Jair Messias Bolsonaro. Recorrido: Maria do Rosário Nunes. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. DJ 16 ago. 2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201642310.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 401.600/DF. Agravante: Novadata Sistemas e Computadores S/A. Agravado: Luiz Estevão de Oliveira Neto. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 31 mai. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/AI401600.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito nº 2.874/DF. Agravante: Alcides Rodrigues Filho. Agravado: Carlos Alberto Leréia. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 20 jun. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807829/agreg-no-inquerito-inq-2874-df-stf/inteiro-teor-112281137?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DJ. 16 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 19 out. 2018.)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 16 set. 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 08 abr. 2019.)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 1980.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 191, p. 167-189, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

CASTANHATO, Camila. **Liberdade**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6307/1/Camila%20Castanhato.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CONVENÇÃO DE FILADÉLFIA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Filadélfia, 1787. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (org). **Theory of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. Disponível em: <<http://fs2.american.edu/dfagel/www/rights.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. 2001. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=>>>. Acesso em: 26 out. 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007. Disponível em: <[https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET\\_434/kant\\_metafisica\\_costumes.pdf](https://ufpr.cleveron.com.br/arquivos/ET_434/kant_metafisica_costumes.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2019.)

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83053/185691.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20702/1/2015\\_AlexLobatoPotiguar.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20702/1/2015_AlexLobatoPotiguar.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. **Democracia e pluralismo na esfera comunicativa:** uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp125727.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: 2006.

# NENHUM HUMANO É ILEGAL

*João Antônio Johas Marques da Silveira Leão*

*Rodrigo Bandeira Marra*

## INTRODUÇÃO.

“Nenhum humano é ilegal”<sup>12</sup>, é com esse slogan que Seyla Benhabib inicia e conclui seu livro “O Direito dos Outros: Alienígenas, Residentes e Cidadãos”, no qual a filósofa sugere que a democracia contemporânea passa por uma série de reconfigurações que permitem a discussão sobre novas formas de ser considerado (ou não) um cidadão com direitos nos diversos Estados nacionais. Podemos dizer então que o tema central do livro é o pertencimento político (Termo técnico da filósofa em tradução livre) no alvorecer de um novo século.

Para o nosso tempo, Benhabib diz que o tratamento dado a todos aqueles que cruzam fronteiras (pelo motivo que for) é um termômetro crucial para a consciência moral e para a reflexão política das democracias liberais. Segundo ela, o Estado - nação está minguando. Não que ele vá deixar de existir totalmente, mas a necessidade de se considerar a linha cada vez mais tênue entre direitos humanos e direitos dos cidadãos faz com que a antiga configuração de Estado nacional precise mudar. Nesse sentido, novas modalidades de cidadania “desterritorializada” emergem.

A frase “Nós, o povo” que inicia a Constituição norte americana é utilizada pela autora para evidenciar que na sua própria articulação leva o peso dos dilemas existentes entre o respeito universal dos direitos huma-

---

12 Slogan do “Immigrant Workers Freedom Ride” (Nova York, 4 de outubro de 2003).

nos e os direitos reivindicados dentro de um território circunscrito, dentro de uma fronteira. O “o povo” advoga por algo universal, enquanto o “nós” claramente tende para uma limitação desse universal que diferencia o “nós” dos “outros”.<sup>13</sup>

Essa tensão entre o universal e o particular é de acordo com Habermas (Citado por Benhabib) a face de Jano<sup>14</sup> da nação moderna. E essa tensão é, em certo sentido, o ponto focal da obra, de onde partem as reflexões da autora.

Por outro lado, “nós, o povo” pode esconder duas ilusões importantes que a autora irá tratar: A ilusão da homogeneização do povo por um lado; a ilusão da autossuficiência territorial de outro. Cada vez se observa melhor a pluralidade das populações por conta das migrações e da permanência desses migrantes nos países de destino, instalando-se nos mesmos e gerando descendentes. Ao mesmo tempo, é difícil aceitar que um Estado seja autossuficiente quando a necessidade de comércio exterior é tão expressiva. Mas essa dependência não se resume apenas a questão comercial, mas também a heranças culturais “estrangeiras” que formam parte da própria identidade dos diversos Estados. Em suma, considerar os Estados como uma realidade estanque e rígida é desconsiderar sua história e sua dependência dos outros na sua formação identitária e, conseqüentemente, na identidade de seus cidadãos.

---

13 Apenas como curiosidade, vale a pena considerar quais são as implicações da frase que começa a carta magna brasileira de 1988. A nossa constituição começa dizendo que “Nós, representantes do povo brasileiro...”. Isso marca uma diferença com a constituição norte americana, na qual aqueles que estão sujeitos a lei são também aqueles que fazem essa lei (Ao menos na forma como a constituição se expressa). Essa característica será importante para a discussão do paradoxo que Benhabib identifica em toda essa questão: Aqueles que são objeto das leis que concedem a cidadania não vão nunca participar do processo de formação dessas leis. Em outras palavras, o estrangeiro será sempre um estrangeiro antes de ser reconhecido pelos cidadãos de determinado Estado como um cidadão também.

14 Jano (Janus em Latim) é o deus romano associado às mudanças e as transições. Habermas enfatiza o forte período de mudanças que atravessa o mundo como uma característica dos nossos tempos que os Estados democráticos precisam considerar.

O presente trabalho tem por objetivo lançar luz às ideias de direitos humanos oriundas de um viés filosófico-jurídico com o intuito de analisar o que se considera cidadania a partir dos pensamentos de Kant e Hannah Arendt associados à emergência de normas cosmopolitas, na sociedade contemporânea mundial, expostas pela filósofa Seyla Benhabib.

## 1. KANT E O DIREITO COSMOPOLITA.

O filósofo prussiano defende em sua obra “A paz perpétua” a formação de um governo cosmopolita para que se possa resolver as questões internacionais de forma que, como um todo, o mundo caminhe para uma convivência pacífica. Benhabib concorda com alguns argumentos kantianos, mas procura precisar melhor alguns pontos que ao seu ver não terminam de justificar esse direito cosmopolita.

Se diferenciarmos o Direito de Estado (Que se dá entre pessoas dentro de uma fronteira), o Direito das Nações (Entre os Estados) e o Direito Cosmopolita (Entre pessoas e Estados estrangeiros), identifica-se neste último o cerne do dilema da cidadania. É sempre um Estado-nação que acolhe (ou não) pessoas em seu interior como membros de sua organização.

Mas antes de se tornar um cidadão efetivamente, o estrangeiro precisou atravessar a fronteira desse Estado e se instalar, primeiramente, de maneira temporária. Nesse ponto, Kant argumenta que o direito a hospitalidade (essa acolhida temporária) deveria ser universal. Benhabib concorda com isso, mas diz que no filósofo não fica claro se esse dever moral é algo devido pela própria humanidade ou por normas positivas (legais). Ela argumenta que como não existe uma lei universal obrigando a hospitalidade, ela não pode ser forçada.

The right of hospitality expresses all the dilemmas of a republican cosmopolitical order in a nutshell: namely how to create quasi-legally binding obligations through voluntary commitments and in the absence of an overwhelming sovereign power with the ultimate right of enforcement. (BENHABIB, 2004, p. 29)

Ou seja, já na obra kantiana, percebe-se o dilema central da tensão entre a soberania estatal e um outro tipo de poder universal que de forma “quase legal” obriga as nações, por meio de compromissos voluntários, a seguirem algumas regras que garantem direitos às pessoas apesar de não fazerem parte, como membros de direito pleno (cidadãos), do Estado soberano em questão. E a questão da abertura à estadia temporária é paradigmática nesse campo, ocupando o espaço entre direitos humanos e direitos civis.

Não obstante, na concepção de Immanuel Kant o direito a ter direitos, ou seja, a ideia de a humanidade ser a garantidora dos Direitos Humanos, não poderá em hipótese alguma estar atrelada, simplesmente, à caridade ou filantropia, mas sim ao direito intrínseco ao Ser Humano. Kant faz, ainda, uma correlação entre o direito à liberdade, assegurado no Tratado Internacional de Direitos Humanos, e ao direito sobre o solo, alegando que a concessão do direito à liberdade acarreta, conseqüentemente, ao direito sobre o solo. Sobretudo, Kant, afirma que para a efetivação do “direito dos povos” é imprescindível a existência “de um contrato entre os que chegam e o país de destino”, de modo que o país receptor possa organizar a convivência entre ambos da melhor maneira possível, todavia, o “direito dos povos” deve ser indubitável em todos os lugares do planeta Terra. Kant diz: “A violação dos direitos em um só lugar da Terra é sentida em todos os outros” (KANT, 2004, p.54).

Uma pergunta que pode guiar a reflexão nesse ponto é a seguinte: Por que o direito à hospitalidade deveria ser aceito como universal? Kant responde dizendo que ele deriva da capacidade que todos os seres humanos possuem de se associarem. Ele sofre influência da proposta de Locke da *res nullius* (Coisa de ninguém), na qual a Terra, tendo sido dada a todos igualmente, pode ser apropriada pelos indivíduos por meio do seu compromisso com determinada porção deste dom. Benhabib diz que essa posição é uma espada de dois gumes no contexto do direito a hospitalidade já que pode ser usada (como foi historicamente) para legitimar o processo de colonização, assim como a necessidade de se saber usufruir dos bens da terra em comum.

No final, Benhabib diz que “the claim to the “common possession of the earth” does disappointingly little to explicate the basis of cosmopolitan right” (BENHABIB, 2004, p. 31). E por isso, apesar de concordar

com algumas conclusões kantianas, ela procura fundamentar esse direito cosmopolita de outra forma.

Em termos mais concretos, quais seriam então as contribuições kantianas que a autora resgata? Podemos elencar as seguintes: O princípio de não devolução; ser um marco de transição de uma soberania ao estilo de *Vestfália* para a soberania liberal internacional; evidenciar o paradoxo da legitimidade democrática. Vejamos algumas palavras sobre cada uma dessas contribuições: O princípio de não devolução, estreitamente ligado ao direito à hospitalidade, resguarda a vida e a liberdade das pessoas que ultrapassam as fronteiras de um Estado, independentemente do motivo que as levou a fazer isso. Em um primeiro momento, esse princípio parece diminuir diretamente a soberania nacional. Mas, pelo menos em Kant, essa soberania não se perde porque seria ainda dever do Estado definir o que significa vida e liberdade, dois conceitos fundamentais para os indivíduos que estão migrando. O Estado poderia então, a princípio, decidir sobre a legitimidade dessa migração com base na manipulação desses conceitos. É por isso que esse princípio é chamado de dever moral imperfeito, já que ele pode ser relativizado a ponto de colocar a autopreservação em primeiro lugar, se fechando para as necessidades estrangeiras.

Benhabib traz nesse ponto a figura do cidadão cosmopolita (*Weltbürger*) para mostrar que essa maneira de se aproximar ao problema, que opõe os interesses nacionais às necessidades dos migrantes, não é a melhor. Isso porque, segundo ela, as relações de dependência entre Estados e entre cidadãos de Estados diferentes é muito mais complexa que simplesmente opor quem faz parte ou não de um Estado. O dever moral para com o estrangeiro vai além da simples formalidade da sua condição no interior de determinado Estado. Ao trazer para o debate situações históricas e culturais, percebe-se que não é tão simples negar a qualquer um o direito de se deslocar para o interior de uma nação. A responsabilidade histórica dos alemães com o povo judeu, por exemplo, pode ilustrar bem esse fato. O que precisa ser feito então? A resposta da autora é a seguinte:

We need to decriminalize the worldwide movement of peoples, and treat each person, whatever his or her political citizenship status, in accordance with the dignity of moral personhood. This implies acknowledging that crossing borders

and seeking entry into different polities is not a criminal act but an expression of human freedom and the search for human betterment in a world which we have to share with our fellow human beings. (BENHABIB, 2004, p. 177)

Volta-se a necessidade que Kant já tinha visto de aceitar o deslocamento dos povos como algo normal e que deve ser universalmente aceito independentemente de seu status de cidadão ou não. Seria um direito que depende diretamente da dignidade moral do ser humano.

Uma segunda contribuição kantiana está em ser um marco de transição entre Vestfália e a soberania liberal internacional. Isso já ficou mais ou menos evidente ao discutir a necessidade de regras internacionais que “obrigam” os Estados com relação a questões de direitos humanos. Com relação à questão migratória, ela deixa de ser vista apenas como um problema doméstico, com total soberania do Estado, para estar subordinada por esses compromissos voluntários aos quais diferentes Estados se submetem com o fim de preservar melhor a dignidade da pessoa humana.

Vale frisar nesse ponto uma discordância entre Kant e Benhabib. Enquanto para Kant o direito de pertença ou de cidadania não pode ser formalizado por normas internacionais, para Benhabib ele é uma questão de direitos humanos e pode ser justificado junto com os princípios de uma moral universal. Ou seja, a autora vai além do que Kant propõe, na direção de uma menor soberania ao estilo de Vestfália.

Em último lugar e seguindo-se das duas primeiras contribuições, vê-se delineado o problema central do paradoxo da legitimidade democrática. Esse paradoxo separa democratas e liberais, conservadores e progressistas. De um lado do espectro estão os que negam a possibilidade de aderir-se a uma lista de direitos humanos que seria anterior e superior à soberania dos estados. Do outro lado, estão os que advogam para a possibilidade e talvez a necessidade dessa adesão. E entre esses dois extremos encontra-se toda uma variedade de posições concernentes a essas questões. Benhabib formula o paradoxo da seguinte maneira:

The paradox is that the republican sovereign should undertake to bind its will by a series of pre commitments to a set of formal and substantive norms, usually referred to as “human

rights.” The rights and claims of others – be they “auxiliaries to the commonwealth,” as women, slaves, and property less males were considered to be, or be they subjugated peoples or foreigners – are then negotiated upon this terrain flanked by human rights on the one hand and sovereignty assertions on the other. (BENHABIB, 2004, p. 47)

E como saída para se avançar nesse caminho paradoxal, a autora sugere o conceito de soberania popular (Popular Sovereignty), que não dissolve o paradoxo, mas facilita o reajuste sempre necessário dos conceitos nas democracias contemporâneas. Nesse conceito de soberania popular, voltamos ao tema do princípio que separa de alguma forma a Constituição brasileira da norte-americana. Para Benhabib é fundamental que os sujeitos de direitos sejam também aqueles que serão os autores das leis.

Essas contribuições kantianas permitem que Benhabib avance na direção de um governo cosmopolita no qual a interação entre Estados é cada vez mais relevante. Como a mesma mais de uma vez defende, não é a favor da eliminação da cidadania nacional em favor de uma completa cidadania universal, mas a favor de Estados com fronteiras porosas ao invés de fronteiras totalmente fechadas por um lado e sem fronteira alguma por outro. Essas interações internacionais darão lugar a ressignificações e atualizações de conceitos que a autora julga importante para o desenvolvimento das democracias contemporâneas. A esse processo ela chama de iterações democráticas.

## 2. BENHABIB E AS ITERAÇÕES DEMOCRÁTICAS.

Para começar com alguma clareza conceitual, vale a pena citar o que Benhabib quer significar com a expressão iteração democrática:

[...]complex processes of public argument, deliberation, and exchange through which universalist rights claims and principles are contested and contextualized, invoked and revoked, posited and positioned, throughout legal and political institutions, as well as in the associations of civil society. (BENHABIB, 2004, p. 179)

Percebe-se que essas iterações democráticas são a maneira pela qual as democracias se atualizariam, por assim dizer, ressignificando conceitos, atualizando legalmente as necessidades das pessoas de acordo com as novas demandas sociais contemporâneas. Nesse ponto a autora cita sua dependência filosófica com Wittgenstein e Derrida que, de maneira geral, entendem a significação dos conceitos como algo construído contextualmente e sempre passível de desconstrução e ressignificação de acordo com as novas realidades que surgem em contextos diferentes.

Já foi dito que a legitimidade democrática pode sofrer de duas ilusões sob o slogan “Nós, o povo”, a saber: A homogeneidade da população e a autossuficiência territorial. Partindo do pressuposto que essas duas características são exatamente isso, ou seja, ilusões, é preciso pensar a democracia sem cair em nenhuma delas. Essa é a proposta de Benhabib ao falar das iterações democráticas. Elas pressupõem o reconhecimento de dependências internacionais muito mais profundas que as meras formalidades fronteiriças.

Junto com o afastamento destas duas ilusões é preciso aceitar que o Estado soberano ao estilo de Vestfália também está minguando. Junto com ele, o modelo unitário de cidadania perde espaço para um modelo desagregado. O modelo unitário, nas palavras de Benhabib, seria: “combined continuous residency upon a given territory with a shared national identity, the enjoyment of political rights, and subjection to a common administrative jurisdiction” (BENHABIB, 2004, p. 146).

Atualmente é comum que pessoas possuam alguns desses direitos e não outros. É possível viver e trabalhar em determinado território sem que se possua o direito de votar, por exemplo. Esse modelo desagregado de direitos de cidadania está cada vez mais prevalente e traz consigo a necessidade de se repensar muitos conceitos da relação paradoxal cidadão / estrangeiro.

Benhabib reconhece um potencial ambivalente nessa cidadania desagregada. Como assim? Por um lado, esse tipo de cidadania facilita o acesso a certos direitos por parte de estrangeiros em um determinado país. Assim, é possível trabalhar em outra nação sem ser um cidadão daquele local. Por outro lado, essa mesma separação de direitos dá lugar a outras violações de direitos como o pagamento de baixos salários ou a dificuldade de acesso ao sistema de saúde por parte desses não cidadãos que, no

entanto, vivem ao lado de cidadãos com plenos direitos. Muitas vezes os estrangeiros se submetem a situações que os cidadãos não se submeteriam, por conta, por exemplo, da necessidade do trabalho.

Mas essa ambivalência tem a virtude de explicitar claramente as tensões internas das constituições democráticas. E essas questões levantadas por essa cidadania desagregada são o material para que as iterações democráticas possam se realizar por meio das “políticas jurisgerativas”<sup>15</sup>. Benhabib define assim essas políticas:

Jurisgenerative politics refers to iterative acts through which a democratic people that considers itself bound by certain guiding norms and principles reappropriates and reinterprets these, thus showing itself to be not only the subject but also the author of the laws. (BENHABIB, 2004, p. 181)

Em outras palavras, quando as iterações são efetivamente internalizadas por meio de políticas públicas que ressignificam princípios ou teses, pode-se afirmar a validade desse caminho de diálogo proposto por Benhabib. Importante notar o final da citação, na qual ela se refere mais uma vez a identificação entre sujeito e autor das leis. Isso não significa acabar com os processos legislativos dos Estados, mas significa que esses processos precisam levar em consideração a voz que vem desses novos personagens sociais, que estão e desejam estar ativos nessas decisões.

Para Benhabib, um dos indicadores mais claros dessa mudança de uma cidadania unitária para uma cidadania desagregada é a concessão de cidadania por tempo de residência e não por identidade cultural. O que reitera que o que está em questão aqui não é o declínio da cidadania em si, mas a sua ressignificação por meio dessas iterações democráticas.

### 3. ARENDT E O DIREITO A TER DIREITOS.

Para além das ideias morais de Kant e posteriormente anuído por Benhabib, a filósofa alemã Hannah Arendt, após analisar o cenário político mundial decorrente das duas grandes guerras da história, nos mostra que

---

15 Tradução livre de Jurisgenerative politics

o conceito de humanidade assume uma dimensão ontológica e política, como afirma Brito:

Se, para ela, a natureza não concede direitos, o mero pertencimento à humanidade também não poderia conceder. A dimensão ontológica da humanidade deve ser compreendida articulada à sua dimensão política. Ou seja, implica a construção de um espaço político, um artifício, além das fronteiras nacionais, em que as condições de isonomia e pluralidade possibilitam que cada indivíduo seja livre para ter direito a ter direitos. (BRITO, 2017, p. 192).

Hannah Arendt analisou a “Teoria de Direitos Humanos” sob uma perspectiva *sui generis*, unindo a necessidade de garantir direitos considerados humanos aos direitos possuídos pelos refugiados, surgindo assim, o “Direito dos Povos”. Sendo assim, Arendt nos fornece uma visão do denominado “Direito dos povos” inovadora e ampliada em relação à visão moral de Kant.

A crítica de Hannah Arendt em relação aos denominados direitos humanos perpassa pela ideia de que para um indivíduo possuir o direito a ter direitos deveria antes ter uma cidadania o que acabava ocasionando a dificuldade ou não acesso aos direitos por parte daqueles que, em um determinado momento, não possuíam qualquer registro de cidadania em alguma nação. Com isso Arendt vai dizer que os direitos universais não passavam de uma “retórica vazia” à medida que não garantiam quaisquer direitos para refugiados, minorias étnicas e / ou apátridas como a própria, ou seja, aqueles que não possuíam Estado não eram apenas privados de seus direitos de cidadania, mas também de seus direitos humanos.

A questão de como classificar o cidadão, possuidor de direitos dentro de uma nação está no cerne da discussão. Para Arendt a ideia de direito do cidadão é claramente delineada enquanto a ideia de direitos humanos perpassa por numerosas tentativas de moldá-los no sentido de defini-los com alguma convicção (ARENDDT, 2004, p. 327). Desta maneira, estabelecer um conceito de cidadão se faz necessário e Benhabib define cidadania nacional como “um status jurídico e social, que combina alguma forma de identidade coletivamente compartilhada com o direito a benefícios sociais

e econômicos e à qualidade de membro político através de direitos democráticos” (BENHABIB, 2007, p. 20). A questão aqui aludida é a quem se deve conceder o direito de ter direitos protegidos por todos? Benhabib responde que:

Dentro de uma humanidade permanentemente dividida é somente através da filiação a uma comunidade política em que o direito a ter direitos é defendido pela solidariedade de todos que as aporias da condição de apátrida podem ser resolvidas. O direito a ter direitos deve combinar a visão democrática republicana de filiação através da participação democrática plena. (BENHABIB, 2007, p.22).

Direitos sociais e civis de estrangeiros, migrantes e naturalizados são defendidos por diversos documentos internacionais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e convenções sobre Direitos das Crianças, sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de Todas as Formas de Discriminação Racial e Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou degradantes entre outros, apesar de inúmeros acordos internacionais na seara dos Direitos Humanos e de esforços de países como Suécia, Dinamarca, Finlândia, Holanda, Irlanda, Reino Unido entre outros, onde imigrantes participam das eleições locais fazendo valer os ideais das normas cosmopolitas, as condições de refugiados e requerentes de asilo não entraram no rol dos beneficiados e/ou protegidos por tais normas, principalmente após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, como explica Benhabib:

A maioria das democracias liberais desde 11 de setembro de 2001, e mesmo antes disso, já tinham mudado rumo à criminalização do refugiado e requerente de asilo, julgando-o ou como mentiroso em busca de acesso às vantagens econômicas ou como uma ameaça potencial à segurança. As políticas de refugiados e de asilo tornaram-se palco de alguns dos mais intensos confrontos globais distributivos e também racializados do mundo (BENHABIB, 2007, p.21).

Arendt em sua condição de apátrida<sup>16</sup> criticou o caráter universalista dos direitos humanos à medida que os mesmos apesar de declararem direitos como universais permitem que se façam leis de exceção e tirem parte dos direitos de minorias. Para a filósofa, o “Direito a ter direitos”, não se trata na verdade de diretrizes jurídicas, convenções, tratados, conceitos, acordos ou até mesmo Constituições, e sim da humanização e percepção de que, independentemente de nacionalidade, todos são Humanos e possuem o direito de ter seus direitos inerentes aos Seres Humanos garantidos, seja em seu País ou em outra nação, tendo em vista que a efetivação dos direitos fundamentais se concretiza pelo nascimento e não por convenção política. É a percepção de que os direitos humanos estão atrelados especificamente ao ser humano, transcendendo as barreiras da nacionalidade, não devendo, portanto, estar limitado nas fronteiras. Arendt, segundo Brito, acreditava que:

A existência de um espaço político internacional é o que garante a dimensão ontológica da humanidade para que ela possa fundar o direito. A humanidade não é nem resultado final da história, como em Kant, nem a manifestação do espírito absoluto, como em Hegel, mas o resultado da ação humana. (BRITO, 2017, p. 193).

Assim sendo, o Tratado Internacional de Direitos humanos cumpre um papel importante no que tange *garantir a efetivação dos direitos fundamentais dos seres humanos*, contudo, a presente discussão não se dá pela existência do império da lei garantindo a efetivação de direitos, mas sim pela necessidade de existir em cada pessoa a consciência de que todos fazem parte de uma única família, a família humana. Hannah Arendt diz:

A humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia reguladora, tornou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a humanidade assumiu antes um papel atribuído à natureza, ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direi-

---

16 Arendt foi uma judia alemã que teve sua nacionalidade retirada pelo regime nazista em 1937, tornando-se apátrida até 1951 quando conseguiu a nacionalidade norte-americana.

to, ou o direito de cada indivíduo pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade. (ARENDDT, 2004, p.332).

A argumentação de Hannah Arendt surge da necessidade de não mais estreitar contatos humanos pela simples existência de diferentes nacionalidades, mas sim pelo fato de todos, inseridos em dimensões ontológicas e políticas, pertencerem à mesma nação humana. Segundo Arendt, o direito a ter direitos deveria ser efetivado pelo único grupo social existente no planeta Terra: a humanidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Reconstruir a ideia do que chamamos Direitos Humanos, essa é a tônica das ações fundamentais para nossa civilização! Vivenciamos um momento em que o número de refugiados aumenta drasticamente em todo o mundo, fruto da violência de toda sorte de políticas desagregadoras amparadas por um mercado que visa apenas ao lucro em detrimento da moralidade e dos princípios mais basilares de tratamento de humanos para com humanos. Não podemos aceitar qualquer tipo de exclusão.

Necessitamos analisar nossa sociedade a partir do hoje e projetando um amanhã, cada vez mais, democrático, devemos reconhecer o outro a partir do outro, a partir do grupo, a partir do que nos tornamos para e com o outro. Todo indivíduo deve ter a percepção de que qualquer forma de preconceito deve ser alijada de nossas vidas e de nossos pensamentos, pertencemos todos a mesma raça, a raça humana; à mesma família, denominada humanidade e toda forma de negação ao reconhecimento nos remete à marginalização e à discriminação, isto é, a tudo aquilo que não devemos compactuar quando tratamos de ética e tudo aquilo que não nos torna humanos a partir de toda sorte de adjetivos desejados pelo o que entendemos inseridos ao âmbito da moralidade.

A responsabilidade de olharmos para o outro é a responsabilidade de olharmos para nós mesmos, para nossos atos, para nossas percepções de mundo; olharmos o outro de forma responsável é percebermos que somos responsáveis por eles. Não se trata aqui de, apenas, pensarmos no outro sob um prisma egoísta de que o outro pode me ajudar a crescer como humano, mas sim com a precisão de que o outro me torna humano pelo sim-

ples fato dele existir, e ao pensarmos na evolução dele estaremos pensando na evolução de todos nós e, por extensão em âmbito privado, do meu próprio eu, que só se desenvolve em decorrência de outrem. Tal necessidade é urgente, é para hoje, não podemos mais procrastinar a valorização do outro, devemos cumprir nosso papel social agora e não deixarmos para um amanhã que nem sabemos ao certo se virá, como aduz a fala da única personagem que continua enxergando após um surto de cegueira em uma cidade no laureado romance intitulado “Ensaio sobre a cegueira”, do escritor português José Saramago: “Hoje é hoje, amanhã será amanhã, é hoje que tenho responsabilidade, não amanhã, se estiver cega, Responsabilidade de quê, A responsabilidade de ter olhos quando os outros os perderam” (SARAMAGO, 2007, p. 214). Aqueles que enxergam a realidade deverão, constantemente, buscar expor e incutir nas mentes dos que não possuem a possibilidade da iluminação, como o outro se apresenta como figura indispensável à nossa própria evolução.

## REFERÊNCIAS.

ARENDT, Hannah. **As origens do Totalitarismo**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2004.

BENHABIB, Seyla. **O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis**. Trad. João Carlos Bassani e Johanna Clarissa Beckhert. In: *Citizenship studies* v.11, n. 1, p.19 – 36, fev. 2007.

\_\_\_\_\_. **The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens**. New Haven: Cambridge University Press, 2004.

BRITO, Fausto. **A ruptura dos direitos humanos na filosofia política de Hannah Arendt**. In *Kriterion*, p.177 – 196. Belo Horizonte, 2017.

KANT, Immanuel. **A paz Perpétua**, Guinsburg (org). São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

# CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NA BAHIA: ANÁLISE DOS IMPACTOS AMBIENTAIS EM COMUNIDADES PESQUEIRAS DESENCADEADOS PELO PORTO SUL.

*Fernando Santos da Silva*

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Carta Cidadã, expressa direitos individuais e metaindividuais, reconhecendo sujeitos coletivos de direito e consagrando no seu bojo a livre determinação, a diversidade étnica, o meio ambiente, a territorialidade, dentre outras garantias que contemplam os povos e comunidades tradicionais. Com isso, diante dos 30 anos da referida Carta, urge a necessidade de analisarmos sua efetivação, seja no campo político, jurídico ou social.

Os povos e comunidades tradicionais são grupos com diferentes culturas e formas de organização social que ocupam territórios e recursos naturais “como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (BRASIL, 2007). Contudo, sua existência vem sendo cada vez mais ameaçada pelos grandes empreendimentos, privados e governamentais, que afrontam direitos e garantias fundamentais, num modelo de desenvolvimento econômico que leva ao

esgotamento dos recursos naturais dos quais a humanidade depende (JACOB, 2005).

Mais especificamente em relação à comunidade pesqueira, Rios (2016) assevera que na Bahia os conflitos pela água envolvem cerca de 600 comunidades tradicionais de pesca (litorâneas e ribeirinhas), distribuídas em aproximadamente 124 municípios e que sobrevivem de maneira direta ou tangencial da pesca artesanal, destacando a intensificação de conflitos pelo uso e apropriação desses territórios ao longo do tempo.

Nessa perspectiva, o estado da Bahia protagoniza diversos conflitos ambientais, envolvendo tais comunidades, a exemplo do Estaleiro de Salinas das Margaridas, a construção do Porto Sul em Ilhéus, dentre outros. Há um agravamento nesses conflitos ambientais, por conta do modo tecnicista ainda muito presente no pensamento jurídico contemporâneo, fruto de uma formação baseada meramente na dogmática (COLAÇO, 2011).

Com isso, vem se percebendo a perda do Direito no que tange o controle do mundo das circunstâncias e das ocorrências (GEERTZ, 1999). Dessa maneira, se faz necessário dialogar com outros saberes, como a antropologia jurídica e social, para o melhor entendimento dos mais diversos conflitos, dentre eles os envolvendo comunidades e povos tradicionais.

A contribuição da Antropologia no Direito perpassa não só pela união desses dois campos do saber, mas também por “uma busca de temas específicos de análise que, mesmo apresentando-se em formatos distintos, e sendo tratadas de maneiras distintas encontram-se no caminho das duas disciplinas” (GEERTZ, 1999, p.253). Desse modo, é fundamental “um ir e vir hermenêutico entre os dois campos, olhando primeiramente em uma direção, depois na outra, a fim de formular as questões morais, políticas e intelectuais que são importantes para ambos” (Op. Cit.). Nesse diapasão, se propõe uma formação mais humanista, com inserção de disciplinas menos dogmáticas, aliando teoria com a prática, para que a comunidade jurídica se aproxime das necessidades das mais variadas culturas e etnias que compõem o povo brasileiro (COLAÇO, 2011).

Em vista disso, o trabalho objetiva investigar impactos ambientais nas comunidades tradicionais pesqueiras, com a construção do Porto Sul de Ilhéus-BA, numa perspectiva pluralista, dialogando com as mais diversas literaturas para abarcar de maneira mais ampla as demandas dessas comunidades (WOLKMER, 2001).

A pesquisa se justifica pela existência de uma lacuna de estudos que façam a análise da temática numa interface entre o Direito e outros saberes, a exemplo da antropologia social e jurídica, ecologia e geografia política. Desse modo, recorre-se à abordagem qualitativa e utiliza-se o método dialógico, com pesquisa de campo e observação participante com interação entre investigador e comunidades-sujeito (GOMES, 2008).

A realização deste trabalho está vinculada às atividades de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal da Bahia (PIBIC-UFBA), financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), desenvolvido no Núcleo de Defesa dos Povos e Comunidades Tradicionais, sob a orientação do Prof. Dr. Julio Cesar de Sa da Rocha.

Este trabalho está estruturado em 2 (duas) seções. Na primeira, apresentamos considerações iniciais sobre o Porto Sul e expomos críticas ao Estudo e Relatório de Impacto Ambiental- EIA/RIMA. Na segunda seção, explicitamos os conflitos gerados pela construção do Porto Sul junto às Comunidades Pesqueiras, com interpretação à luz da literatura especializada.

## 2. O PORTO SUL

A cidade de Ilhéus, localizada no sul do estado da Bahia, foi o lugar escolhido para a instalação do Complexo Porto Sul. Este porto será o ponto final da Ferrovia de Integração Oeste Leste (FIOL), obra do governo federal e uma das prioridades do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). O empreendimento foi anunciado no ano 2007 pelo governo do estado da Bahia, contando inicialmente com parceria privada da empresa Bahia Mineração (BAMIN), integrante do grupo estrangeiro *Eurasian Resources Group* (ERG). Após diversos entraves de cunho político, jurídico e econômico, o governo acrescentou nova parceria com um consórcio de empresas chinesas, reprogramando o início da construção do porto para o segundo semestre do ano 2019 (CORREIO, 2019).

O Porto tem como prioridade o escoamento do minério de ferro extraído da região de Caetitê na Bahia, explorado pela BAMIN e exportado principalmente para a China. O atraso na sua construção se relaciona com a morosidade de finalização da FIOL, obra que deveria ter sido entregue no ano de 2013, porém ainda inacabada (VALEC, 2019).

Ambas as obras serão integradas e guardam semelhanças nos motivos dos atrasos e na concepção ligada à lógica do Estado a serviço do capital global privado (SANTOS, 2011). Nesse sentido, a crise financeira que eclodiu em 2008, provocou retração nos investimentos financeiros, sobretudo no mercado da China, principal importadora do minério de ferro (OLIVEIRA, 2010).

O projeto inicial prevê um terminal privado e um público, que necessitará de estrutura própria para o escoamento da produção da Região Oeste da Bahia e do Brasil Central. Além de todo aparato de verba pública na construção da FIOLE e do Porto, é prevista ainda a construção de uma rodovia e um aeroporto para compor o intitulado Complexo Intermodal Porto Sul (RIMA, 2011).

Este Porto tem suscitado discussões, principalmente dos estudiosos ambientalistas, no tocante a sua real necessidade, bem como a maneira de desenvolvimento pretendida no Brasil, e em especial na Bahia. Em entrevista, Rui Rocha, professor da Universidade de Santa Cruz (UESC-BA), ambientalista e atuante no Instituto Floresta Viva, alude que o Porto Sul traz problemas desde a sua concepção, por se tratar de um porto cuja estrutura está sendo pensada para beneficiar prioritariamente o setor privado, e neste caso uma empresa privada e estrangeira: A Bahia Mineração. Com isso o Brasil concede para o capital privado seus recursos naturais, com estrutura pública. Para ele este projeto é inviável, inconsistente e uma grande tragédia do ponto de vista econômico e ambiental.

O empreendimento está associado à nova lei dos portos (BRASIL, 2013) que visa estimular a exploração dos portos brasileiros pelo capital privado a serviço da economia dominante. Com isso, conforme Santos (2001, p.66) a “instalação desses capitais globalizados supõe que o território se adapte às suas necessidades de fluidez, investindo pesadamente para alterar a geografia das regiões escolhidas”.

A competência para licenciar empreendimentos como este, fica a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA). Tal competência se enquadra na lei complementar número 140/2011 (BRASIL, 2011), de modo que, sendo uma autarquia federal, o IBAMA deve atender as solicitações de licenciamento ambiental de obras situadas no mar territorial e na plataforma continental. Sendo assim, o Porto Sul será construído a 3 km da costa, dentro do mar, mas com toda infraestrutura de apoio na praia.

O licenciamento ambiental é um importante instrumento de controle de ações humanas que podem interferir em condições ambientais. Nesse sentido, visa proteger o meio ambiente 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”, conforme artigo 225 da Constituição (AMADO, 2017; BRASIL, 1988). Por meio do licenciamento é que se tenta conciliar o desenvolvimento econômico com o uso de recursos naturais, de modo a assegurar a sustentabilidade, nos seus aspectos físicos e socioculturais.

Depois de caracterizada a competência do órgão licenciador, tendo em vista a licença prévia para o empreendimento, é feito um Estudo de Impacto Ambiental e um Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) pelo empreendedor. Esses estudos devem estar em consonância com as normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente, prevendo impactos e mitigações nos meios físicos (ar, rocha e solo, água), bióticos (seres vivos), e socioeconômicos (sociedade humana) que estão associados às fases de implantação e operação do empreendimento.

A Licença Prévia do Porto Sul foi retificada pelo IBAMA no dia 26 de março de 2014, após assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) proposto pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual. Houve também novas audiências públicas realizadas nos municípios de Itabuna e Ilhéus, por se mostrarem insuficientes as discussões realizadas, levando em consideração a complexidade e impactos ambientais que o Porto Sul trará para toda região. Após algumas retificações da Licença Prévia, foi concedida também a Licença de Instalação, necessária para iniciar as obras reprogramadas para o ano de 2019 (SECOM, 2019).

De acordo com a resolução n. 0001 do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, artigo 6º, os estudos de impactos ambientais devem conter aspectos positivos e negativos, levando em consideração os meios físicos, biológicos e socioeconômicos, não tendo níveis de importância hierárquica entre eles, devendo ser estudados com o mesmo rigor técnico. No entanto, se verifica no EIA/RIMA do Complexo Porto Sul um estudo bastante raso, no que tange os impactos socioeconômicos. Não há uma listagem dos impactos socioambientais, tampouco soluções estratégicas que visem sua mitigação. A mesma importância que é dada na pro-

paganda de divulgação do Porto, de suposta geração de emprego e renda para toda a região sul da Bahia, não pode ser verificada quando o quesito é impacto negativo a essa mesma sociedade.

Essa é uma das grandes inquietudes que acomete os ambientalistas em geral e, em particular, a Promotora de Justiça do Estado da Bahia, especializada em meio ambiente, com sede em Ilhéus-BA, Aline Salvador. Em entrevista, a promotora aponta que no caso do Porto Sul tem-se uma promessa que o empreendimento irá trazer desenvolvimento, mas não se busca apoio nas ciências sociais, por exemplo, na elaboração de uma metodologia de mensuração desse cenário social. Dentre os impactos, um empreendimento desse porte pode trazer um fator de favelização, que pode ser muito maior que o fator de desemprego. Dessa maneira se faz necessário um estudo aprofundando nos impactos socioambientais para que, futuramente, se possa responsabilizar o empreendedor, por meio de condicionantes ambientais.

Analisando o EIA/RIMA do Porto Sul, se verifica a estratégia que vem sendo utilizada na política ambiental brasileira: um forte aparato publicitário e ideológico, utilizado inclusive em audiências públicas, assim como a falta de diálogo crítico e comprometido, em proximidade com a população (SANTOS, 2012). Com isso, há uma inflação no que se refere aos impactos antrópicos, aliado à sonegação sobre esses impactos.

### 3. PORTO SUL E IMPACTOS NAS COMUNIDADES PESQUEIRAS

As comunidades tradicionais pesqueiras apresentam um modo peculiar na interação com o meio em que vivem. Durante o tempo histórico essas comunidades têm interagido com o ambiente numa relação de simbiose. Nesse sentido, a vivência com o ecossistema ultrapassa interesses meramente econômicos de exploração e compõe uma complexa inter-relação ambiental. Esses particulares modos de fazer e viver foram contemplados pela Constituição, numa perspectiva multicultural, sendo a pescaria patrimônio ancestral que perpassa gerações, seja por meio da oralidade, ou no simples observar de ver os mais velhos pescando (ARRUDA, 1999; BRASIL, 1988; RAMALHO, 2006).

A pesca artesanal se caracteriza pela mão de obra familiar, com embarcações de pequeno porte, na proximidade da costa dos mares, rios ou

lagos, tendo como material a rede de arrasto, linha e anzol, dentre outros apetrechos. Essa atividade agride menos o meio ambiente, se comparado com a pesca industrial, que se utiliza de grandes embarcações e usos de explosivos (BURDA, 2008; PROST, 2008). Nesse sentido, a pesca artesanal se aproxima do conceito de desenvolvimento sustentável, aludido no Relatório de Brutland (1987), como o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da atual geração, sem comprometer as gerações futuras (BARBOSA, 2008).

Numa perspectiva socioeconômica esse tipo de pesca é desempenhada por 99,16% dos pescadores da região Norte e Nordeste do Brasil, sendo fonte de sustento direto ou indireto de populações ribeirinhas e responsáveis pela maior parte dos pescados comercializados no país (BRASIL, 2012; SANTOS, 2012). Especificamente em Ilhéus, a pesca se apresenta como alternativa de renda no enfrentamento da “crise do cacau” iniciada em 1980, com impactos ambientais, sociais e econômicos que perduram até os dias atuais (ANDRADE, 2003).

A construção do Porto Sul influenciará negativamente na atividade pesqueira da região. Nesse sentido, importante transcrever as palavras do Relatório de Impacto Ambiental- RIMA (2011):

Afetação associada ao meio socioeconômico: relacionada às alterações nas localidades nas quais os pescadores moram, nos acessos às áreas de pesca, no mercado consumidor e formas de comercialização, no preço dos recursos, nas alternativas de emprego e ocupação e outras;

**Afetação associada ao meio físico: relacionada às alterações na qualidade da água e do sedimento, incluindo a presença de material particulado na água, na alteração da vazão estuarina, na alteração da dinâmica de sedimentos nas praias e outras; (p. 59).**

Nessa linha de intelecção, em entrevista, o superintendente do IBAMA no Estado da Bahia, Célio Costa Pinto, relata que as comunidades pesqueiras localizadas na área onde será instalado o Porto Sul, praticam em sua maioria pesca de arrasto de camarão e de peixes próximos à costa, de maneira que sofrerão impactos diretos. Essas informações foram

compatibilizadas nos Estudos de Impactos Ambientais e a Licença Prévia concedida a esse empreendimento tem como uma de suas condicionantes um Programa de Gestão e Monitoramento da Linha da Costa (Licença Prévia nº 447/2012), que apesar do suposto monitoramento não tornará viável a pesca artesanal no local.

Em conversa com pescadores de Ilhéus, os mesmos mostraram receio em relação ao futuro da pesca na região e expressam indignação ao dizerem que o “governo sempre promete muitas coisas e não cumpre” e que “tratam a gente como burros”, bem como “a corda sempre arrebenta do lado mais fraco”. Há também a existência de conflitos internos na comunidade, derivados por opiniões divergentes em relação ao complexo portuário, provocando uma consequente desunião no local.

Os programas de compensação previstos no RIMA (2011) não deixam claro como será a realocação de pescadores com a construção do Porto, nem garante outro emprego para todos no novo empreendimento. Além disso, não se trata puramente sobre substituir um emprego por outro, sendo a pescaria o modo de vida dessas comunidades:

Ser pescador artesanal é tornar-se portador de um conhecimento e de um patrimônio sócio-cultural, que lhe permite conduzir-se ao saber o que vai fazer nos caminhos e segredos das águas, e amparar seus atos em uma complexa cadeia de inter-relações ambientais típicas dos recursos naturais aquáticos (RAMALHO, 2006, p. 52).

Percebe-se uma incompatibilidade entre o complexo Porto Sul e a atividade pesqueira exercida na região, haja vista as grandes embarcações que irão aportar no local em face das jangadas dos pescadores e a pesca de arrasto historicamente exercida no local. O empreendimento não leva em consideração a vida da comunidade pesqueira em sua essência e importância histórica e social.

Nesse diapasão, é fundamental o acompanhamento da implementação de projetos como o do Porto Sul, ressaltando os potenciais impactos negativos, a fim de minimizá-los em observância aos direitos fundamentais das comunidades tradicionais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do complexo Porto Sul vai de encontro ao modelo de desenvolvimento sustentável tão em voga na sociedade contemporânea, por se reconhecer a necessidade de se desenvolver com responsabilidade e proteção ao meio ambiente.

O modelo de desenvolvimento escolhido pelos governos federal e estadual para o Sul da Bahia, não leva em conta sua tradição e potencial econômico pautado no turismo, na pesca e no cultivo do cacau, que já foi um dos grandes pilares da economia da Bahia, e que hoje ainda contribui para economia de Ilhéus e toda a região.

A construção desse empreendimento agredirá diretamente as comunidades pesqueiras e comunidades que trabalham em sua maioria com cultura de subsistência, com estreita relação com a natureza, como grupos de assentados e pequenos agricultores.

Em razão de interesses puramente econômicos, a identidade e cultura das comunidades tradicionais têm sido afetadas. A falta de efetiva proteção legal tem contribuído para tal acontecimento, ficando essas comunidades a mercê da exploração desenfreada do capital global.

A incoerência desse empreendimento salta aos olhos ao verificarmos que se trata de uma obra com parceria pública, de maneira que a política governamental deve ser alicerçada, pelos princípios e bases normativas que se encontram na Constituição Federal, como a preservação do patrimônio brasileiro, o direito ao meio ambiente equilibrado, dentre outros, garantindo os direitos das diferentes etnias e culturas.

É necessário que toda sociedade civil acompanhe o debate sobre a política governamental do meio ambiente que está posta, e sobre a atuação dos atores institucionais, os quais têm o dever de assegurar o direito das comunidades tradicionais. Seja na construção do Porto Sul, ou em qualquer empreendimento, é preciso se ter em mente a garantia de um efetivo exercício de um Estado multicultural e diversificado como é o brasileiro.

## REFERRÊNCIAS:

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. Série Estudo Esquemático, v.3, 2017.

- ANDRADE, M. P. **Ilhéus: Passado e Presente**. 2ª edição. Ilhéus: Editus - Editora da UESC, 2003.
- ARRUDA, Rinaldo. “Populações tradicionais” e a proteção dos recursos naturais em unidades de conservação. **Ambiente & sociedade**, n. 5, p. 79-92, 1999.
- BARBOSA, Gisele Silva. O desafio do desenvolvimento sustentável. **Revista Visões**, v. 4, n.1, p.1-11, 2008.
- BRASIL, Senado Federal. Constituição da república federativa do Brasil. **Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico**, 1988.
- BURDA, C. L.; SCHIAVETTI, A. Análise ecológica da pesca artesanal em quatro comunidades pesqueiras da Costa de Itacaré, Bahia, Brasil: Subsídios para a Gestão Territorial. **Revista de Gestão Costeira Integrada-Journal of Integrated Coastal Zone Management**, v. 8, n. 2, 2008.
- COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de antropologia jurídica**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- CONAMA. **Conselho nacional do meio ambiente**. Disponível em < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>> acesso em 04 de maio de 2014.
- FUNAI. **Fundação nacional do índio**. Disponível em < <http://www.funai.gov.br>> acesso em 2 de maio de 2014.
- GEERTZ, Clifford. **O Saber Local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOMES, Mércio Pereira. **Antropologia: ciência do homem: filosofia da cultura**. São Paulo: Contexto, 2008.
- GOVERNO e bamin assinam termo de unificação dos terminais privados do Porto Sul. **SECOM**, Bahia, 2019. Disponível em: <<http://www.secom.ba.gov.br/2019/05/149080/Governo-e-Bamin-assinam-termo-de-unificacao-dos-terminais-privados-do-Porto-Sul.html>>. Acesso em 20 de Julho de 2019.

GOVERNO DA BAHIA. **Porto Sul**. Disponível em < <http://www.portosul.ba.gov.br/>> acesso em: 3 de out. de 2013.

IBAMA. **Relatório de impacto ambiental porto sul**. Disponível em < [http://licenciamento.ibama.gov.br/Porto/Porto%20Sul%20-%20Bahia/RIMA/Rima-FINAL-06\\_09\\_2011\\_ITC.pdf](http://licenciamento.ibama.gov.br/Porto/Porto%20Sul%20-%20Bahia/RIMA/Rima-FINAL-06_09_2011_ITC.pdf) >. Acessado em: 3 de out.2013.

INCRA. **Estrutura Fundiária**. Quilombola. Disponível em: < <http://www.incra.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas> > acesso em 21 de abril de 2014.

JACOBI, Pedro Roberto. **Educação ambiental: o desafio da construção de um pensamento crítico, complexo e reflexivo**. 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Alessandra. **Superintendente do IBAMA garante que licença para o Porto Sul está mantida**. Disponível em < <http://www.tribunadabahia.com.br/2013/07/16/Superintendente-do-Ibama-garante-que-licenca-para-Porto-Sul-esta-mantida> >. Acesso em: 3 de out. 2013.

OBRAS de Construção do Porto Sul começam no segundo semestre. **Correio da Bahia**. 26 jun. 2019. Disponível em < <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/obras-de-construcao-do-porto-sul-comecam-no-segundo-semester/>>. Acesso em 20 de Julho de 2019.

OLIVEIRA, Henrique Altemani. Brasil e China: uma nova aliança não escrita?. **Revista Brasileira de política internacional**, v. 53, n. 2, p. 88-106, 2010.

PAC. **Programa de aceleração do crescimento**. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/sobre-o-pac>> acesso em 04 de maio de 2014.

PROST, Catherine. Ecodesenvolvimento da pesca artesanal em região costeira—estudos de caso no Norte e Nordeste do Brasil. **GeoTextos**, v. 3, 2008.

- RAMALHO, Cristiano Wellington N. **Ah, esse povo do mar!:** um estudo sobre trabalho e pertencimento na pesca artesanal pernambucana. São Paulo: Polis; Campinas: Ceres, 2006.
- RIOS, Kássia Aguiar Norberto. Conflitos e Resistência: Comunidades tradicionais pesqueiras da Bahia. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades**, n. 237, p. 347-364, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as Ciências Sociais**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- SANTOS, M. P. N.; SEIXA, S.; AGGIO, R. B. M.; HANAZAKI, N.; COSTA, M.; SCHIAVETTI, A.; DIAS, J. A.; AZEITEIRO, U. M. A Pesca enquanto atividade humana: pesca artesanal e sustentabilidade. **Revista de Gestão Costeira Integrada**, v. 12, n. 4, p. 405-427, 2012.
- SORIANO, Raúl Rojas. **Guía para realizar investigaciones sociales**. Colonia San Rafael: Plaza y Valdés, 2006.
- VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. Ações e **Programas - Ferrovias Valec**,  
2019. Disponível em: <<http://www.valec.gov.br/noticias/671-valec-ja-concluiu-tres-lotes-da-fiol>>. Acesso em: 26 jun 2019.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª Edição. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

# O CONTRABANDO DE MIGRANTES E O TRÁFICO DE PESSOAS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS EM PLENO SÉCULO XXI

*Carlos Alberto Ferreira dos Santos*

*Ronaldo Alves Marinho da Silva*

## INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas, segundo relatório da ONU, é a terceira atividade ilícita mais lucrativa no mundo, perdendo apenas para o tráfico de armas e de drogas ilícitas. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que esta atividade ilícita gere um lucro anual em torno de U\$\$ 150 bilhões de dólares e a maior parte dessa cifra exorbitante procede da exploração sexual (OIT, 2014).

As mulheres são o alvo principal dessa nova forma de escravidão, pois as organizações criminosas lucram fortunas com a exploração sexual das vítimas. Mas, além das mulheres, outro potencial alvo no que se refere ao tráfico de pessoas são as crianças, em geral meninas. Em 2014 a Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou um relatório informando que 70% das pessoas traficadas no mundo são mulheres e 1/3 (um terço) de todas as pessoas traficadas são crianças, um drama alimentado por redes locais e internacionais, uma conduta nefasta e perniciososa que ofende a dignidade humana (ONU, 2014).

Mas é necessário que se distinga o tráfico de pessoas do contrabando de migrantes, visto que são problemas que exigem políticas públicas diversas para seu enfrentamento. Esta distinção será realizada no decorrer deste trabalho, apesar de serem problemas com causas similares, sua perspectiva é diversa, inclusive do ponto de vista da vítima.

Neste sentido, o consentimento da vítima não vai excluir a figura típica se foi fruto de ameaça, coação, rapto, fraude, abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade. As políticas públicas para enfrentar o problema devem ter uma visão adequada ao caráter multifacetário, interdisciplinar do problema, incluindo medidas aptas a prevenir e punir os traficantes, proteger as vítimas e garantir o reconhecimento dos direitos fundamentais consagrados no direito internacional.

No tráfico de pessoas um dos elementos indispensáveis para sua configuração é a finalidade de exploração da vítima, sejam sexuais, serviços forçados, remoção de órgãos, entre outros, sendo uma conduta criminosa que pode ocorrer dentro do território nacional ou de um país para outro (internacional). Neste último caso, quando a vítima não é explorada no destino, a conduta pode configurar outro crime, o contrabando de migrantes.

Em relação ao contrabando de migrantes, a Lei nº 13.445/2017 modificou o tratamento ao tema e adequou à nova realidade e aos tratados e convenções que o país é parte. A referida legislação substituiu o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), resquício ainda dos terríveis anos da Ditadura Militar, tratando o migrante como sujeito de direitos, regulando sua entrada, permanência e causas de expulsão, deportação ou entrega, bem como modificando o tipo penal que criminaliza o contrabando de migrantes, inserindo-o no corpo do Código Penal, no artigo 232-A (Promoção de Migração Ilegal).

Frisa-se como objetivo maior dessa pesquisa, demonstrar as políticas públicas adotadas no Brasil para o enfrentamento do tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes e as punições previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Pautou-se por apresentar uma pesquisa embasada por referenciais bibliográficas e conhecimentos adquiridos por experiências advindas de vivências no campo jurídico, onde buscamos enfatizar as diferenças entre tráfico e contrabando de pessoas, ressaltando a importância de promover a justiça e os Direitos Humanos das vítimas destes crimes que violam a dignidade humana.

## A CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA A VALORIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

A dignidade da pessoa humana enquanto valor moral universal estabelece limites a atuação estatal e visa estabelecer uma linha de proteção ao ser humano e evitar práticas que violem os direitos humanos.

O filósofo Immanuel Kant contribui de forma significativa para o significado do princípio, ao concluir que o homem não possui um valor, um preço. O homem, enquanto racional, possui um valor intrínseco e incomensurável, a sua dignidade. Diante da premissa dada por Kant, Comparato esclarece o pensamento do filósofo, traçando um paralelo com a escravidão:

A escravidão acabou sendo universalmente abolida, como instituto jurídico, somente no século XX. Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus. (2015, p. 35).

Portanto, o pensamento de Kant promoveu a valorização do ser humano, tirando a concepção de “coisa” atribuída a diversos povos que foram tratados como inferiores e, com isso, enaltecendo a igualdade perante todos os homens.

A Revolução Francesa, com o seu lema central “liberdade, igualdade e fraternidade”, conduziu a edição Declaração Universal de Direitos dos

Homens e dos Cidadãos no ano de 1789, um dos instrumentos jurídicos mais importantes da humanidade. Através desse importante documento, que construir uma das bases dos direitos humanos internacionalmente consagrados, elevou-se a dignidade humana como valor supremo. Fomentou-se, assim, um novo olhar para com os seres humanos, com mudanças de paradigmas atrelados para uma sociedade cheia de pluralidade, contribuindo para o aprofundamento da proteção dos direitos humanos e a consolidação de uma declaração mais abrangente e de caráter universal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos/ONU.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na supracitada data, tendo como ponto central a dignidade humana. Fábio Konder Comparato explica a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos para os povos de todo o mundo:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade. (2015, p. 240).

Fruto desse processo internacional de reconhecimento de direitos inerentes a condição humana, ocorreram mudanças nas Constituições de diversos países e consolidou o surgimento do denominado Neoconstitu-

cionalismo. Enfatiza-se que no citado modelo constitucional, prioriza-se o ser humano e o Estado volta-se para o bem-estar dos seus cidadãos, sendo a Constituição Federal de 1988 um excelente exemplo.

A professora Flávia Piovesan identifica a Constituição Federal de 1988 como o instrumento jurídico que fortaleceu a importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introdz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, 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. (2016, p. 94).

Assim, o Brasil reafirma ser um Estado Democrático de Direito, que preza pela justiça social, pela dignidade da pessoa humana e pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Ingo Wolfgang Sarlet, falando sobre o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 nos faz um alerta:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2012, p.71)

Nesse sentido, o reconhecimento de direitos inerentes a pessoa humana, a proteção de sua dignidade, deve estar atrelada a efetividade dos direitos humanos consagrados internacionalmente, com a execução de

políticas públicas adequadas. Como nos diz Sarlet, sem isso o ser humano “poderá não passar de objeto de arbítrio e injustiças”.

## COMPREENDENDO O TRÁFICO HUMANO E O CONTRABANDO DE MIGRANTES EM UM CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

Nos dias atuais a crise econômica que ocorre não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo, colabora para que haja o interesse das pessoas em buscar uma vida melhor em outra localidade. Diante dessa perspectiva de almejar um futuro melhor em outros territórios, as pessoas acabam sendo vítimas da ação de criminosos que buscam auferir vantagens ilícitas.

Em busca de mudanças para a cruel realidade das vítimas do tráfico a Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas, em 15 de novembro de 2000, promoveu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo.

A Convenção de Palermo possibilitou a criação de Protocolos que buscam combater três grandes males do século XXI: o tráfico de pessoas, o tráfico de migrantes e o tráfico ilícito de armas de fogo: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

A Organização Internacional do Trabalho (2006) demonstrou que as principais causas do tráfico de pessoas são: ausência de oportunidades de emprego; discriminação de gênero; Instabilidade política, econômica e civil em regiões de conflito; Violência doméstica; Emigração indocumentada; Turismo sexual; Corrupção de funcionários públicos; Leis deficientes.

Destarte, o tráfico de pessoas é uma prática que transforma o ser humano em uma mera “mercadoria”, tornando-o uma fonte de renda que gera lucros exorbitantes no cenário mundial. No entanto, não há dados quantitativos precisos do número de pessoas exploradas, sendo então uma

projeção a partir das pesquisas desenvolvidas por diversas entidades nacionais e internacionais.

O contrabando de migrantes é outro problema que requer atenção na agenda global e tem sido mostrado constantemente nos meios de comunicação, principalmente o desespero e morte de migrantes que fogem da guerra, da pobreza extrema e de calamidades ambientais em busca de abrigo em países com economias mais sólidas, a exemplo do que ocorre continente europeu.

Estas pessoas buscam um futuro melhor, vindos de diversos países que sofrem com os efeitos da globalização e das guerras, enfrentando situações degradantes e correndo risco de morte, transformando-se em presas fáceis para as redes criminosas de exploração, sendo transformados em mercadoria em pleno século XXI.

O protocolo adicional a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, é fruto do convencimento dos países parte da necessidade de “tratar os migrantes com humanidade e proteger plenamente seus direitos” e com o objetivo “prevenir e combater o tráfico de migrantes, bem como promover a cooperação entre os Estados Partes com esse fim, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes objeto desse tráfico”, acordaram em sua série de medidas que deverão ser adotadas pelos países (BRASIL, 2004).

O supracitado protocolo define contrabando de migrantes como “a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente” (BRASIL, 2004).

No contrabando de migrantes a vítima tem pleno conhecimento da situação ilegal e anui com a rede criminosas. Os criminosos/agentes falsificam documentos e informações com o fim de promover a entrada ou a saída ilegal de determinado país, mas a vítima do contrabando não será objeto de exploração no local de destino. O lucro da organização criminosas, no crime de contrabando de migrantes é o valor pago pelos meios necessários (transporte, documentação etc.) até o destino desejado.

É possível que a vítima procure os meios ilícitos de entrar em país estrangeiro, sendo vítima de contrabando, mas depois passa a ser vítima do tráfico ao ser transformada em escravo no destino, mediante coação, fraude etc.

A Organização Internacional para as Migrações (OIM), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), divulgou um relatório informando que somente na Europa mais de 7 mil migrantes morreram em 2016. Seja tentando chegar a Itália através do Mar Mediterrâneo ou mesmo tentando alcançar a Grécia, Chipre ou Espanha.

Segundo dados da polícia da União Europeia (Europol) e a Polícia Internacional (Interpol), publicado pelo jornal Folha de São Paulo, o problema da imigração ilegal e do contrabando de pessoas é extremamente grave para o continente europeu. Segundo dados do relatório, ocorreram movimentações de aproximadamente U\$\$ 6 bilhões no ano de 2015, um mercado altamente lucrativo. Os migrantes alimentam o sonho de dias melhores e pagam aos contrabandeiros para burlar as limitações ou requisitos exigidos pelos países europeus, chegando a desembolsar entre U\$ 3,2 mil e U\$ 6,5 mil por indivíduo. Estes migrantes correm o risco de serem presos e/ou deportados para o seu país de origem, tendo em vista que conhecem a sua situação de ilegalidade (NUBLAT, 2016).

Em tempos atuais, cabe destacar, a situação dos venezuelanos que estão migrando para diversos países por causa da crise econômica da Venezuela, sendo o Brasil uma das principais rotas de refúgio, através do Estado de Roraima. Destaca-se que a situação de vulnerabilidade alimenta um processo de exploração, através de atividades degradantes, inclusive sendo alvo do tráfico humano (ESTADÃO, 2018).

Portanto, este é problema global que requer políticas públicas globais e locais, com vistas a seu adequado enfrentamento e a redução dos vetores que potencializam seu crescimento, além de novos arranjos e instrumentos jurídicos para enfrentar esta triste realidade que vitimiza milhares de pessoas, seja no tráfico de pessoas ou no contrabando de migrantes, exigindo dos poderes públicos ações efetivas para prevenir, proteger as vítimas e testemunhas e punir todos aqueles que se beneficiam direta ou indiretamente desta rede criminosa.

## UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PROTETIVA AS VÍTIMAS DO TRÁFICO E DO CONTRABANDO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES NO BRASIL

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi criada no ano de 2006, através do Decreto nº 5.948, que dentre os seus fundamentos consta ações de prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e prezando também pelo atendimento às vítimas das barbaridades cometidas pelos criminosos.

Salienta-se que o Governo Federal criou políticas públicas direcionadas ao combate ao tráfico de pessoas, sendo a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas um marco para consolidação de medidas protetivas.

Para dar efetividade às políticas adotadas, a Secretaria Nacional de Justiça/MJ editou a Portaria nº 31 em 20 de agosto de 2009, na qual foram estabelecidas as diretrizes para o funcionamento dos Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e Postos Avançados, tendo sido publicada no Diário Oficial da União em 11 de setembro de 2009.

Cabe ressaltar que os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas caracterizaram-se com uma das metas estabelecidas pelo I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP). A finalidade dos Núcleos está contida no Art. 1º da Portaria nº 31 que informa:

Os Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas têm por principal função articular e planejar as ações para o enfrentamento ao tráfico de pessoas, no âmbito estadual, e serão implementados em parceria entre o Governo Federal, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, e os governos estaduais (BRASIL, 2009).

Segundo dados do Ministério da Justiça, já estão instalados os Núcleos de Enfretamento ao Tráfico de Pessoas nas seguintes localidades: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Os Postos Avançados de Atendimento Humanizado ao Migrante estão presentes nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Ceará, Amazonas e Pará. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública:

Os Postos Avançados estão situados nos principais locais de entrada e saída do Brasil, para a recepção a pessoas deportadas e não-admitidas, onde uma equipe interdisciplinar desenvolve uma metodologia de atendimento humanizado a esses migrantes, identificando possíveis vítimas de tráfico de pessoas, oferecendo, conforme cada caso, um acolhimento através de uma rede local (BRASIL, 2014)

O I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas trouxe diversas conquistas no que se refere às mudanças de paradigma no olhar tanto para as vítimas como também para os criminosos. O Relatório do I Plano Nacional informa diversas benfeitorias, cita-se dentre elas:

(...) houve um considerável aumento do número de denúncias sobre o crime, o que resultou em um aumento de inquéritos instaurados e de condenações. Pode-se dizer que os canais disponibilizados pelo Governo, a exemplo do Disque 100, proporcionaram à população mais informações sobre a existência desse fenômeno, o exercício do direito de denunciar um crime que viola a dignidade da pessoa humana, exercendo sua plena cidadania. (BRASIL, 2010, p. 254)

Com o fim do prazo do I PNEPT, foi criado um novo Grupo de Trabalho com a missão de estabelecer o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP), a partir do relatório do plano anterior. Após ampla discussão com a sociedade civil organizada e os órgãos públicos envolvidos com o tema, o novo plano foi estabelecido com 115 metas e 14 atividades a serem desenvolvidas ao longo de 03 anos.

Neste novo plano ficou estabelecida a necessidade de uma Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP) para coordenar a implantação do Plano. Em cumprimento desta meta, o Decreto nº 7.901/2013 instituiu o CONATRAP integrado por um representante do Ministério da Justiça, da Secretaria de

Políticas para as Mulheres da Presidência da República e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) e sua presidência estava a cargo do Secretário Nacional de Justiça/MJ ou por pessoa por ele designada.

O II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas teve como diretrizes: Cooperação entre órgãos policiais nacionais e internacionais; Cooperação jurídica internacional; Sigilo dos procedimentos judiciais e administrativos nos termos da lei; Integração com políticas e ações de repressão e responsabilização dos autores de crimes correlatos (BRASIL, 2014, p. 39-40).

Na avaliação do II PNETP, divulgado em janeiro de 2015, constatou-se uma evolução no que concerne ao alcance das metas traçadas, das 115 metas que haviam sido estabelecidas, foram alcançadas 108. Uma das metas era alterar a legislação que regulamenta o tema no Brasil. Assim, uma nova lei foi aprovada e alterou todo o marco regulatório, inclusive integrou em um só tipo penal as modalidades do Crime de Tráfico de Pessoas, revogando diversos outros tipos penais na figura típica estabelecida no 149-A, conforme segue:

### **Tráfico de Pessoas**

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa (BRASIL, 2016).

É possível que além do crime antecedente, os agentes possam responder, em concurso material, por outras condutas criminosas, a exemplo: o inciso I haverá conexão com os crimes previstos na Lei 9.434/97 (Lei de transplantes de órgãos) relacionando-se aos artigos 14 a 20 da supracitada lei; o inciso II haverá conexão com o artigo 149 do Código Penal “Redução à condição análoga à de escravo”; no que se refere ao inciso III pode atribuir ao “Crime contra o Estado de Filiação” contido nos artigos 241 a 243 do Código Penal; o inciso IV pode estar contido diversos crimes a depender da idade da vítima, sendo eles: Estupro de vulnerável (artigo 217-A, Código Penal), estupro (artigo 213, Código Penal), artigos 227 a 230 do Código Penal e sendo vulnerável pode haver conexão com os artigos 218 a 218-B, todos do Código Penal. (CABETTE, 2017).

Relativo ao Contrabando de Migrantes, a Lei nº 13.445/2017 ampliou a proteção aos estrangeiros que tenham a pretensão de morar no Brasil. A referida legislação disciplinou os direitos e deveres dos migrantes, revogando a Lei nº 6.815/1980, incorporando uma política humanizada no trato dos migrantes, com deveres e direitos que cumprem tratados internacionais que o país é parte, tendo como princípio base a dignidade humana. No que diz respeito às condutas criminosas relacionadas ao problema, a nova lei revogou o tipo penal anterior e deu uma nova redação a conduta da entrada ilegal de migrantes, centrando-se no intermediador/contrabandista:

### **Promoção de migração ilegal**

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas. (BRASIL, 2017)

Torna-se importante destacar que além da criminalização intermediador/contrabandista por meio da Lei nº 13.445/2017, outro ponto que mereceu atenção foi também a vulnerabilidade do migrante, diante disso em 2018 surge a Lei nº 13.684 que “dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências” (BRASIL, 2018).

Ressalta-se que já está em andamento o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Informa o Decreto nº 9.440/2018 em seu artigo 3º:

Art. 3º O III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas está distribuído nos seguintes eixos temáticos:

I - gestão da política;

II - gestão da informação;

III - capacitação;

IV - responsabilização;

V - assistência à vítima; e

VI - prevenção e conscientização pública (BRASIL, 2018).

Destarte, o Brasil tem buscado alternativas para combater tanto o tráfico de seres humanos. Sua ação é reconhecida por entidades internacionais e o país não tem sido omissivo no que se relaciona a enfrentar os criminosos que auferem grandes lucros com a violação da dignidade da pessoa, violando também às políticas públicas de migração. A legislação brasileira tem sido constantemente atualizada, sendo exemplos notórios a Lei nº 13.146/2016, a Lei nº 13.445/2017 e a Lei nº 13.684/2018, referentes à temática abordada nesse estudo acadêmico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande número de pessoas traficadas e contrabandeadas no mundo demonstra que deve haver uma maior fiscalização, políticas de prevenção e de proteção das vítimas e das testemunhas destes crimes, além de punir os membros destas organizações criminosas. No Brasil há legislação pertinente tanto para o tráfico de pessoas, como para o contrabando de migrantes.

Torna-se importante destacar que a implementação do I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2008-2010) e do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2013-2016) foram de extrema importância para dar maior visibilidade social ao problema, criar uma rede de proteção para as vítimas e testemunhas, identificar e punir os autores deste crime contra a dignidade humana e prevenir a prática destas condutas.

Compreendendo que este problema não pode ser enfrentado de forma desarticulada, o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas inovou ao estabelecer o trabalho dos três eixos de forma transversal, com ações articuladas entre os estatais e não estatais.

As agências estatais e não estatais trabalham na execução de políticas públicas para o auxílio efetivo das vítimas nos mais diversos aspectos, sejam eles de atendimento médico, psicológico e jurídico. Sendo assim, busca-se enaltecer os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, além da participação dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) é indispensável o envolvimento de toda a sociedade, com sugestões e denúncias que são extremamente valiosas para identificar e punir os criminosos, corrigir as falhas e intensificar os pontos

positivos para alcançar seus objetivos. Os meios de comunicação organizados têm o dever moral de participar ativamente deste processo, levando informação e esclarecendo dúvidas das pessoas. Ou seja, a união de todos contribuirá para que haja uma grande redução de casos tanto de tráfico, como contrabando de migrantes.

Portanto, a busca de uma melhor qualidade de vida, deve vir amparada e limitada pelo respeito aos direitos humanos universais, reconhecidos nos tratados e convenções internacionais, em discriminação de origem, cor, raça ou religião, onde todos os seres humanos possam viver com dignidade, pondo fim a exploração da escravidão, em todas as suas formas, exige a participação de todos, elevando a solidariedade como um princípio universal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <<https://bit.ly/1bJYlGL>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/18kAH0G>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.016, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Disponível em: <<https://bit.ly/2Mkn5Lp>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <<https://bit.ly/2lIR4lv>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: <<https://bit.ly/2GKi3Ik>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.901, de 04 de fevereiro de 2013.** Institui a Coordenação Tripartite da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – CONATRAP. Disponível em: <<https://bit.ly/2D2utrD>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018.** Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <<https://bit.ly/2Nbf001>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <<https://bit.ly/25ZL71K>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/1CCNPJ5>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: <<https://bit.ly/2m4Uek8>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: <<https://goo.gl/5ta62s>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 13.684, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária; e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/2KeZryo>>. Acesso em: 27 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.** Disponível em: <<https://bit.ly/31V7MR5>>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Postos Avançados.** Disponível em: <<https://bit.ly/2LhzpxR>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

- \_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. **Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Secretaria Nacional de Justiça. Brasília: SNJ, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2N8t9uI>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Portaria nº 31, de 20 de agosto de 2009**. Estabelece diretrizes para o funcionamento dos Núcleos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e Postos Avançados. Disponível em: <<https://bit.ly/2FIUHAX>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Portaria nº 749, de 29 de abril de 2010**. Cria Grupo de Trabalho para coordenação do processo de elaboração do II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: <<https://bit.ly/2KBAZuR>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. **Avaliação sobre o progresso do II Plano de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP)**. Disponível em: <<https://bit.ly/2x89Ff0>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. **Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: SNJ, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2N8t9uI>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. **Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2X-2g6uD>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Justiça. **II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília: Ministério da Justiça: 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/31P36vS>>. Acesso em: 27 jun. 2018.
- CABETTE, Eduardo L. S. Tráfico de Pessoas (Art. 142-A). Postada em 11 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2KC9ilK>>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTADÃO. Imigrantes venezuelanos no Brasil são vítimas de exploração do trabalho. Publicado em 08 de março de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2Fwydmq>>. Acesso em:

G1. Quase 7.200 migrantes morreram em 2016 em todo o mundo, diz organização. Disponível em: <<https://glo.bo/2hxscuK> > Acesso em: 24 jun. 2019.

NUBLAT, Johanna. **Tráfico de migrantes tem corrupção, exploração e rende US\$ 6 bi no ano**. Publicada em 17 de maio de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2X0mdzx>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

OIT – Oficina Internacional Del Trabajo. **Ganancias y Pobreza: Aspectos económicos del Trabajo Forzoso**. Disponível em: <<https://bit.ly/2X1uLel>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Brasília: OIT, 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2X4DG9U>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SAKAMOTO, Leonardo. **OIT estima que trabalho forçado gera US\$ 150 bilhões de lucro por ano**. Disponível em: <<https://bit.ly/2FvU6lK>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. **Declaração de Direitos do Homem e Cidadão**. Disponível em: <<https://bit.ly/1h6Elwi>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://bit.ly/1pkC3MU>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

# SUPREMACIA DO NEGOCIADO EM FACE DO LEGISLADO: NATUREZA BIDIMENSIONAL DA LEI 13.467/2017

*Maria Priscila Soares Berro*

*Daniery Ericka de Lima Lins*

## INTRODUÇÃO

O presente objetiva demonstrar a mitigação aos direitos trabalhistas após a Lei 13.467/2017 devido a opção de supremacia do negociado em face do legislado.

O instituto da prevalência não foi uma novidade trazida pela Reforma ao ordenamento jurídico brasileiro, haja visto, já estar contido de forma expressa na Constituição Federal desde sua promulgação em 1988. Ocorre que, até a Reforma, a prevalência do negociado sobre o legislado só era aceita nos casos em que a negociação coletiva aumentasse o patamar mínimo civilizatório estipulado pela Constituição, no intuito de proteger o trabalhador, a parte hipossuficiente da relação trabalhista.

Nesse contexto normativo, surge a Lei 13.467/17 que inseriu os artigos 611-A e 611-B na Consolidação das Leis do Trabalho. Ao tratarem sobre o tema, os dispositivos trouxeram para o panorama trabalhista novos limites às negociações coletivas, passando a permitir que sejam realizadas negociações que diminuam o patamar mínimo civilizatório estipulado pela legislação, ou seja, admitem que direitos dos trabalhadores sejam mitigados, sem necessidade de uma contraprestação expressa por parte do empregador, em prol do interesse público, ou seria interesse mercadológico?

A hipótese básica é que a inserção dos artigos 611-A e 611-B na Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Lei 13.467/2017, permite que negociações coletivas reduzam direitos e garantias assegurados legalmente, violando, dessa forma, princípios basilares do direito pátrio como o princípio da vedação ao retrocesso social, que representa a exigência de um movimento sempre contínuo em direção à maximização dos direitos sociais, a partir do qual não é possibilitado ao legislador ordinário editar novo dispositivo legal que desfaça o grau de efeitos da norma constitucional alcançado por lei anterior.

Desta forma, objetiva-se demonstrar os dispositivos 611-A e 611-B, inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho não podem coexistir com o modelo normativo-principlológico constitucional brasileiro tendo em vista que minimizam os princípios basilares do Direito pátrio, sendo que, para tal, aplicou-se o método da dogmática jurídica e o procedimento técnico bibliográfico.

## 1 DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

Sabido que o Direito do Trabalho é um conjunto de normas que pugna pela valoração social do trabalhador, não importando se é um empregado (em que há prestação de trabalho subordinado, objeto do contrato de trabalho), ou um trabalhador assemelhado ao empregado, ou ainda, um desempregado, mas inserido no mercado de trabalho à procura de uma nova colocação, como por exemplo ter estendido aos avulsos os mesmos direitos sociais garantidos aos empregados (art. 7º, XXXIV, da CF) (CASSAR, 2017).

É um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinados e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho, das medidas que visam a proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

A identificação das fontes formais de Direito do trabalho é importante para que empregado e empregador se conscientizem de que, além da força obrigatória dos respectivos contratos de trabalho, existem ou-

tros regramentos que têm força coercitiva e que devem ser respeitados e cumpridos.

Sob o prisma jurídico, para Barros (2017), a fonte é vista como origem do direito, incluídos os fatores sociais, econômicos e históricos e como fundamento de validade da norma jurídica a fonte pressupõe conjunto de normas, a exteriorização do Direito, os modos pelos quais se manifesta a norma jurídica.

Para Sussekind e Maranhão (2000) “[...] as regras de direito saem do húmus social, de onde se originam, como as águas saem do solo: espontaneamente e naturalmente”.

Desta forma, fonte de Direito do Trabalho significa o meio pelo qual o Direito do Trabalho se forma, se origina e estabelece suas normas jurídicas; e o Direito positivo é retratado pela norma, que se constitui em regras, princípios e valores, dotada de força coercitiva sobre os agentes a que se destina.

Para Cassar (2017) as regras têm vestes na lei escrita e os princípios são comandos gerais cujas funções são inúmeras, como: a normativa, a supletiva, integrativa, de iluminação e inspiração do intérprete, entre outras. Por fim, os princípios/valores são padrões sociais aceitos e seguidos por todos os indivíduos de uma sociedade.

Portanto, direito positivo não significa apenas direito escrito, e sim, aquele que age coercitivamente sobre a sociedade. O destinatário cumpre a norma porque se sente obrigado a tanto e é a partir da fonte que se cria o Direito e, com este, a obrigação e a exigibilidade ao cumprimento.

Cassar (2017) caracteriza as fontes formais em: a) caráter geral, pois são feitas para todos abstratamente e não só para uma pessoa; b) em grupo abstrato, por não prever uma condição concreta, mas uma hipótese; c) impessoal, por levar em conta a coletividade e não uma única pessoa; e d) imperativo, pois tem caráter coercitivo.

Gomes (1984) divide as fontes do Direito do trabalho em primárias e imperativas. A fonte primária ou fonte de criação é a que depende da vontade das partes pois, o contrato é a única fonte de criação da relação de emprego.

As fontes imperativas, por sua vez, são subdivididas em: fonte de produção estatal, em que se situa a lei; fonte de produção profissional, que compreende as convenções coletivas; fontes de produção mista, cujo

exemplo é a sentença normativa. Esta é considerada mista porque, no processo de dissídio coletivo em que é proferida, quem toma a iniciativa de ajuizar ação é a entidade sindical representante da categoria interessada, mas quem profere a decisão é o tribunal do trabalho, logo, há também intervenção de autoridade pública. Por fim, a fonte de produção internacional, que são os tratados e as convenções internacionais ratificados pelo Brasil (GOMES, 1984).

Entre as classificações de fontes a que se sobrepõe são as fontes formais e materiais.

Segundo Barros (2017) fontes materiais, também conhecidas como reais ou primárias, são os “substratos fáticos”, que imprimem conteúdo à norma. Como fatores culturais, essas fontes pertencem mais ao campo da sociedade jurídica e da filosofia do Direito do que da Ciência jurídica. Já as fontes formais traduzem a exteriorização dos fatos por meio da regra jurídica. Essa fonte pode ser imposta de forma coercitiva, obrigando de maneira geral.

A lei é a principal fonte formal. O conceito de lei assenta-se sobre quatro noções fundamentais: a primeira, a de que ela é uma declaração jurídica, a segunda, a de que essa declaração se reveste da forma escrita, a terceira, a de que o seu conteúdo há de ser uma norma e a quarta, a de que ela deve provir de órgãos estatais competentes (BARROS, 2017).

Por fim, a circunstância de a lei provir de órgãos estatais competentes a distinguem das convenções coletivas e dos regulamentos de empresa. A norma jurídica que constitui o conteúdo da lei é um comando abstrato, hipotético, coercitivo e genérico, que prevê abstratamente certos fatos (hipótese), com as consequências jurídicas que lhe correspondem (tese) (BARROS, 2017).

Cumpra, uma breve distinção entre princípios e regras, pois segundo Ávila (2014) as regras têm diretamente a descrição de um comportamento ou atribuição de uma competência como objeto, visa à obtenção de um fim, ao passo que os princípios visam diretamente à consecução de um fim e influem nos comportamentais ou nas atribuições de competência necessárias para tal.

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade

que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a descrição conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias a sua promoção (ÀVILA, 2014).

Desta forma, os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

Em 05 de outubro de 1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata de direitos trabalhistas nos arts. 7º a 11 incluídos no Capítulo II - “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos E Garantias Fundamentais” -, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social (MARTINS, 2018). Trata o art. 7º da Constituição Federal, dos direitos individuais e tutelares do trabalho, o art. 8º versa sobre o sindicato e suas relações e art. 9º especifica regras sobre greve.

Os direitos além de constitucionalizados foram elevados ao *status* de Direitos fundamentais, posto que a Constituição Federal trouxe um conjunto de direitos denominados de fundamentais, cuja a análise deve o intérprete extrair o seu conteúdo essencial para entender quais os outros direitos que, compartilhando da mesma natureza, devem ficar abrigados sob o mesmo apontamento.

Nota-se que a noção de dignidade, deve ter como parâmetro não só o indivíduo enquanto tal, mas também enquanto parte de sociedade em que se integra. Os direitos fundamentais pretendem a proteção da dignidade humana, entendida à luz de uma análise do indivíduo em si e na sua relação com o meio social (NUNES JÚNIOR, 2009).

Ressalta Marmelstein (2014) que dentro de um sistema de normas, escalonado em forma de pirâmide, a Constituição ocupa o patamar mais alto. Ela está no topo do ordenamento jurídico, de modo que qualquer norma para ser válida deve lhe ser compatível, o mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também pois norma constitucional.

Eles são fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que estão protegidos do legislador ordiná-

rio, se não fosse assim, não seriam distintos dos outros. Destacam-se pela supremacia formal e material, eles se sobrepõem às leis, e constituem fundamento ético de todo ordenamento jurídico (MARMELSTEIN 2014).

Assim, os direitos fundamentais devem ser vistos como direitos interdependentes e indivisíveis. Não basta proteger a liberdade sem que as condições básicas para o exercício desse direito sejam garantidas e, por isso, junto com os direitos fundamentais foram positivados os direitos sociais que são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna.

O direito a um trabalho se constitui como direito fundamental sem o qual não há dignidade humana, possuindo amparo constitucional, sendo necessário preservar os direitos fundamentais do homem, o trabalho uma vez que este está firma a possibilidade de permitir ao homem construir sua identidade, formar relações solidárias e se inserir na sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece, em seu art. 23º, n. 1, que: “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

O direito ao trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, no sistema jurídico brasileiro, porquanto positivado na Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II, III e IV, CF); ora como direito social (arts. 6º e 7º, CF); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna (LEITE, 2018).

Esses direitos possuem uma função diferente da função dos demais direitos fundamentais, pois eles têm como principal destinatário as empresas privadas e não o Estado. São, portanto, normas que delimitam o poder de direção do empregador com vistas a proporcionar condições mais dignas de trabalho. Para isso, o constituinte estabeleceu uma série de garantias mínimas a serem observadas na relação trabalhista, sem prejuízo de outras estabelecidas em lei, tratados internacionais ou até mesmo acordos entre patrões e empregados (MARMELSTEIN 2014).

Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mais ainda, essa

investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não o são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto à sua espécie: o que for necessário para promover o fim, é devido. Em outras palavras, a positividade de princípios implica obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência (AVILA, 2014).

Acrescenta Ávila (2014) que não existe, portanto, correspondência necessária entre norma e dispositivo. As regras não precisam e nem podem ser objeto de ponderação porque ou elas existem ou não existem. Já os princípios precisam e devem ser pesados, avaliados e isso não implica em exclusão de um deles do ordenamento jurídico, e não existe hierarquia entre princípios.

A razoabilidade como uma estrutura e base na aplicação de outras normas e princípios com várias finalidades a proporcionalidade como postulado que deve ser aplicado para avaliar se as vantagens advindas da aplicação do meio usado ou a do princípio superam as desvantagens.

O Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), este princípio é o centro de todo o ordenamento jurídico estando presente no Direito do trabalho, visto que todo trabalhador é pessoa humana.

Sarlet (2011) conceitua a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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 existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Como visto, o conceito de dignidade da pessoa humana harmoniza-se no âmbito de qualquer relação de trabalho, sobretudo na relação empregatícia visando o estado de subordinação a que fica submetido o empregado diante do poder empregatício do tomador dos seus serviços. É um direito constitucionalizado elevado ao *status* de direito fundamental devendo ser interpretado e aplicado de maneira a preservar a integridade

sistêmica da Constituição, a equilibrar as relações sociais e, acima de tudo proporcionar a devida tutela ao titular do direito fundamental.

Análogo ao princípio da dignidade da pessoa humana está o princípio do valor social do trabalho pois, o trabalho possui um valor social, e não pode ser objeto de mercado, ou seja, ele não é uma mercadoria que poderá ser comercializado, mas para ter um valor social, o trabalho deve propiciar a dignificação da pessoa por meio de um trabalho decente, o trabalho que não atende a este valor viola o princípio em causa, portanto, todas as formas de trabalho em regime de escravidão, o trabalho infantil, o trabalho degradante, o trabalho em jornada exaustiva, entre outros, ferem tal princípio (LEITE, 2018).

Princípio do não retrocesso social, que possui o intuito de avaliar a concretização dos direitos constitucionais e de defender as conquistas sociais, quer dizer, uma vez obtidos um determinado grau de realização passam a ser uma garantia constitucional, e um direito subjetivo. Este princípio estabelece limites a reversibilidade dos direitos adquiridos, em caso de violação estaria confrontando com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio nada mais é que a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a norma constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental (SARLET, 2011).

Segundo Sarlet (2011) o princípio constitucional do não retrocesso no âmbito do direito brasileiro está implícito na Constituição Federal, e decorre do princípio do Estado democrático de Direito que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação de uma existência devida para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem antes deste patamar; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e da segurança jurídica que busca a estabilidade para as relações jurídicas.

Estes e outros princípios conduzem o Direito do trabalho, em busca da efetiva tutela jurisdicional equitativa para todos os indivíduos nas suas relações individuais e coletivas. Assim, de se destacar que é nas relações coletivas, nas atividades dos empregados enquanto grupo organiza-

do, que possuem autonomia perante os empresários e o Estado, que a Lei 13.467/17 infligiu alterações.

## 2 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Direito Coletivo do Trabalho é o seguimento do Direito do Trabalho incumbido de tratar da organização sindical, da negociação e normas coletivas, bem como a representação dos trabalhadores, ou seja, um instrumento para a melhoria das condições de trabalho.

Para Leite (2018) as relações coletivas traduzem algo típico e especial do direito do trabalho, especificadamente na parte referente ao direito coletivo do trabalho que ocupa-se nas relações coletivas de trabalho, isto é, das relações jurídicas nas quais os seus titulares atuam, em regra, na qualidade de representantes de grupos sociais e econômicos. Os interesses que constituem objeto dessas relações são abstratos, porque destinados ao grupo social de forma imediata, somente atingindo mediatamente os interesses dos sujeitos que a ele pertençam ou venham a pertencer.

O Direito coletivo assume caráter instrumental, constituindo, geralmente, um complexo de normas autônomas criadas pelos próprios atores sociais interessados e no Brasil onde o Estado exerce o poder normativo por intermédio da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, §2º).

Logo, o Direito coletivo retrata o conjunto de normas elaboradas pelo estado e pelas organizações de trabalhadores e de empresários e busca regular as relações coletivas de trabalho, promovendo soluções e mecanismos na pacificação dos conflitos advindos destas relações.

A negociação coletiva é considerada a forma mais eficaz para solução de conflitos coletivos trabalhistas equivalendo ao entendimento das partes e resultando na formalização de uma norma coletiva de trabalho.

Conceitua Martins (2017) que negociação coletiva é uma forma de ajuste de interesses entre as partes que acerta os diferentes entendimentos existentes visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições. É modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais.

A convenção 154 da OIT esclarece que a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregados ou uma organização ou

várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: a) fixar condições de trabalho e emprego; b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; c) disciplinar as relações entre empregadores ou suas organizações de trabalhadores ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez (CAS-SAR, 2017).

Distingue-se a negociação coletiva da convenção e do acordo coletivo, pois aquela é o procedimento que visa superar as divergências entre as partes, enquanto estas vem a ser o resultado desse processo e caso a negociação coletiva resulte frustrada, não haverá a produção da norma coletiva.

A negociação coletiva é obrigatória no sistema brasileiro, mas a convenção e o acordo coletivo são facultativos. Frustrada a negociação coletiva ou arbitragem, é facultado às partes ajuizar o dissídio coletivo nos moldes do §2º do art. 114, da constituição brasileira (MARTINS, 2018).

Negociação coletiva típica é realizada entre o sindicato de empregados e o Sindicato de empregadores. Negociação atípica é aquela feita pelo empregador e por representantes dos trabalhadores, mas não por intermédio do sindicato dos trabalhadores (MARTINS, 2017).

Segundo Martins (2017) a negociação coletiva possui várias funções, sendo elas, jurídicas, políticas, econômicas e sociais. A negociação coletiva de função jurídica é normativa, criando normas aplicáveis a relações individuais de trabalho, até mesmo para pior, como nas crises econômicas. São estabelecidas regras diversas das previstas em lei. Atua a negociação coletiva no espaço em branco deixado pela lei. É obrigacional e compositiva, pois determina obrigações e direitos para as partes, para o equilíbrio e a paz social entre o capital e o trabalho.

A negociação coletiva de função política é de incentivar o diálogo, devendo as partes resolver suas divergências entre si; as econômicas de distribuição e riqueza e a social ao garantir aos trabalhadores participação nas decisões empresariais (MARTINS, 2017).

O direito de negociar livremente é elemento essencial da liberdade sindical (Art. 8º, CF) que no Brasil é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, mantendo a competência normativa dos tribunais trabalhistas para a solução de conflitos coletivos, por meio da tutela jurisdicional, sendo que a negociação coletiva só não terá validade se for expressamente proibida pela legislação.

Assim, quando não se chega a um consenso, quem soluciona o impasse é a Justiça do Trabalho em um dissídio Coletivo, por meio de uma sentença normativa (NETO; CAVALCANTE, 2019).

Deve-se verificar o caráter normativo, os acordos e convenções criam direitos e estabelecem obrigações a empregadores e empregados, equilibrando os interesses de ambas as partes. Embora tenham a mesma finalidade, os instrumentos coletivos de trabalho possuem diferenças entre si.

A Convenção Coletiva de Trabalho tem uma amplitude maior e é firmada entre dois sindicatos – ou seja, o sindicato dos trabalhadores (empregados) e o sindicato patronal (empregadores). Nesse caso, o pactuado define as relações trabalhistas de toda categoria de uma determinada região (NETO; CAVALCANTE, 2019).

O Acordo Coletivo de Trabalho reflete os interesses do sindicato dos trabalhadores com uma ou mais empresas. Dessa forma, regula as relações de trabalho entre os empregados de uma ou mais empresas participantes (NETO; CAVALCANTE, 2019).

Ambos decorrem de assembleia realizada pelo sindicato laboral para saber qual a reivindicação daquela categoria que discute uma pauta de reivindicações. As negociações com a empresa, ou sindicato patronal, têm início depois, e, se houver consenso, um documento é assinado, materializando um acordo ou convenção coletiva. Esses documentos passam a fazer efeito três dias após a assinatura e vigoram por, no máximo, dois anos. (NETO; CAVALCANTE, 2019).

Quando as partes envolvidas não obtêm sucesso nas negociações, é a Justiça do Trabalho acionada por meio de um Dissídio Coletivo. Nele, os sindicatos pedem ao Poder Judiciário que determine quais regras se aplicam à categoria. O resultado desse processo é chamado de sentença normativa que vale por, no máximo, quatro anos.

A sentença normativa constitui uma das fontes peculiares do Direito do Trabalho, é a decisão dos tribunais regionais do trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento dos dissídios coletivos (Art. 114, *caput* e §2º, CF). É, portanto, por meio da sentença normativa em dissídio coletivo que serão criadas, modificadas ou extintas as normas e condições aplicáveis ao trabalho, gerando direitos e obrigações a empregados e empregadores, com efeito *erga omnes*, valendo para todas as pessoas integrantes da categoria econômica e profissional envolvidas no dissídio coletivo (MARTINS, 2018).

A negociação coletiva é uma importante fonte do Direito do Trabalho e se traduz na realização de pactos e regulamentações de trabalho ajustadas ao particularismos de cada profissão. É meio de manutenção da paz social dentro das relações de trabalho, mas com a reforma trabalhista vem passando a ser mecanismo de precarização e rebaixamento do valor e das condições de contratação e gestão da força de trabalho na economia e na sociedade brasileira.

### 3 REFORMA TRABALHISTA: SUPREMACIA DO NEGOCIADO

A Constituição Federal teve foco jurídico na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na cidadania, na dignidade da pessoa humana nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, II, III, IV e art. 3º, I, CF), objetivando “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, a par de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, II, III e IV, CF) (DELGADO, 2017).

Conforme se observa, não existe espaço, na Constituição, para a concepção de negociação coletiva trabalhista como mecanismo de precarização e rebaixamento do valor e das condições de contratação e gestão da força de trabalho na economia e sociedade brasileira.

Conforme Delgado (2017) a Constituição de 1988 buscou implantar no País um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um tripé conceitual, a saber: a pessoa humana, e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva.

A Lei 13.467/2017 adotou a orientação da prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, a convenção e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei (art. 611-A, CLT) e o que não pode ser negociado, está no artigo 611-B, da CLT, ocorre que assim já era antes da citada reforma.

O diferencial é que tais dispositivos passaram a permitir que sejam realizadas negociações que diminuam o patamar mínimo civilizatório estipulado pela legislação, ou seja, admitem que direitos dos trabalhadores

sejam suprimidos, sem necessidade de uma contraprestação expressa por parte do empregador, bem como, desregulam questões ligadas à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Tem-se, pois, que a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis Trabalhistas e de seus incisos, não objetiva ampliar direitos, mas o oposto, transformou a maioria dos direitos nela contidos e que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis:

Na verdade, o art. 611 - A da CLT aponta alguns dos direitos que podem ser reduzidos ou alterados pela negociação coletiva e o art. 611-B da CLT, a limitação desse poder. Sem dúvida, o art. 611 -A da CLT permite mais inclusões de outras hipóteses ali não previstas que o art. 611-B da CLT de limitações. A expressão “entre outros” contida no caput do art. 611-A espelha essa intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com finalidade de redução de direitos legais. (CASSAR, 2017)

Deste modo, se admite negociação coletiva contrária a Lei e *in pejus* nas matérias previstas pelo art. 611-A da CLT, ou seja, pode o Sindicato negociar direitos para pior em tais matérias.

O artigo 611-B da CLT traz hipóteses em um rol taxativo, em que não é permitida a supressão ou a redução de direitos por via de negociação coletiva, o que implica dizer que se um artigo dispõe taxativamente os direitos que não poderão ser objeto de flexibilização, todos os remanescentes poderão ser negociados, ainda que não constantes no rol do artigo 611-A da CLT (DELGADO, 2017).

Observa-se as disposições constantes nos supracitados artigos se revelam como afrontosas ao princípio da vedação ao retrocesso social, posto que a inovação legislativa somente devesse ocorrer para beneficiar os trabalhadores, haja vista o processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas. Qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao artigo 7º da Constituição Federal.

No Brasil, com a Constituição de 1988 foram instituídos e aperfeiçoados os direitos sociais previstos no artigo 7º, estabelecendo inúmeros direitos trabalhistas, os quais possuem característica de progressividade, isto é, tais alterações que vieram de modo evolutivo e, por conta disso, não admite o retrocesso por normas ordinárias:

[...] a Constituição brasileira adotou expressamente o princípio do não retrocesso social em matéria de direito do trabalho, na parte final do caput do art. 7º, ao estabelecer que podem ser assegurados aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social; b) o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador; c) as normas trabalhistas somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador; d) a inconstitucionalidade da norma pode ser contornada se forem criados “outros esquemas alternativos ou compensatórios” ao direito social modificado ou suprimido. (MEIRELES, 2004, p.56)

Em outras palavras, todos os direitos sociais entre os quais se podem destacar os de natureza trabalhista são direitos fundamentais e não podem ser restringidos ou terem sua eficácia diminuída, posto que afrontaria o princípio do não retrocesso social, pois se objetiva de impedir que o legislador utilize de práticas arbitrárias para suprimir ou restringir direitos conquistados ao longo do tempo pelos trabalhadores.

Contudo, diante do cenário político e econômico, a previsão protetiva do trabalhador em face do empregador foi flexibilizada, com a vigência da Lei 13.467/17, consubstanciada nos artigos 611-A e 611-B da CLT, na qual prevê a prevalência da negociação coletiva sobre as leis trabalhistas, constitui uma afronta ao princípio da vedação do retrocesso social, por permitir que por meio de acordos ou convenções coletivas, direitos previstos em lei que asseguram patamares mínimos e dignos de proteção aos trabalhadores sejam reduzidos.

Tem-se que o princípio da vedação ao retrocesso social é uma garantia constitucional decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, esses direitos estão condicionados à atuação do Estado, o qual deve adotar todas as medidas e esforços possíveis para a efetivação completa desses direitos (MARTINS, 2017).

A reforma está na contramão dos direitos sociais da Constituição Federal, atentando contra o princípio da vedação ao retrocesso e mitigando a dignidade da pessoa humana e direito ao trabalho digno.

Ademais a Lei 13.467/2017 dificulta a intervenção do Judiciário na negociação coletiva, pois restringe as hipóteses de nulidade das normas coletivas, já que optou-se pela intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (§3º, art. 8º e art. 611-A, CLT).

Não obstante, tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5850 com pedido de medida liminar, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade – CONTCOP, em face dos artigos 578, 579, 582, 583, 587, 602, 611-A e 611-B da CLT, alegando vícios de inconstitucionalidade, posto que viola direitos fundamentais, segurança jurídica fundamentado nas decisões reiteradas do STF na Súmula Vinculante 40, a livre iniciativa e outros, objetivando a inconstitucionalidade dos referidos artigos.

Nesse contexto, as negociações coletivas se enquadram na última categoria, os negócios jurídicos que, por estarem na base da pirâmide, devem respeito às normas superiores, quais sejam, normas gerais e Constituição que estipulam balizas para a criação de leis infraconstitucionais, para que haja uma coesão e harmonia no ordenamento, gerando maior segurança jurídica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido à crise econômica que o Brasil vive o Governo buscou alternativas para desonerar o custo do empregador por meio de uma flexibilização das leis trabalhistas, baseada na redução de direitos sociais trabalhistas, sob a justificativa de que a rigidez e complexidade desta legislação configura entrave ao desenvolvimento nacional. Assim, Lei 13.247/2017 mitiga direitos fundamentais, já que o artigo 7º da Constituição estabelece que as negociações servem para majorar os direitos dos trabalhadores não restringir ou suprimir direitos.

Conclui-se, portanto, que os artigos 611-A e 611-B, ao alterarem os limites do instituto, permitindo a prevalência de negociações prejudiciais ao trabalhador sobre o que está legislado desrespeitam a Constituição Federal, porque, subvertem a hierarquia de normas do ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. atual., São Paulo: LTr, 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 25 jun. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm) >. Acesso em: 25 jun. 2019.
- CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed., São Paulo: LTr, 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. V.1-2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.
- MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v. 15, n. 179, 2015.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed., São Paulo: LTr, 2000.

# O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A VIOLAÇÃO AO DIREITO DE ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE UTILIZA CADEIRA DE RODAS E ENCONTRA-SE RECLUSA NO SISTEMA CARCERÁRIO AMAZONENSE

*Jonathan Lucas de Souza Teixeira*

*Mônica Nazaré Picanço Dias*

## INTRODUÇÃO

A inexistência de adaptação dos estabelecimentos prisionais de forma a garantir a acessibilidade do preso em sua integralidade é uma das maiores violações ao princípio da dignidade, sendo uma completa afronta a um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, a saber, a dignidade da pessoa humana.

A Lei de Execução Penal não faz qualquer alusão à adequação do estabelecimento penal para a pessoa com deficiência. O Estado se preocupou apenas em punir e encarcerar aqueles que infringem as leis, mas em momento algum buscou proporcionar meios efetivos de reabilitar os encarcerados, em especial, aqueles que possuem alguma deficiência física. Sendo assim, as penitenciárias e os presídios deveriam se adequar às necessida-

des dos reclusos, visando tratar de forma mais humana e digna aqueles que estão sob sua custódia, respeitando a integridade física e moral, bem como sem submeter os presos à tratamento desumano ou degradante conforme estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5º.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013, fez um levantamento acerca do sistema prisional no Amazonas e entregou no ano posterior ao Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) e demais órgãos estaduais, o relatório final do 3º Mutirão Carcerário, apontando fragilidades e fazendo recomendações aos gestores e ao judiciário amazonense, todavia, o Estado quedou-se inerte.

Neste cenário de omissões e violações de direitos no sistema carcerário amazonense, encontram-se reclusas pessoas com deficiência que usam cadeira de rodas e que dia após dia enfrentam dificuldades de acessibilidade nas penitenciárias, as quais não foram projetadas para abrigarem os mesmos, ficando estes obrigados a viverem em condições subhumanas e de completo desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 1 PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Os portugueses, quando encontraram os índios que habitavam no Brasil, descobriram um povo que não possuía normas sistematizadas, apenas eram regidos pelos costumes, tradições e crenças. Inicialmente, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas (1446), da época de D. Afonso V, tendo sido substituídas posteriormente pelas Ordenações Manuelinas (1521) - da época de D. Manuel I. A esse respeito discorre, Cunha (2015, p. 50):

No início da colonização vigoravam as Ordenações Afonsinas, o mesmo regime jurídico vigente em Portugal, de caráter religioso, influenciadas também pelo direito romano. Em 1514, foram revogadas pelas Ordenações Manuelinas, mantendo a base das precursoras, não definindo tipo ou quantidade de pena, ato discricionário do juiz. Foram substituídas pela compilação de D. Duarte Nunes Leão (também denominada Código de D. Sebastião ou Código Sebastião), reunindo leis até então separadas e de difícil interpretação e conhecimento por parte dos cidadãos.

Ou seja, após o período de vigência das Ordenações Manuelinas houve a aplicação da compilação organizada por D. Duarte Nunes de Leão, próximo ao ano de 1569 e, por fim, as Ordenações Filipinas (1603).

## 1.1 O PRIMEIRO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

As ordenações do Rei Felipe II são consideradas como o primeiro Código Penal instituído no Brasil, apesar de serem baseadas essencialmente em preceitos religiosos, onde o crime confundia-se com o pecado e com a ofensa moral. As penas eram desproporcionais, cruéis e severas, sem a aplicação do princípio da legalidade no que atine às sanções criminais (DAHER, 2012, p. 35-36).

Em 1824, após a proclamação da Independência do Brasil, ocorreu a promulgação da Constituição do Império do Brasil, que já dispunha em seu art. XXI acerca da garantia de dignidade aos condenados. O referido artigo determinava que as cadeias deveriam ser limpas, seguras e bem arejadas, havendo diversas casas (celas) para separação dos réus, conforme as circunstâncias e natureza dos delitos.

## 1.2 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO E A HUMANIZAÇÃO DA PENA

Nucci (2014, p. 59) afirma que foi apenas com a edição do Código Criminal do Império, em 1830, consequente do projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, que foi conquistada uma legislação penal mais humanizada e sistematizada. O Código mencionado constituiu um grande avanço, tendo criado institutos que até os dias atuais estão em vigor no direito brasileiro, como o dia-multa.

Sendo assim, a preocupação com a humanização das sanções do direito brasileiro começou a partir do período imperial. As penas tornaram-se mais justas e ocorreu a aproximação do direito penal moderno, com a adesão de princípios que limitavam a aplicação das sanções e proibiam os castigos cruéis. Contudo, apesar da Constituição de 1824 declarar a abolição da tortura, da marca e de todas as penas cruéis, quando se tratava de réu escravo, o artigo 60 do Código Criminal previa que, não sendo caso de pena de morte ou de galés, este deveria ser castigado, nos termos da respectiva sentença, em até 50 (cinquenta) chibatadas por dia.

### 1.3 O CÓDIGO PENAL DA ERA REPUBLICANA

Em 1890, sob muitas críticas, foi aprovado o Código Penal da Era Republicana. A nova legislação foi reprovada por aquelas que acreditavam que ela não manteve o mesmo nível de organização e originalidade da antecessora e vigorou até a edição do atual Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), na Era Vargas (NUCCI, 2014, p. 59).

Depois da proclamação da Independência, em 1822, o Brasil editou durante a história os seguintes Códigos, conforme Greco (2011, p. 05) informa:

Código Criminal do Império do Brasil, aprovado em 16 de dezembro de 1830; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890; Consolidação das Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932; Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – cuja Parte Especial, com algumas alterações, encontra-se em vigor até os dias de hoje; Código Penal, Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969 – que permaneceu por um período aproximado de nove anos em *vacatio legis*, tendo sido revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem sequer ter entrado em vigor; Código Penal, Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 – com esta lei foi revogada, tão somente, a Parte Geral do Código Penal de 1940.

### 1.4 O ATUAL CÓDIGO PENAL

O Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, criou o código penal que se encontra vigente nos dias atuais. Este é composto por duas partes: a Geral (arts. 1º a 120) e Especial (arts. 121 a 361). A Parte Geral destina-se às normas que orientam o intérprete na aplicação da lei penal, ocupando-se de regras que são utilizadas não só nos crimes previstos no Código Penal, como também em toda a legislação extravagante (normas que não estão contidas no corpo do Código, mas que tratam de matérias penais). A legislação passou a ter contradições, como a possibilidade de concessão de penas restritivas de direitos a crimes cuja pena privativa de

liberdade não ultrapasse 04 (quatro) anos, porém a suspensão condicional, mais rigorosa, somente pode ser aplicada a crimes cuja pena privativa de liberdade não seja superior a 02 (dois) anos.

## 1.5 REFLEXOS DA INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA

Considera-se o princípio da dignidade humana um macroprincípio ou superprincípio, porque dele se originam diversos outros. No âmbito penal, cita-se o princípio da humanidade das penas como oriundo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Bittencourt (2012, p. 128):

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a *dessocialização* dos condenados são corolários do princípio de humanidade.

De acordo com Azevedo e Salim (2015, p. 68) em consonância com o princípio da humanidade, nenhuma pena pode atentar contra a dignidade da pessoa humana, de sorte que é vedada a aplicação de penas cruéis e infamantes, bem como a pena deve ser cumprida de forma a efetivamente ressocializar o condenado.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO SURGIMENTO DA PENA

### 2.1 A PENA COMO SANÇÃO DIVINA

A convivência dos seres humanos em comunidade invariavelmente gera conflitos, sendo necessária a aplicação de regras e a imposição de sanções

visando a pacificação social e convivência harmônica entre todos. Nucci (2014, p. 53) aborda o tema da vivência em comunidade e afirma que:

O ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, na busca incessante do atendimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação. E desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição.

Neste mesmo sentido, Roberto José Daher (2012, p. 21-22) afirma que no início da civilização, a pena significava nada mais do que uma vingança, pois de uma forma natural, os indivíduos revidavam a agressão sofrida. Eles viviam conforme seus instintos, não se preocupavam se era justo ou não o que estava sendo feito, nem se havia algum tipo de relação com o ato praticado.

## 2.2 O SURGIMENTO DA VINGANÇA PRIVADA

Com o passar do tempo, foi superada a visão de sanção como vingança divina, surgindo a vingança privada e a extrema desproporcionalidade entre a ofensa cometida e a punição aplicada, uma vez que, cometido um delito, poderia haver a reação da vítima, de seus familiares e do grupo social a que pertenciam. María José Fálcon y Tella (2005, p. 97) dispõe que durante milênios a vingança privada era o meio pelo qual o autor de atos criminais era punido. A intromissão da coletividade ocorria apenas para abrandar a ira de um deus que se acreditava estar ofendido. Mas, durante a evolução do direito penal, foi a Lei de Talião quem propôs uma incipiente intenção de superar a arbitrariedade com que a pena era aplicada, ao utilizar a premissa do “olho por olho, dente por dente”, sugerindo uma proporcionalidade na aplicação da sanção.

## 2.3 A PENA COMO VINGANÇA PÚBLICA

Nesse período de mudança histórica do Direito Penal, emerge a vingança pública, com o fim de obter-se uma melhor organização social e promover a proteção, além da segurança do Estado e do soberano. Todavia, não houve completa ruptura do pensamento de vingança privada

e divina. As tribos continuavam a aplicar a vingança privada em seu seio, trazendo consigo o misticismo característico da fase da vingança divina. Sendo assim, permanecia a imposição de penas cruéis, desumanas e com visível finalidade intimidatória.

Daher (2012, p. 26) explica que nessa fase do Direito Penal a pena capital era uma sanção comumente aplicada, chegando a alcançar familiares do infrator e, por vezes, punia infratores por delitos que hoje são considerados insignificantes. Contudo, se de um lado ainda havia o temor ocasionado pela falta de segurança jurídica, de outro houve avanço na aplicação da pena que agora era competência do Estado. Dessa maneira, apesar das penas continuarem sendo desumanas e cruéis, o responsável pela sua aplicação era imparcial, sinalizando um progresso no que atine à proporcionalidade da pena.

## 2.4 AS ESCOLAS PENAIS DA IDADE ANTIGA E O GÉRMEN DA HUMANIZAÇÃO DA PENA

O Direito Penal Romano dividiu-se em três períodos iniciais. Primeiro, houve o predomínio do poder absoluto do chefe da família, sendo este o responsável pela aplicação das sanções ao grupo de acordo com sua vontade. Segundo, houve a fase do reinado, em que o caráter sagrado da pena era preponderante, caracterizando o período da aplicação da pena como vingança pública. Terceiro, no período republicano ocorreu a separação entre o Estado e a Igreja, sendo assim, a pena perdeu seu caráter de penitência divina e passou a prevalecer a Lei de Talião e a composição.

Nucci (2014, p. 54) afirma que, apesar de todos os avanços do Direito Romano, permaneceu a aplicação das penas infamantes, cruéis, de morte, de trabalhos forçados e de banimento. Na Idade Média, o Direito Canônico perpetuou o caráter sacro da punição, sendo mantida a severidade da pena, mas havia o intuito da correção, com o fim de regenerar o criminoso. Nesse período, a religião e o poder estavam tão atrelados que a heresia era considerada crime e diversos excessos foram cometidos pela Santa Inquisição. Inexistia, até então, qualquer proporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada (NUCCI, 2014, p. 59).

## 2.5 O PERÍODO HUMANITÁRIO

O Iluminismo foi de fundamental importância na evolução do pensamento punitivo. No ano de 1764, tornou-se público um livro que traduzia as ideias pregadas pelos grandes iluministas da época. Intitulada como “Dos delitos e das penas”, a obra escrita por Beccaria – um dos precursores das ideias de tratamento igualitário entre os homens e do direito à dignidade – causou uma revolução ao ser divulgada. Conforme expõe Maria Asunción Moreno Castilho (1997, p. 93-94):

(...) o livro de Beccaria, da mesma forma que teve grande acolhida, também foi objeto de duras refutações e censura, entre as quais podemos mencionar as realizadas por Fachieri, quem, em 1766, escreveu *Notas e Observações sobre um livro intitulado Dos delitos e das penas*, no qual imputa ao anônimo autor 23 acusações de impiedade e 7 de sedição, por opor-se às máximas das escrituras. Impiedade por ‘acusar de cruel a Igreja Católica’ e sedição por ‘tratar de cruéis a todos os Príncipes e soberanos do século...’.

Salienta-se a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Direitos humanos podem ser definidos como aqueles que se encontram expressos nos tratados e convenções internacionais, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos que estão positivados na Constituição de cada país. Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2015, p. 147) definem o termo “direitos humanos” da seguinte forma:

A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jus naturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito nacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, adota a expressão “direitos fundamentais” para fazer menção aos direitos positivados nesta e, utiliza-se do termo direitos humanos para designar os consagrados em tratados e convenções internacionais.

## 2.6 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BALIZA NA APLICAÇÃO DA PENA

Diante dos avanços na positivação dos direitos humanos e fundamentais, ocorreram limitações para o Estado, como foi o caso de seu *jus puniendi*, cuja aplicação passou a ser limitada por tais direitos, em especial, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nucci (2014, p. 52) afirma que a dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob o ponto de vista objetivo e subjetivo. No aspecto objetivo, esse princípio significaria a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas (alimentação, saúde, moradia, lazer, higiene, educação, vestuário, previdência social e transporte), conforme o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988. No que atine ao aspecto subjetivo, é relativo ao sentimento de respeitabilidade e autoestima, intrínsecos ao ser humano, não havendo espaço para renúncia ou desistência.

## 3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

### 3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Inicialmente, a deficiência era enxergada como estigma ou castigo divino, especialmente na Antiguidade e na Alta Idade Média, períodos em que não havia separação entre Direito, Moral e Religião. Em decorrência disso, as pessoas que se encontravam fora dos padrões deveriam ser colocadas à margem e excluídas da polis.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 1/1969, introduziu o termo “deficiente” em nosso ordenamento jurídico, cuja Constituição vigente à época era a de 1967. Após isso, ações mais específicas e contundentes aparecem na Emenda Constitucional nº 12/1978, como a proibição de preconceito, discriminações e garantia de acesso aos espaços públicos.

A nomenclatura “pessoa portadora de deficiência” foi um termo introduzido pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, publicada em 1975, pela Organização das Nações Unidas. Além de trazer uma nova nomenclatura, essa Declaração trouxe em seu texto a afirmação de que as pessoas com deficiência gozavam dos mesmos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que os demais, bem como que eles possuem direito à adoção de medidas que busquem promover a sua autonomia.

A Carta Magna de nosso país, promulgada no ano de 1988, adotou o termo *pessoa portadora de deficiência*. No entanto, posteriormente foi reconhecido que era equivocado falar que pessoas “portam” deficiências, uma vez que tais características não são objetos portáveis, o que tornou indevido o uso da expressão.

A definição atual considera que a deficiência é caracterizada pela relação entre a pessoa (que possui algum impedimento) e o meio (barreiras), que a impede de participar plenamente da sociedade. Deste modo, a deficiência está na sociedade, uma vez que esta é a responsável pelas barreiras, não a pessoa.

### 3.2 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA QUE UTILIZA CADEIRA DE RODAS

A Lei de Execução Penal, em que pese ter como objetivo instituído em seu art. 1º “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, não faz qualquer menção à adequação dos presídios a fim de dar condições dignas para que as pessoas com deficiência cumpram a sua pena.

O contexto atual do sistema penitenciário expõe as pessoas com deficiência à uma grande lista de mazelas, como alimentação, higiene e estrutura arquitetônica precárias, ausência de condições para o livre exercício do trabalho e participação em oficinas e cursos profissionalizantes a fim de ressocializar e remir a pena do apenado, bem como dificuldade de locomoção, violando um direito fundamental de primeira dimensão, ao impossibilitar o exercício do direito de ir e vir.

Por fim, temos o Juízo da Execução, que possui sua competência expressa nos artigos 65 e 66 da LEP, possuindo, dentre outros, o dever de fiscalizar a execução da pena, zelar pelo correto cumprimento da mesma,

inspecionar – mensalmente – os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração da responsabilidade. Ademais, cabe ao Juízo da Execução interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringências ao que está disposto na Lei de Execuções Penais.

### 3.3 DADOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL E DAS UNIDADES PENITENCIÁRIAS DO ESTADO DO AMAZONAS

O sistema carcerário brasileiro, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – com última atualização em julho de 2016 –, possuía uma população prisional de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) presos. Este número coloca o Brasil na posição de terceiro país com a maior população de presos do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (2,23 milhões) e da China (1,66 milhão).

No ano de 2016, o número de vagas das penitenciárias era de 368.049 (trezentos e sessenta e oito mil e quarenta e nove), sendo assim, é possível extrair que haviam aproximadamente dois presos para cada vaga, gerando a superlotação – um dos maiores problemas do sistema carcerário. A taxa de ocupação nacional era de 197,4% e todos os estados enfrentavam o problema da superlotação, sendo o estado do Amazonas o que apresentava a maior taxa de ocupação, com 483,9% das vagas ocupadas.

O número alarmante reflete a situação precária do sistema penitenciário amazonense que, de acordo com dados mais recentes do Governo, conta com uma população total de 9.499 (nove mil, quatrocentos e noventa e nove) presos que se aglomeram em apenas 3.562 (três mil, quinhentos e sessenta e duas) celas, evidenciando um déficit de 4.627 (quatro mil, seiscentos e vinte e sete) celas.

Parte da população carcerária é composta pelas pessoas com deficiência (intelectual, física, auditiva, visual ou múltipla) que se encontram privadas de liberdade no Brasil, sendo elas um total de 4.350 presos – entre homens e mulheres – representando 1% da população prisional nacional. Em comparação com os dados do Infopen de 2014, o número de pessoas

com deficiência reclusas no sistema prisional duplicou, uma vez que eram 1.575 presos pertencentes a esse grupo.

Os números mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias acerca da acessibilidade das unidades prisionais a fim de garantir o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana são alarmantes, pois apenas 11% das pessoas com deficiência estão alocadas em celas que dispõem de acessibilidade. Sendo assim, os 89% restantes encontram-se em unidades que não foram adaptadas para suas condições específicas de acessibilidade aos espaços, fator determinante para sua integração ao meio e essencial para sua locomoção com segurança pela unidade.

As informações do Departamento Penitenciário Nacional incluem ainda o dado de que, no Estado do Amazonas, havia 27 (vinte e sete) presos com deficiência, sendo que 02 (dois) utilizavam cadeira de rodas e, além de terem que enfrentar diariamente o problema da superlotação, da falta de estrutura física dos presídios para garantir dignidade a esses reclusos, péssimas condições de higiene e segurança, ainda enfrentam a violação ao direito de acessibilidade que dificulta a sua locomoção e integração ao meio.

### 3.4 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu na Colômbia, na década de noventa, como uma alternativa aliada à atuação do Poder Judiciário a fim de corrigir graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais.

Campos (2016, p. 100) explica que desde então o ECI foi utilizado para garantir melhorias no sistema carcerário, afastar mora no pagamento de pensões, assim como determinar a convocação de concurso de notários na dramática situação das pessoas desalojadas em razão da violência no país.

### 3.5 IMPACTOS DA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional gera um aumento na função do juiz constitucional, que se torna mais ativo no que atine à violação dos direitos humanos.

Na visão de Campos (2016, p.98), o reconhecimento do ECI, é uma comprovação da distância existente entre legislar sobre os direitos fundamentais e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social. Ademais, demonstra que a omissão estatal não está relacionada com enunciados constitucionais específicos, mas com as condições precárias de fruição desses direitos e com o fato do legislador e do administrador nada terem feito para melhorar esse fato.

### 3.6 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

No Brasil, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL) requereu expressamente que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse um ECI no que atine ao sistema carcerário brasileiro, além de serem adotadas medidas efetivas visando o fim da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados. O partido pleiteou oito medidas que possuíam o condão de solucionar mais da metade dos problemas carcerários brasileiros.

Primeiramente, exigiu-se que os julgadores de todas as instâncias, explicassem o motivo de, na maioria dos casos, não aplicarem as penas alternativas a privação da liberdade provisória, prevista no artigo 319 do código de Processo Penal. Em segundo, foi pleiteado o cumprimento dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos para que fossem realizadas, dentro de noventa dias, as audiências de custódia dos presos preventivos, possibilitando a este o comparecimento perante o juiz no prazo de vinte e quatro horas, a contar do momento da prisão.

O terceiro pleito foi para que os juízes analisassem com cautela o grau de intensidade dos delitos cometidos a fim de aplicarem medidas cautelares penais na execução de cada caso concreto. O quarto pedido reiterava o primeiro, uma vez que foi requerida a imposição de medidas alternativas à prisão preventiva, com a aplicação do artigo 319 do CPP, deixando para aplicar a prisão preventiva em casos mais severos e que causassem de fato algum risco para a vítima ou para a sociedade. Nesse diapasão, foi citada também a abrangência dos requisitos temporais para a utilização, em tempo certo, dos direitos e benefícios dos apenados quando verificada a

situação mais severa aplicada ao preso do que a prevista no ordenamento jurídico, como por exemplo, a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.

O sexto pedido foi para que o juízo da execução penal progredisse a pena nos casos de constatação de qualquer irregularidade estatal, como a prevista anteriormente. Ademais, foi requerido também que o Conselho Nacional de Justiça providenciasse mutirões carcerários com o fim de revisar a execução penal dos encarcerados brasileiros para que fosse averiguada a ocorrência de presos irregulares. Por fim, como medida cautelar foi solicitada que a União liberasse o valor contido no Fundo Penitenciário Nacional para que não houvesse mais o retardamento ou a inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária.

### 3.6.1 O repasse de verbas do Fundo Penitenciário Nacional para o Sistema Prisional Amazonense

O Fundo Penitenciário Nacional, em sua primeira transferência, realizada em dezembro de 2016, a União disponibilizou ao Distrito Federal, Amazonas e demais estados, cotas individuais idênticas de R\$ 44.784.444,44, sendo R\$ 31.944.444,14 destinados à geração de vagas prisionais e R\$ 12.840.000,00 dirigidos ao aparelhamento e à modernização.

A segunda cota dos recursos do Funpen repassados na modalidade fundo a fundo aos estados e ao DF, em dezembro de 2017, destinou ao Amazonas R\$ 19.012.610,89. Desta forma, observa-se que o mencionado estado recebeu um total de R\$ 63.797.055, 33.

Todavia, em relação aos gastos realizados pelos estados em aparelhamento e modernização com recursos repassados em dezembro de 2016 (R\$ 12.840.000,00), consta no relatório do TCU que o Amazonas utilizou apenas R\$ 2.450.534,00, ou seja, aproximadamente 20% do valor que foi repassado no referido ano.

Importante salientar também que, de acordo com o relatório, nos dois repasses fundo a fundo até hoje realizados (dezembro de 2016 e de 2017), nenhum município se candidatou a receber recursos, embora haja autorização expressa nesse sentido na LC 79/1994 (art. 3º - A, *caput*).

Faz-se necessário o desenvolvimento e implementação de políticas públicas voltadas à melhoria das condições de acessibilidade nas penitenciárias amazonenses, uma vez que não adianta a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e os esforços do Supremo Tribunal Federal para melhorar as condições do Sistema Penitenciário Nacional, se o próprio estado permanecer inerte e omissivo ferindo reiteradamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

Desde o gérmen da sociedade, os povos estabeleciam regras de convivência e penalidades para aqueles que não as seguissem, visando a manutenção da ordem. A princípio, a imposição da pena possuía um caráter místico e divino, tornando-se depois um direito próprio daquele que era ofendido, podendo este vingar-se e impor a sanção que melhor lhe aprouvesse. Após, com a consolidação da soberania Estatal, o Estado passou a ser o detentor do poder-dever de punir aqueles que violam as leis.

Deste modo, a Carta Magna brasileira expressamente proibiu penas cruéis, degradantes e humilhantes, garantindo o respeito à integridade física e moral dos presos, conforme o art. 5º da CRFB/88, incisos XLVII e XLIX. Por conseguinte, a pena passou a ter a finalidade de ressocialização do apenado, tendo a legislação infraconstitucional (Código Penal e Lei de Execução Penal) o dever de promover e respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que este constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo inerente à República Federativa do Brasil.

O desrespeito aos direitos dos encarcerados com deficiência é apenas um dos diversos problemas do Sistema Prisional Brasileiro que não atinge a sua finalidade, a saber, a ressocialização daquele que se encontra recluso.

Em decorrência da falência do sistema carcerário, o Supremo Tribunal Federal – no ano de 2015 – reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Desta forma, tomou duas medidas a fim de solucionar o problema: a primeira foi a implementação da realização de audiências de custódia e a segunda foi o repasse das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) aos estados e Distrito Federal.

O Estado do Amazonas que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, possuía a maior taxa de ocupação dos presídios – no ano de 2016, recebeu no biênio 2016-2017 aproximadamente R\$ 64 milhões do Funpen para investir em melhorias do sistema penitenciário local. Apesar do valor recebido, segundo relatório do Tribunal de Contas da União, apenas 20% da verba foi utilizado.

Assim sendo, observa-se que o Estado do Amazonas está inerte e omissivo no que tange à população com deficiência que se encontra reclusa nas penitenciárias do estado. Urge que sejam desenvolvidas políticas públicas eficazes a fim de promover a efetivação dos direitos da pessoa com deficiência que está presa, de modo que garanta, pelo menos, o direito de acessibilidade aos que utilizam cadeiras de rodas e encontram dificuldades diárias para se locomover dentro do cárcere, o que inviabiliza a ressocialização deste detento, bem como viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal Parte Geral**. 5ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2015

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. 2. Reimpr. São Paulo: EDIPRO, 1999.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Geral do III Mutirão Carcerário do Amazonas**. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/amazonas\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/amazonas_2013.pdf)>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/)

constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 17 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a Lei de Promoção da Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência ou com Mobilidade Reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm)>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho 2014**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional. Relatório descritivo e analítico com base nos dados e informações do DEPEN, considerando a coleta referente à situação em dezembro de 2014**. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP\\_Elaboracao\\_relatorios\\_semestrais\\_descritivos\\_2016.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Elaboracao_relatorios_semestrais_descritivos_2016.pdf)>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho 2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)>. Acesso em: 27 de novembro de 2018.

- BRASIL. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 18 de agosto de 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPdivm, 2016.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal: parte geral**. 3<sup>a</sup> Ed. revista, ampliada e atualizada. Bahia, Editora JusPodivm, 2015.
- DAHER, Roberto José. **História do direito penal**. Revista Eletrônica FACP, Ano I, nº 1, Janeiro de 2012.
- FALCÓN Y TELLA, María José. FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?** Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. - 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORENO CASTILLO, María Assunción. **Estudio del pensamiento de Cesare Beccaria en la revolución del aparato punitivo**. In: **VALDÉS, Garcia (Dir.). Historia de la prisión – Teorías economicistas: crítica**. Madrid: Edisofer, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DECENTE COMO DIREITOS ESSENCIAIS HUMANOS

*Adriano Fernandes Ferreira*

*Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima*

*Ulisses Arjan Cruz dos Santos*

## INTRODUÇÃO

Os direitos humanos fundamentais integram o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, com objetivo primordial de respeito à sua dignidade por meio da proteção contra a irrazoabilidade, o arbítrio e a ilegalidade do poder estatal, bem como o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Evidencia-se que os direitos fundamentais são pautados no valor vital do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A ausência deste impossibilita a própria noção de direitos fundamentais. Assim, a verdadeira essência básica e primária da existência do homem em sociedade é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, os direitos humanos são munidos de uma ordem de princípios universais, válidos em todos os lugares, em todos os tempos e para todos os povos, independentemente de mera positivização por parte do ordenamento jurídico dos países. Logo, os direitos fundamentais se associam com os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ou seja, os direitos fundamentais são os direitos

humanos incorporados, positivados, em regra, na ordem constitucional de um Estado. Portanto, os direitos fundamentais têm como finalidade o reconhecimento dos direitos humanos.

A proteção e o respeito pelos Direitos Humanos representam um princípio comum essencial a todos os povos civilizados. Esses direitos visam garantir a todos o direito ao bem-estar social, dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos e uma vida digna.

O presente artigo defende o trabalho decente e a dignidade da pessoa humana, como um direito humano e fundamental. O labor a ser exercido pelo trabalhador deve ser executado em estrita conformidade com os princípios constitucionais e as disposições relacionadas ao meio ambiente do trabalho que almejam assegurar a dignidade da pessoa humana do trabalho e a valorização do trabalho humano.

Através da proteção dada ao trabalho na seara do Direito Constitucional do Trabalho, o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador, insculpido no art. 1º, III, da CFRFB/88, postula sobretudo a realização do ser humano e o desenvolvimento social. Não há existência plena do empregado sem a garantia dos seus direitos laborais.

Destaca-se também a posição dos direitos relacionados à dignidade do trabalhador entre os diplomas internacionais sobre direitos humanos. Se tomada a cartilha constitucional como um texto aberto, é certo que tais diplomas devem compô-la, haja vista sua característica de fundamentalidade material.

O conteúdo elementar da tutela do Direito do Trabalho objetiva, portanto, a proteção e a preservação da dignidade do ser humano em todos os seus níveis, seja cultural, familiar, socioeconômico, pessoal ou político, e ainda, os direitos de natureza imaterial, que visam a tutelar o acesso à integração social do trabalhador e à integridade física, psíquica, moral e intelectual.

## DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Conforme Barreto (2018, p. 25) é possível definir direitos humanos como “conjunto de direitos que materializam a dignidade humana; direitos básicos, imprescindíveis para a concretização da dignidade da humana, e que essa definição pode ser aplicada à expressão direitos fundamentais.”

Os direitos humanos fundamentias são cruciais a todas as Constituições, com o intuito de sacramentar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder estatal e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. Romita (2014, p. 53) esclarece:

Pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos.

Já Beltramelli Neto (2014, p. 30) analisa que qualquer definição do que sejam direitos humanos não pode deixar de partir da noção da dignidade da pessoa humana, seja sob o prisma teleológico, hermenêutico e axiológico. A dignidade da pessoa humana é a diretriz indispensável da positivação dos direitos humanos em constituições nacionais e tratados internacionais, sendo a condição *sine qua non* e a finalidade primordial do Direito de todos os povos e países. Nesta vereda, Romita (2014, p. 183) avalia:

Os direitos fundamentais constituem manifestações da dignidade da pessoa. Quando algum dos direitos fundamentais, qualquer que seja a família a qua pertença, for violado, é a dignidade da pessoa que sofre a ofensa. Os direitos fundamentais asseguram as condições da dignidade e, não obstante a violação da norma, apesar da agressão, a dignidade estará preservada, porque ela é um valor intangível. A dignidade não se esgota nos direitos fundamentais, entretanto, só terá sua dignidade respeitada o indivíduo cujos direitos fundamentais foram observados e realizados.

Barretto (2018, p. 71) complementa que “o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto constitucionalmente como um dos fundamentos da República e constitui um núcleo essencial de irradiação dos direitos humanos, devendo ser levado em conta em todas as searas do Direito.”

Destaca-se que a dignidade da pessoa humana é o firmamento dos direitos humanos fundamentais, seja no âmbito do direito internacional ou do ordenamento jurídico brasileiro. Estabelecida a conceituação de Direitos Humanos Fundamentais, é imperioso verificar a sutil diferença entre os “direitos humanos” e os “direitos fundamentais”, pois são expressões geralmente consideradas sinônimas. Fontelles (2014, p. 14-15) pontua:

Os direitos humanos são aqueles previstos em tratados internacionais e considerados indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade. No momento em que os direitos humanos são incorporados na Constituição de um País, ganham status de direitos fundamentais, haja vista que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado Nacional. Logo, não há qualquer diferença ontológica, entre os direitos humanos e direitos fundamentais, tendo ambos, na essência, o mesmo conteúdo.

Os direitos fundamentais são os direitos relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, salvaguardando o cidadão e a população de atos arbitrários do Estado, impondo deveres e limites a este. Os direitos fundamentais são consequência do reconhecimento dos direitos humanos.

A CFRB/88, em seu Título II, positivou praticamente todos os direitos humanos, especialmente pela redação dos §§2º e 3º do art. 5º. Assim sendo, não há motivo para determinar, a partir do enfoque do direito interno, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. O art 4º, inciso II, da CFRB/88, estabelece que, nas relações internacionais, o Brasil adotará o princípio da prevalência dos direitos humanos. Desse modo, não é razoável admitir que, na ordem internacional, o Brasil adote o princípio da prevalência dos direitos humanos e, no plano interno, deixar de observá-lo.

Os direitos fundamentais constitucionalizados, conduzidos e pautados pelo princípio corolário da dignidade da pessoa humana, conferindo-lhes o status de norma centrais do ordenamento jurídico, evidenciando o rol extensivo de valores da sociedade a ser promovidos e protegidos, inte-

gralmente, por todos aqueles submetidos à ordem constitucional, inclusive no momento da aplicação das demais normas desse sistema.

Bobbio (2014, p. 16) avulta que “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos”. Ao tempo que Beltramelli Neto (2014, p. 99) ressalta que “no caso brasileiro, a concretização da Constituição Federal de 1988, subordina-se, inescapavelmente, à efetividade dos direitos fundamentais”.

## O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apesar de sua presença comum na linguagem moderna dos direitos humanos, dignidade é um conceito oriundo do latim *persona*, cujo significado aponta para o ser humano em suas relações com o mundo ou consigo mesmo. Indissociável, assim, como ensina Sarlet (2006, p. 27), “a vinculação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, assim como relevante a compreensão de seu conteúdo e significado”.

Referente à dignidade da pessoa humana, Reale (1997, p. 64) apresenta três concepções: individualismo, transpersonalismo e personalismo. O individualismo caracteriza-se pelo entendimento de que cada ser realiza e protege indiretamente os interesses coletivos, a partir de seus próprios interesses; o transpersonalismo realiza-se pelo bem coletivo resguardando os interesses individuais, prevalecendo os valores coletivos em caso de desarmonia entre os bens individual e coletivo; o personalismo nega a existência da harmonia espontânea entre o indivíduo e a sociedade, a preponderância de um sobre o outro e defende a compatibilização, a relação mútua entre os valores individuais e os coletivos.

No olhar de Farias (2000, p. 58), “a valoração da pessoa humana é resultado de razoável ponderação na qual se avaliará o que é devido a cada indivíduo e à coletividade, mediatizada pela harmonia da ordem social como o bem de cada indivíduo”. No mesmo sentido Oliveira (2004, p. 69) esclarece que “os direitos humanos abarcam tanto a esfera individual como a coletiva, mas devem ser vistos em sua unicidade e não em sua individualidade que os debilita e desvaloriza”. Segundo Oliveira (2004, p. 59) são:

Direitos de primeira geração, os direitos trabalhistas, econômicos, civis e políticos, assim como o direito ao emprego, à saúde, a educação, a cultura, a segurança social, a negociação coletiva, a sindicalização, ao ambiente limpo, a uma sociedade sem violência, ao respeito da integridade física e moral, ao desenvolvimento, à sustentabilidade à mais ampla participação, a dominar e proteger os recursos naturais não renováveis de que dispõem as pessoas, ao exercício de direitos inalienáveis à própria existência, à equidade, a ausência de exploração, a governabilidade democrática, entre outros.

Para Kant (1997, p. 58), “a concepção de dignidade advém da autonomia ética do ser humano; sustenta que o homem não pode ser tratado como objeto, além de considerar a ética como fundamento da dignidade”. Segundo Kant (1997, p. 68 e 77), “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade” e como o ser humano existe como um fim em si mesmo, não como meio, e quando a “coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade”; logo, todo homem tem dignidade, não preço. Mediante a concepção Kantiana, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana passou a ser habitualmente definida com o valor próprio que identifica o homem. Conforme Sarlet (2006, p. 40):

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Acerca dessa inerência, Sarlet (2010, p. 105) afirma que não se deve considerá-la exclusivamente, uma vez que a dignidade também possui um sentido cultural, resultado do trabalho de diversas gerações e humanidade em seu todo; portanto, a dimensão natural e cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem.

Em razão disso, Pozzetti e Santos (2018, p. 298) pontuam que o princípio da dignidade da pessoa humana, é um princípio constitucional ex-

plícito, previsto de forma expressa em nossa Constituição, que aliás, é a primeira constituição brasileira a reconhecer expressamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Farias (2000. p. 63), “historicamente, o primeiro registro deu-se na Constituição Weimar ao prescrever: o respeito à pessoa humana é um limite constitucional ao poder legislativo”. No nosso ordenamento jurídico este princípio está expresso no art. 1º, da Carta Magna Brasileira que assim dispõe:

Art. 1º. 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:

III – a dignidade da pessoa humana;

O texto constitucional, em seu art. 3º aponta pressupostos para o exercício da dignidade ao dispor que construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem objetivos fundamentais do país.

O *caput* do art. 170 da atual Constituição Federal Brasileira, esclarece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, complementado e consolidado no art. 193, “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”.

Assim sendo, temos que na ordem constitucional está tipificado com clareza que a dignidade humana é reconhecidamente um direito fundamental, apreendida como um princípio normativo, motivando toda a ordem econômica e social, ou seja, é fundamento, princípio e objetivo.

## O TRABALHO DECENTE COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

A CFRB/88, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, inovou ao classificar o trabalho decente como um direito funda-

mental social, ao adicioná-lo entre os demais direitos sociais previstos no rol de seu art. 6º, *ipsis litteris*:

Art. 6º. 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.

Necessário salientar que o direito ao trabalho decente não está presente apenas no art. 6º. O *caput* e o inciso VIII do art. 170 da CFRB/88 também ratifica a importância do direito social ao trabalho decente, in verbis:

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

VIII - busca do pleno emprego;

Além disso, o art. 193 da CFRB/88 também estabelece que a “ordem economia tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais”. A Constituição Federal de 1988 elevou e conferiu ao trabalho humano à categoria de princípio ao declarar que a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, de acordo com o inciso IV, do art 1º da CFRB/88; e, como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e da marginalização social, bem como a promoção do bem de todos (art. 3º, I, III e IV da CFRB/88).

A ordem econômica também se fundada na valorização do trabalho, observada a busca do pleno emprego, nos termos do *caput* e inciso VIII, do art. 170 da CFRB/88. Já a ordem social, tem como base, o primado do trabalho e como objetivos, o bem-estar e a justiça social (art. 193).

Gemignani (2014, p. 45) destaca que “um país marcado por profundas diferenças culturais, econômicas e sociais, a constitucionalização dos direitos trabalhistas representa inequívoco avanço institucional, ao erigir

o trabalho como valor estruturante da república brasileira”. Ao tempo que Brito Filho (2013, p. 55) indica que o trabalho decente abrange aspectos no plano individual, coletivo e no da seguridade social, os direitos mínimos do homem trabalhador que, conjugados, trazem o conceito de trabalho decente:

1 – No plano individual: a) Direito ao trabalho; b) Liberdade de escolha do trabalho; c) Igualdade de oportunidades para e no exercício do trabalho; d) Direito de exercer o trabalho em condições que preservem a saúde do trabalho; e) Direito a uma justa remuneração; f) Direito a justas condições de trabalho, principalmente limitação da jornada de trabalho e existência de período de repouso; g) Proibição do trabalho infantil;

2 – No plano coletivo: a) Liberdade sindical;

3 – No plano da seguridade: a) Proteção contra o desemprego e outros riscos

O trabalho decente e digno é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde ao direito ao trabalho, à liberdade de trabalho, à igualdade no trabalho, ao trabalho com condições justas (incluindo a remuneração e preservação da sua saúde e segurança), à proibição do trabalho infantil, à liberdade sindical e à proteção contra os riscos sociais. Mediante ao acesso a oportunidades e realização do direito ao trabalho decente e digno, mencionado no art. 6º da CFRB/88, que será solidificado o disposto no art. 1º, III, e no *caput* do art. 170 da CFRB/88. Nesta esteira, Wanderlli (2012, p. 224) pontua que:

O direito fundamental ao trabalho representa o direito primeiro que, por ter uma normatividade própria, também constitui, juntamente com outros direitos, o fundamento dos demais direitos de conteúdos fundamentais, haja vista que, conforme estitui, os diversos direitos referidos nos arts. 7º a 11 da Constituição Federal de 1988 são desdobramentos parciais do direito fundamental ao trabalho previsto no art 6º da Carta Magna.

Sem esta reflexão, o Direito do trabalho perde a finalidade de proteger o ser humano em toda a sua integridade. Para tanto, é necessária a conscientização dos valores sociais e construção de uma ordem ético-constitucional para a concretização do bem-estar do trabalhador e do direito humano fundamental e humano ao trabalho decente.

Ledur observa que “a existência digna esta intimamente relacionada ao princípio da valorização do trabalho humano. Assim, a dignidade da pessoa humana é inalcançável, quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada”. Para Brito Filho (2013, p. 42) “dar trabalho, e em condições decentes é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade”. Wandelli (2012, p. 222) constata:

A prestação entregue pelo trabalho ao disponibilizar sua força de trabalho leva consigo, inseparável, a pessoa do trabalho, o trabalho vivo. A separação entre tempo de trabalho e tempo de vida é, portanto, mera negação da vida no trabalho. E a ausência de possibilidade de trabalho é ausência de possibilidade de vida digna. Por isso, a proteção jurídica do trabalho é essencial para a proteção e para o respeito à dignidade humana. Portanto uma constituição e um direito constitucional que não estejam intensamente vinculados ao mundo do trabalho estão alheios à vida concreta da maioria das pessoas.

Portanto, a noção de trabalho decente e digno baseia-se em uma noção mais ampla – a dignidade humana, uma vez que este é o referencial de qualquer constituição nacional, levando em consideração sua significação universal. Logo, a intersetadação distanciada do princípio da dignidade da pessoa humana, viola a justiça do Estado Democrático de Direito.

## A PROTEÇÃO DO TRABALHO DECENTE NO DIREITO INTERNACIONAL E NA AGENDA 2030

Na ordem internacional, deve prevalecer o entendimento apresentado pela alínea “a” do artigo I da Declaração de Filadélfia (1944), que dispõe que “o trabalho não é mercadoria”. No campo propriamente da

normatividade internacional, a proteção do trabalhador é objeto também de inúmeros diplomas, corroborando o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é composta também de direitos de cunho trabalhista.

É preciso ressaltar a noção que Canotilho (1992, p. 509) denomina “fundamentalidade material”, a qual “significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado”. É a partir dessa noção que se permite a visualização da Constituição como texto aberto em relação aos direitos fundamentais não necessariamente presentes em seu texto base.

Nesse sentido, cabe frisar o entendimento cada vez mais difundido segundo o qual as normas internacionais de direitos humanos sempre tiveram status constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista o § 2º do artigo 5º da CRFB/1988. Segundo Mazzuoli (2011), na medida em que tal dispositivo dispõe que “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”, verifica-se a expressa autorização no sentido de que a norma internacional a respeito de direitos humanos integre o catálogo de direitos protegidos pela CRFB/1988. Tal corrente de pensamento refuta o entendimento de que os tratados internacionais, para adquirirem o status de direitos humanos, necessitariam cumprir os ritos de emenda constitucional, conforme exigência do §3º do artigo 5º, criado pela EC 45/2004, uma vez que tal exigência está apenas a adicionar o lastro formal de constitucionalidade. Piovesan (2012) menciona que tratados e convenções de direitos humanos foram aprovados com ampla maioria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal mesmo antes da exigência trazida pela EC 45/2004.

Mazzuoli (2011) salienta que esta perspectiva assenta-se também no fato de que o Texto Constitucional de 1988 expressamente prestigia a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou a respeito da hierarquia diferenciada dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, no RE nº 466.343-SP, conforme o voto prevaiente do ministro Gilmar Mendes, a Corte Superior firmou o entendimento de que tais dis-

posições internacionais, quando aprovadas antes da EC nº 45/2004, e sem o quórum qualificado estabelecido pelo § 3º do artigo 5º da CRFB/1988, teriam status suprallegal, isto é, seriam superiores a lei ordinária, mas inferiores à Constituição.

Ainda assim, é certo que a proteção às condições dignas de trabalho tem assento em destacados diplomas internacionais, figurando reconhecidamente no rol dos direitos humanos. Nesse sentido, devem ser citadas a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, arts. XXIII e XXIV), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pelas Nações Unidas em 1966 e vigente a partir de 1977 (art. 7º), o Protocolo de San Salvador (art. 7º) e, sobretudo, as 190 convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a maioria das quais o Brasil é signatário, entre elas podemos citar: a Convenção n. 29 de 1930 que trata sobre o trabalho escravo, a Convenção n. 105 de 1957 que dispõe sobre a abolição do trabalho forçado, a Convenção n. 138 de 1973 que aborda a idade mínima para admissão no emprego, a Convenção n. 182 de 1999 que trata sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação, a Convenção n. 100 de 1951: versa sobre a igualdade de remuneração e a Convenção n. 111 de 1958 referente a discriminação no emprego e ocupação.

Portanto, a Declaração da OIT de 1988 designou oito Convenções Internacionais do Trabalho para conferir efetividade aos princípios e os direitos mínimos reconhecidos como fundamentais para o trabalhador. A comunidade internacional, nesta Declaração, a OIT reconhece e assume a obrigação de respeitar e de aplicar as oito Convenções, cuja ratificação merece prioridade, na tramitação interna dos países signatários.

Conforme a Declaração Internacional de 1988, todos os estados membros são submetidos ao respeito, à promoção e à realização dos princípios relativos aos direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como, confirma a necessidade de a OIT promover políticas sociais sólidas, estimular a formação profissional e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego e à participação justa do empregado nas riquezas para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades humanas.

Alvarenga (2015) pontua, especificamente a respeito da OIT, que é preciso recordar que sua própria criação, com o Tratado de Versalhes, firmado em 1919 pelas nações vencedoras da primeira guerra mundial,

representa o reconhecimento, pela comunidade internacional, de que não há paz universal duradoura sem justiça social.

Acerca do tema analisado nesta pesquisa, é necessário trazermos a baila os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que são parte da Resolução 70/1 de 25 de setembro de 2015, aprovado pelos 193 Estados Membros da Assembleia Geral das Nações Unidas: “Transformando o nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, posteriormente, abreviado para Agenda 2030. Os ODS baseiam-se nos princípios acordados na Resolução A/RES/66/288, intitulada “O Futuro que Queremos”. Este foi um documento não vinculante divulgado como resultado da Conferência Rio+20 realizada em 2012.

Os ODS são uma coleção de 17 metas globais amplas e interdependentes, mas cada uma tem uma lista separada de metas a serem alcançadas, que abrangem questões de desenvolvimento social e econômico, incluindo pobreza, fome, saúde, educação, aquecimento global, igualdade de gênero, água, saneamento, energia, urbanização, meio ambiente e justiça social. Atingir todos os 169 alvos indicaria a realização de todos os 17 objetivos.

O objetivo oito dos ODS versa sobre o trabalho decente e o crescimento econômico, visando promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, bem como o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente para todos. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o objetivo tem como metas, entre outras:

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas;

8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas com emprego precário; (...)

A Agenda 2030 busca, em última análise, a erradicação da pobreza extrema e a possibilidade de oferecer um mundo livre dos efeitos adversos das

mudanças climáticas para as gerações vindouras. Embora não represente um diploma genuinamente jurídico, sendo mais fortemente marcado pelo aspecto político, suas disposições exarçam o patamar ético buscado pelas nações em escala global, devendo ser consubstanciadas em políticas públicas concretas.

## CONCLUSÃO

Tempestivo evidenciar que os direitos humanos e fundamentais dispostos nos Capítulos I, II, III, IV e V da CFRB/88 não representam rol taxativo, mas sim, exemplificativo, em decorrência da disposição contida no art. 5º, 2º, da CFRB/88, que assim decreta, *in verbis*: “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.”

Os objetivos da pesquisa foram cumpridos na medida em que se fez uma sutil diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais e uma análise acurada do princípio da dignidade humana e do direito humano fundamental ao trabalho decente e digno, para verificar de que forma a Constituição Federal pode garantir a proteção do trabalhador. Os resultados encontrados na elaboração da pesquisa indicam aporte na literatura levando a inferência de que o trabalho decente e digno deve ser agente de valorização da pessoa humana em todos os aspectos de sua vida, conferindo-lhe a devida dignidade e realização pessoal e profissional, sendo assim classificado como um direito humano fundamental, pois propicia a construção do bem-estar individual e coletivo, o acesso a bens materiais, o aperfeiçoamento de suas potencialidades, bem como a integração à sociedade em que está inserido.

Insta ressaltar que quanto à previsão constitucional dos direitos sociais trabalhistas, verifica-se que a CFRB/88 enumera os direitos individuais trabalhistas no Capítulo II, reconhecidos no art. 7º, e os direitos coletivos trabalhistas, nos arts 8º a 11. Assim, os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em direitos trabalhistas individuais (art. 7º) e em direitos trabalhistas coletivos (arts 8º a 11). O arcabouço de leis e princípios jurídicos do Direito Constitucional do Trabalho encontra-se expresso na CFRB/88, por meio da cláusula geral de proteção aos direitos fundamentais, fixado no art 1º, inciso III.

A pesquisa revelou que os direitos fundamentais trabalhistas se apresentam como princípios fundamentais do Direito Constitucional do Trabalho uma vez que seu propósito é a proteção à integridade física e psíquica, à personalidade e à vida do trabalhador, garantindo-lhe a dignidade da pessoa humana; bem como assegurar às condições mínimas de sobrevivência do trabalhador, como direito ao meio ambiente equilibrado e hígido, à habitação, ao lazer, à remuneração justa, à saúde e á educação, conforme está disposto no art. 6º da CFRB/88.

A defesa dos direitos de cunho trabalhista é também invariavelmente informada pelos diplomas internacionais, os quais, ao consagrar direitos humanos, compõem também o ordenamento jurídico brasileiro, seja por constituírem direitos humanos fundamentais em sentido material, seja por constituírem normas com status supralegal, conforme entendimento ainda prevalente do STF.

Isto posto, apenas pela efetivação do direito humano e fundamental ao trabalho decente e digno, previsto no art. 6º da CFRB/88 e em vários outros dispositivos constitucionais, será completo e realizado o conteúdo disposto no art. 1º, III, e *caput* do art. 170 da CFRB/88.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. In: FREDIANI, Yone; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Orgs.). **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015, p. 77-88.

\_\_\_\_\_. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos direitos humanos do trabalhador**. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 3, n. 38, p. 56-71, jan. 2007.

BARRETO, Rafael. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. São Paulo: Campos, 2014.

- BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.
- FONTELLES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. De algodão entre os cristais a protagonista na formação da nacionalidade brasileira. GEMIGNANI, Daniel (Coord.). **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.
- LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. Rio de Janeiro: LTr, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Transformando Nosso Mundo: **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 28 jul 2019.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

- POZZETTI, Valmir Cesar; SANTOS, Ulisses Arjan Cruz dos. **Educação ambiental: instrumento para a redução de acidentes laborais no Pólo Industrial de Manaus (PIM) e sustentabilidade da Amazônia.** In: COSTA, Beatriz Souza (Org.). Anais do “V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: Pan-Amazônia – Integrar e Proteger” e do “I Congresso da Rede PanAmazônia”. Belo Horizonte: Dom Helder, 2018, p. 295-314.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 64.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental do trabalho: fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012.

# DIREITOS HUMANOS PARA ALÉM DA TERCEIRA DIMENSÃO

*Tiago Ferreira Santos*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de diversas questões relacionadas com a ligação entre Direito, especificamente direitos humanos ou direitos fundamentais, e História.

Para Bobbio, principal referência no presente artigo, os direitos fundamentais seriam uma espécie de núcleo mínimo dos direitos dos homens, os quais foram principalmente reconhecidos em normas internacionais, mas não apenas.

Feita essa ressalva preliminar, uma primeira questão surgida relaciona-se com quais as características que permeiam a relação entre estes dois ramos, Direito e História. Por exemplo, cada contexto histórico, geográfico e cultural possui um certo direito, mas esse permanece em constante evolução, desenvolvimento, avanço, ou admite retrocessos?

Posteriormente, perguntou-se qual contexto histórico atual e, especialmente, quais as mudanças que recentemente vem acontecendo na sociedade. Afinal, elas são relacionadas diretamente com os chamados novos direitos humanos. Este trabalho não nega a influência dos fatos sociais no Direito; ao contrário, ele a reafirma.

Estudou-se, a seguir, a instituição dos direitos fundamentais, quando houve o chamado giro copernicano no ordenamento jurídico, deixando de haver meramente deveres fundamentais, para passarem a existir também direitos humanos.

Buscou-se, em seguida, estudar as teorias geracionais e dimensionais que objetivam classificar o surgimento ou redimensionamento dos direitos fundamentais ao longo dos séculos da história da humanidade. Sobre esse ponto, antes a analisá-lo adequadamente, questionou-se qual seria o melhor termo, a saber, geração ou dimensão.

## 2 RELAÇÃO ENTRE HISTÓRIA E OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diversas são as possibilidades de compreensão histórica do Direito. Entretanto, o presente trabalho divide as variadas correntes em dois grandes grupos.

O primeiro diz que os direitos fundamentais afirmam-se historicamente num processo progressivo e evolutivo de lutas, possuindo, inclusive, um denominado efeito *cliquet*, consistente na impossibilidade de retrocesso em sua matéria, a menos que haja a criação de outros meios capazes de compensar a sua retirada (CANOTILHO, 2002, p. 336), encontrando respaldo na doutrina pátria na obra de Dirley da Cunha Júnior (2015). Essa concepção denota alguma influência nas ciências humanas e sociais aplicada da tese evolucionista de Darwin.

Noutro giro, há quem aponte que “os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas sim a história de um combate [...], em constante processo de construção e reconstrução” (PIOVESAN, p. 10). Assim, cada contexto social, histórico e cultural resulta e reflete determinado rol de direitos fundamentais, posição que é mais acertada, sem nenhuma garantia de uma crescente melhora nas condições jurídicas.

Nesse sentido, os novos direitos apenas podem ser aqueles que são fruto de novos contextos sociais, históricos e culturais. Desse modo, é importante analisar qual a espécie de sociedade que atualmente se desenha. Muitos nomes já foram conferidos a ela, a saber, modernidade tardia, pós-modernidade, modernidade líquida (Bauman), modernização reflexiva (Ulrick Beck), sociedade de riscos (Ulrick Beck).

Para melhor compreender o assunto, importa analisar no próximo tópico as suas principais características, ainda que sucintamente, antes de

buscar sua influência no Direito, especialmente porque já apontou Wolkmmer (2002, p. 9) que o “projeto da modernidade ocidental passa por um profundo processo de questionamento e redefinição”.

### 3 DA MODERNIDADE TARDIA

Consoante já visto, os novos direitos decorrem justamente de mudanças sociais que acontecem. Portanto, quanto mais intenso o processo de transformação ocorrido na sociedade, maior a quantidade de novos direitos. Nesse sentido, segue transcrição:

a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade (BOBBIO, 2004, p. 70).

Assim, não se de se analisar quais são as circunstâncias sociais atuais, as quais ensejarão mudanças sociais suficientes para refletir no âmbito dos novos direitos. Dois foram os sociólogos que se destacaram nesses estudos, a saber, Zygmunt Bauman e Ulrich Beck. No presente trabalho, adota-se principalmente o primeiro, que será estudado a seguir.

O referido sociólogo polonês escreveu sobre o mal-estar da pós-modernidade e sobre a modernidade líquida. Assim, em uma análise profunda, considerou que a pós-modernidade consiste, na verdade, em uma fase da modernidade, possuindo características que a diferenciam da modernidade tradicional, mas não são suficientes para iniciar realmente um novo período. Feita essa ressalva de logo, usam-se indiscriminadamente neste trabalho os termos enquanto sinônimos.

A modernidade seria aquela em que se valoriza a beleza, a pureza, a ordem, a limpeza, a segurança. A construção da civilização, nos seus termos, propõe a negação à liberdade e aos instintos de sexualidade e de agressividade, consoante bem demonstrado por Freud no Mal-Estar da Civilização, que bem poderia se chamar Mal-Estar da Modernidade, segundo interpretação de Bauman. Ou seja, na modernidade tradicional, dentro “da estrutura de uma civilização concentrada na segurança, mais

liberdade significa menos mal-estar. Dentro da estrutura de uma civilização que escolheu limitar a liberdade em nome da segurança, mais ordem significa mais mal-estar” (BAUMAN, 1997, p. 10).

Ocorre que, no período a que se pode chamar de modernidade tardia, houve uma mudança de ótica. Diante do mal-estar da civilização moderna, resultado de um excesso de controle e limitação da liberdade, passou-se a defender uma desregulamentação, com a finalidade de ampliar a liberdade e permitir maior quantidade de prazeres. Assim, nossa “hora [...] é a da desregulamentação” (BAUMAN, 1997, p. 10), quando o “princípio de realidade, hoje tem de se defender [...]” (BAUMAN, 1997, p. 10).

Nesse sentido, estabelece o referido sociólogo uma distinção interessante entre os homens e mulheres modernos para os pós-modernos. Curiosamente, não são a democracia e a república regimes que expressam a máxima radicalização dos ideais modernos consoante entendimento de Bauman, mas sim o nazismo e o comunismo, os quais “primaram por impelir a tendência totalitária a seu extremo radical – o primeiro condensando a complexidade do problema da pureza, em sua forma moderna, no da pureza da raça, o segundo no da pureza da classe” (BAUMAN, 1997, p. 24). Noutro giro, atualmente, na modernidade líquida ou pós-modernidade, ao invés de centralizar e coletivizar, está-se a desregular e privatizar.

Entretanto, há ainda um teste de pureza nesse mundo pós-moderno, o qual consiste em “estilos e padrões de vida inteiramente livremente concorrentes” (BAUMAN, 1997, p. 26), a saber, “tem de mostrar-se capaz de ser seduzido pela infinita possibilidade e constante renovação promovida pelo mercado consumidor” (BAUMAN, 1997, p. 26).

Ao mesmo tempo em que se permite maior pluralidade de identidades, de aventuras, possibilitando experiências antes não vividas, multiplica-se o fornecimento dessa variedade pelo mercado consumidor, o qual é separado do não-consumidor. Pode-se dizer que a pureza e a ordem giram em torno do consumismo no ambiente pós-moderno desregulamentado e privatizado. Nesse sentido, segue transcrição:

O serviço de separar e eliminar esse refugio do consumismo é, como tudo o mais no mundo pós-moderno, desregulamentado e privatizado. Os centros comerciais e os supermercados, tempos do novo credo consumista, e os estádios, em que se disputa o jogo do consumismo, impedem a entrada dos consumidores falhos a

suas próprias custas, cercando-se de câmeras de vigilância, alarmes eletrônicos e guardas fortemente armados; assim fazem as comunidades onde os consumidores afortunados e felizes vivem e desfrutam de suas novas liberdades; assim fazem os consumidores individuais, encarando suas casas e seus carros como muralhas de fortalezas permanentemente sitiadas (BAUMAN, 1997, p. 26/27).

Duas são as formas de o pós-moderno lhe dar com o consumidor falho, ou o não-consumidor. A primeira consiste na remoção dele, a qual acontece pela exclusão e encarceramento, sendo certo que – mesmo as prisões – devem se submeter à lógica do suposto custo-benefício. Noutra direção, a reciclagem seria a segunda modalidade, na qual se inserem programas de capacitação e mecanismos de assistência social. Assim, ao mesmo tempo em que se proclama a liberdade, redimensionada, exerce-se controle, fiscalização, exclusão e recuperação, segundo novos moldes. Surgem, assim, novos direitos e conseqüentemente novos deveres também.

Não mais o Estado centralizador, mas pessoas jurídicas e físicas privadas em geral. Não mais destinado a um conceito restrito de família, ao pertencimento de determinada religião, raça ou classe social, mas exclusivamente à capacidade de ser consumidor.

Para demonstrar essa perspectiva pós-moderna de remoção e reciclagem dos consumidores falhos, segue transcrição de Bauman (1997, p. 27):

Se a remoção do refugio se mostra menos dispendiosa do que a reciclagem do refugio, deve ser-lhe dada prioridade. Se é mais barato excluir e encarcerar os consumidores falhos para evitar-lhe o mal, isso é preferível ao restabelecimento de seu status de consumidores através de uma previdente política de emprego conjugada com provisões ramificadas de previdência.

Há, assim, um nó górdio difícil de ser resolvido na pós-modernidade. A liberdade proclamada, a desregulamentação e a privatização atingem especialmente os consumidores, possibilitando-lhes amplos acessos aos meios de prazer, especialmente pagos. Entretanto, essa lógica é inversa diante daqueles que não tem condição de se colocar numa situação de consumismo. Esse entendimento encontra respaldo, inclusive, nas análises

realizadas por Loïc Wacquant sobre “As Prisões da Miséria” e “Punir os Pobres”. Segue transcrição:

a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas faz as vezes de política social. [...] o Estado penal que substitui peça por peça o embrião de Estado social é, ele mesmo, incompleto, incoerente e muitas vezes incompetente [...] Este Estado-centauro, guiado por uma cabeça liberal montada sobre um corpo autoritarista, aplica a doutrina “laissez faire, laissez passer” a montante em relação às desigualdades sociais, mas mostra-se brutalmente paternalista a jusante no momento em que se trata suas consequências. (WACQUANT, 2003, p. 19/21)

Assim, a “preocupação dos nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno expressa-se na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos” (BAUMAN, 1997, p. 28). Em outros termos, a própria pós-modernidade possui suas incoerências; incentiva-se a liberdade consumista, exclui-se e encarcera-se o consumidor falho sempre que se mostrar economicamente mais viável para atingir a pureza pós-moderna, instituída com base justamente nas críticas à modernidade marcada pela ausência de liberdade e pela perseguição à ordem e à pureza.

Para não restar dúvidas sobre quais são os alvos da punição e dos crimes, o que demonstra incomparavelmente a incoerência pós-moderna em defender liberdade e desregulamentação, segue transcrição de Bauman (1997, p. 29):

A busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas; a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes.

Constata-se, assim, que a pós-modernidade ou a modernidade líquida intensificam de um lado a liberdade, os prazeres, reduzindo a ordem e a segurança. Entretanto, do outro lado, aumenta-se a punição, reduzindo

a liberdade. O critério distintivo, para Bauman, é justamente o fato de ser consumidor.

A sociedade pós-moderna, embora tenha essa característica punitiva com o consumidor falho, adota uma perspectiva de identidades fluidas e plurais. Ou seja, não há fixação vitalícia em uma categoria de indivíduos, motivo pelo qual a forma de lidar com a pluralidade é muito diferente de outros momentos históricos.

Ulrich Beck, por seu turno, realiza um estudo diferente. Ele analisa a modernização reflexiva, quando os riscos da atual sociedade são globais e sem precedentes na história da humanidade. Pior, o desenvolvimento do próprio sistema, com seus avanços e progressos, causa problemas sistêmicos que prejudicam e podem - até mesmo - aniquilar a todos indistintamente.

Não à toa, Ulrich Beck chama de modernização reflexiva essa fase. Por exemplo, nos países subdesenvolvidos há menos controle de qualidade ambiental, menos exigências de condições sociais favoráveis. Assim, grandes indústrias preferem transferir sua produção para eles. Geram-se renda e trabalho em novos solos, mas ambos são precários. O meio ambiente deles também é prejudicado.

Retiram-se, noutro giro, renda e trabalho de melhores níveis dos países desenvolvidos, já que houve a transferência da indústria, a qual obedecia a rigorosas regras ambientais. Essa redução de custos implica produtos mais baratos para os moradores do primeiro mundo, preços impraticáveis, caso as indústrias se mantivessem lá. Até aqui, sem grandes problemas. Ocorre que há um efeito *boomerangue* na poluição.

Explica-se melhor. Os países desenvolvidos e seus moradores com melhores condições econômicas e sociais jogam a poluição para os subdesenvolvidos, os quais precisam de empregos que - para o primeiro mundo - são precários, mas - para eles - excelentes. Posteriormente, a poluição afeta o ar globalmente; ainda, destruição de rios, fauna e flora reduzem globalmente a biodiversidade. Portanto, se em um momento inicial a poluição é transferida, a seguir, é inevitável o efeito *boomerangue* consistente no retorno em decorrência dos efeitos nefastos e mundiais da industrialização. Gera-se um nó górdio de difícil solução.

Situação similar acontece com a pobreza e a miséria. Transferem-se postos para os países subdesenvolvidos, os quais remunerarão bem, para as

suas condições pretéritas. Ocorre que será lá que haverá maior efeito de condições ambientais deletérias, as quais promoverão marginalização jamais vista. Pode-se citar, por exemplo, as tragédias ocorridas em decorrência da mineração no estado de Minas Gerais. Eis outro nó górdio.

Após compreendidas as situações fáticas contemporâneas que podem ensejar alterações jurídicas relevantes, importa interpretá-las consoante a compreensão dos principais juristas, o que se fará nos tópicos seguintes.

## 4 TEORIAS GERACIONAIS OU DIMENSIONAIS CLÁSSICAS

Duas são as concepções originais de teorias geracionais ou dimensionais que competem o mérito de ser a primeira a organizar cronologicamente os direitos fundamentais. A primeira consiste na “classificação dos direitos civis, políticos e sociais feita por T. H. Marshall, em sua obra “Cidadania, Classe Social e Status”” (Wolkmer, 2002, p. 12), datada de 1949/1950, na qual o “século XVIII favoreceu o surgimento dos direitos civis, enquanto o século XIX consagrou os direitos políticos, e a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de direitos sociais e econômicos” (Wolkmer, 2002, p. 12).

Segundo essa concepção, as liberdades civis consistiriam nos direitos de primeira dimensão, ao passo que as liberdades políticas se enquadrariam na segunda. Outra peculiaridade é não existir a dimensão dos direitos meta-individuais, já que para Marshall a terceira e última dimensão consiste nos direitos sociais. Para ilustrar, segue transcrição do próprio autor:

Quando os três elementos da cidadania se distanciaram uns dos outros, logo passaram a parecer elementos estranhos entre si. O divórcio entre eles era tão completo que é possível, sem distorcer os fatos históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente - os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Estes períodos, é evidente, devem ser tratados com uma elasticidade razoável, e há algum entrelaçamento, especialmente entre os dois últimos (Marshall, 1976, p. 67).

Outra classificação apontada como origem da teoria geracional ou dimensional é a de Karel Vasak, proferida em 1979, relacionando as gerações com os ideais da revolução francesa, a saber, liberdade, igualdade e fraternidade. Ademais, teria ele ainda os correlacionado com as cores da bandeira francesa, ou seja, azul, branca e vermelha. Assim, a primeira dimensão seria de liberdades civis e políticas, enquanto a segunda dos direitos sociais, ao passo que a terceira consistiria nos direitos difusos e coletivos. Essa concepção é muito próxima da atual.

Se Wolkmer aponta a de Marshall sendo a primeira, Dirley anota a de Vasak.

## 5 GERAÇÕES OU DIMENSÕES: qual o melhor termo?

A doutrina clássica preferiu o termo gerações. Entretanto, contemporaneamente, em geral, os autores preferem a expressão dimensões.

Os adeptos do uso de dimensão fazem-no porque a palavra geração daria uma ideia de um processo substitutivo, compartimentado e estanque, no qual os direitos de uma nova era substituiriam o da geração anterior, o que é inadequado. Assim, preferem o termo dimensão, já que reflete uma ampliação ou redução de direitos e deveres, inclusive mediante a reformulação dos direitos anteriores, denotando um caráter cumulativo e complementar. Nesse sentido, segue transcrição:

força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade (BONAVIDES, 1999, p. 524-526).

Assim, embora tenha o vocábulo dimensão certa vantagem, desde que seja feita a ressalva de que pela palavra geração não se entende uma sucessividade compartimentada na qual a era seguinte substitui sem relação nenhuma a anterior, pode-se utilizar os dois termos enquanto sinônimos.

## 6 O GIRO COPERNICANO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O primeiro momento histórico relativo a direitos humanos consiste exatamente na ausência deles. Prevalciam inicialmente os deveres fundamentais. A ótica do ordenamento jurídico era o soberano-súdito, não o cidadão-Estado. Nesse sentido, aponta Bobbio (2004, p. 4):

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano [...]

Esse primeiro momento, desse modo, foi marcado pelos deveres fundamentais, quando os cidadãos deveriam obedecer às determinações do Estado, o qual era considerado o soberano dos súditos. Pela teoria das posições jurídicas de Jellinek, era característico do *status passivus*, ou seja, o indivíduo tinha de aceitar a ingerência do Estado.

Para Bobbio, apenas com a modernidade esse momento histórico foi superado. Mesmo que houvesse direitos econômicos dos indivíduos anteriormente, esses não buscavam conferir poderes a eles contra o Estado. Importa citar a seguinte lição:

A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. (BOBBIO, 2004, p. 58)

Para Bobbio, apenas com a modernidade esse momento histórico foi superado. Mesmo que houvesse direitos econômicos dos indivíduos anteriormente, esses não buscavam conferir poderes a eles contra o Estado. Importa citar a seguinte lição:

## 7 AS CLASSIFICAÇÕES DIMENSIONAIS CONTEMPORÂNEAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 7.1 Primeira Dimensão

Segundo Wolkmer (2002, p. 13), a primeira dimensão consiste naqueles direitos civis e políticos. Para melhor ilustrar, segue transcrição da sua explicação:

Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”.

Esses foram os primeiros direitos humanos a surgir. Antes deles, apenas existiam deveres fundamentais, porquanto se vivia no período da Monarquia Absolutista em que não havia limites ao poder do soberano. Verifica-se que, do ponto de vista filosófico, o surgimento desses direitos decorreu do jusnaturalismo racionalista do iluminismo do século XVIII, no qual prevaleceu a tese do contratualismo e do capitalismo liberal, justificando seu caráter nitidamente abstencionista.

Para a doutrina majoritária, esses direitos consistem em um não agir do Estado diante da esfera do indivíduo, não gerando despesas orçamentárias. Poder-se-ia, até mesmo, vinculá-los aos direitos negativos de Jellinek. Entretanto, essa informação não corresponde à verdade, salvo se houver uma reestruturação nas dimensões.

Vejam. Primeiro, nesse grupo, inserem também as liberdades políticas que consistem na participação do indivíduo na formação da vontade política do Estado. Assim, a relação deste subgrupo está diretamente feita com o status *activus* ou status da cidadania ativa na teoria das posições jurídicas de Jellinek.

Ademais, no atual desenho conferido aos direitos humanos de primeira dimensão no que se refere às liberdades civis, é inquestionável que o Estado tem um dever de atuar na esfera dos indivíduos, promovendo

a segurança pública, o Poder Judiciário, o Ministério Público e todas as instituições que possuem como atribuição constitucional a defesa da liberdade, propriedade e segurança.

Portanto, os direitos de primeira dimensão, negativos por excelência, na atual concepção, possuem dimensões positivas inseridas em seu conceito. Uma forma de manter a lógica da primeira dimensão dos direitos fundamentais como mera abstenção seria a adoção da dimensão dos deveres fundamentais que englobaria o poder do Estado de se impor aos cidadãos, exigindo obediência às ordens estatais, quando haveria ênfase no status *passivus*. Dessa forma, as dimensões que se seguem apenas remodelariam a dimensão dos deveres fundamentais, que não mais seria absoluta e ilimitada.

Ademais, as liberdades políticas, surgidas especialmente no século XIX, constituem status *activus* e poderiam amoldar uma outra dimensão apartada da primeira, o que tornaria mais técnica a divisão do ponto de visto histórico e lógico. Seria similar à clássica classificação de Marshall.

## 7.2 Segunda Dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são “os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam a garantia e a concessão a todos indivíduos por parte do poder público” (WOLKMER, 2002, p. 14).

Esses direitos surgiram com as Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de Weimar de 1919, ensejando a atuação do Estado na esfera do indivíduo com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais inerentes às relações intersubjetivas. Portanto, possuem relação com o status *positivus* de Jellinek. Entretanto, esses direitos fundamentais relacionados a uma atuação positiva do Estado na esfera do indivíduo também possuem uma dimensão negativa na atual conjuntura. Ora, o capitalismo, em decorrência da exploração livre da economia, gera desigualdade social, verdade, mas também gera distribuição de riquezas, empregos, manifestações culturais inúmeras. Assim, a não atuação do Estado na esfera do indivíduo também pode gerar a promoção dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

Nem sempre a teoria corresponde à prática, caso não sejam visualizadas exceções à regra. Ainda sobre as dimensões primeira e segunda, é interessante trazer à tona as observações de Bobbio. Curiosamente, nos artigos compilados em *A Era dos Direitos*, ele adota uma versão baseada em Marshall e outra em Karel Vasak. Para melhor ilustrar, segue transcrição de trecho em que classifica similarmente ao primeiro:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2002, p. 32)

Noutro giro, segue em destaque texto em que Bobbio (2002, p. 21) classificou similarmente a Vasak:

Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Assim, adotou Bobbio uma classificação similar a Marshall ao considerar tão claro e evidente que a classificação dos direitos fundamentais deve se dar em três momentos, a saber: 1. liberdades civis; 2. liberdades políticas; 3. direitos sociais. Ocorre que, na maioria das vezes, expôs

uma versão similar a de Vasak, na qual o primeiro momento (liberdades civis) e o segundo (liberdades políticas) estão englobados na primeira dimensão, que são seguidas pela segunda dimensão (direitos sociais).

### 7.3 Terceira Dimensão

Em Bobbio, a terceira dimensão não foi bem explicada. Entretanto, embora sem capacidade de conceituá-la precisamente, o jurista italiano demonstrou uma intuição sugestiva de sua natureza. Nesse sentido, segue sua lição:

emergiram [...] os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído (Bobbio, 2004, p. 5)

Atualmente, diante do desenvolvimento da ciência, da filosofia e da história do direito, clarificou-se por demais a terceira dimensão, a tal ponto que sobre ela os doutrinadores e, inclusive, manuais atingiram um nível de razoável consenso. Ela seria formada pelos direitos coletivos e difusos, ou seja, metaindividuais. Até o seu surgimento, os cidadãos possuiriam apenas direitos individuais.

Podemos obviamente questionar o caráter inovador dos direitos coletivos, já que, desde os primórdios, os seres humanos uniram-se em instituições familiares, clãs, corporações. Assim, direito de terceira dimensão por excelência é aquele que tiver a sua classificação como direitos difusos por envolverem toda a humanidade, circunstância realmente inovadora. Entretanto, por uma questão de adesão à doutrina praticamente unânime e a constatação de uma reformulação intensa nos direitos coletivos, serão eles incluídos nesse rol também no presente estudo.

Assim, Bobbio realmente estava certo ao trazer o direito a viver em um ambiente não poluído como o mais proeminente direito fundamental de terceira dimensão. Afinal, a humanidade atingiu um nível de desenvolvimento técnico tão avançado que não mais se preocupava apenas com a contaminação do rio que afetava uma comunidade restrita de pescadores,

mas sim com a poluição sistêmica das indústrias que poderiam atingir todos os seres humanos. Ora, a emissão de gases no norte aumenta o buraco de ozônio no sul, o aumento dos gases carbônicos na China elevam a temperatura globalmente e conseqüentemente o nível dos oceanos. A existência até mesmo de cidades beira-mar depende de decisões globais.

Do ponto de vista histórico-sociológico, pode-se situar seu surgimento, relacionando-o com o capitalismo reflexivo, o qual consiste em os problemas do avanço e desenvolvimento do capitalismo constituírem em preocupações e limites para o próprio sistema econômico. É a chamada sociedade de riscos explicada por Ulrich Beck, na qual os riscos atingiram um nível diverso, expondo toda a humanidade à possível destruição, já analisada nos primeiros tópicos deste trabalho.

## 7.4 Quarta Dimensão

As dimensões quarta e quinta são as mais controversas. Cada autor adota uma perspectiva diferente. Não há, portanto, consenso, mas apenas opiniões qualificadas e justificadas que buscam atingir uma hegemonia.

No Brasil, Wolkmer adota uma perspectiva baseada em Bobbio. Para eles, a quarta dimensão corresponde aos direitos relacionados ao biodireito, especificamente pesquisa biológica e manipulações do patrimônio genético. Segue lição do mestre italiano:

[...] já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos de pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (Bobbio, 2004, p. 5)

Diante do principal referencial teórico adotado no presente trabalho ser Bobbio e possuírem muitos juristas COM concepções bem diversas, limitar-se-á este artigo a expor as teorias mais próximas ao do jurista italiano.

## 7.5 Quinta Dimensão

Wolkmer, o qual adota uma teoria dimensional muito próxima à de Bobbio, acrescenta uma quinta dimensão concernente aos avanços da informática. Segue transcrição de sua lição sobre essa dimensão:

São os direitos advindos das tecnologias de informação (Internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital. (WOLKMER, 2002, p. 21/22)

Pode-se falar que essa visão de Wolkmer guarda efetiva correlação com as lições de Bobbio, porquanto o jurista italiano considerava que as novas dimensões de proviriam especialmente de avanços tecnológicos progressivamente realizados que amoldariam os direitos de primeira, segunda e terceira sob novos enfoques. Inclusive, considerou expressamente a probabilidade de - no futuro - os avanços da comunicação gerarem novos direitos. Segue ensinamento:

**Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica**, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos **e a intensificação dos meios de comunicação** poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes (BOBBIO, p. 33)

Portanto, entende-se que o principal adaptador da teoria de Bobbio no Brasil, no que se refere às teorias dimensionais dos direitos fundamentais é Wolkmer, inclusive, no seu desenvolvimento da quinta dimensão.

## 7.6 Sexta Dimensão

Há já, ao menos um autor, que defende a existência de uma sexta dimensão consistente no dever de fornecer água potável. Particularmente,

a depender do enfoque conferido a tal suposto novo direito humano, deve-se entender que pode consistir em um direito de primeira, segunda ou terceira dimensão, motivo pelo qual a doutrina sequer costuma apontá-lo. Seu proponente foi Luiz Edson Fachin.

Não será uma perspectiva aprofundada por considerar que não está em consonância com o desenvolvimento da teoria do jurista italiano Bobbio, assim como também não se trata de uma adaptação aos novos tempos ou ao Brasil dela.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu a presente pesquisa no sentido de que o Direito e a História são realmente interligados, passando por uma interferência recíproca entre seus diversos campos de atuação.

Assim como as diversas dimensões de direitos humanos, da primeira até a terceira surgiram historicamente e se consolidaram na doutrina, também as dimensões quarta (biodireito) e quinta (direito informático) deverão ser submetidas à confirmação histórica, embora já estejam com um grau de desenvolvimento relativamente avançado.

Além disso, novos direitos ainda com uma teorização mais inicial podem vir a surgir, por exemplo, a afirmação de novos sujeitos de direito, a exemplo de mamíferos, animais, rios, natureza.

## 9 REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: editora 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto, 1909-2004. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. Rio de Janeiro: Zahar, s.d. p. 57- 114.
- PIOVESAN, Flávia. Poder Judiciário e os Direitos Humanos. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 99-112, mar./mai. 2014.
- WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Renan, 2003.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos Humanos: novas dimensões e novas fundamentações. Revista Direito em Debate, Ijuí, v. 11, n. 16-17, p. 9-32, jan./jun. 2002.

# DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO EUROPEU: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO À VIDA NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA.

*Carla Silva Julião*

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, Direitos Humanos é o assunto em pauta na comunidade internacional. Consagrados e positivados gradualmente durante séculos, nunca teve tanta visibilidade como nos dias de hoje. A humanidade entendeu pela necessidade de se resguardar parâmetros mínimos de dignidade ao homem no caminho frenético de desenvolvimento do mundo.

No assunto desenvolvimento econômico, a União Europeia destaca-se como o maior bloco econômico do mundo, e por isso surge como proposta do presente trabalho analisar a observância e proteção dos Direitos Humanos no âmbito desse grande bloco de econômico.

Para tanto, buscar-se-á, inicialmente, traçar um panorama geral dos Direitos humanos e seu surgimento, de forma a contextualizar sua origem e processo de evolução. Após, analisar-se-á os direitos humanos positivados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2010, mais especificamente o direito à vida, e as sutis modificações em relação à Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, de 1950.

## 2 SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Primordialmente discutir os direitos humanos demanda além do olhar jurídico também a visão sob viés histórico, pois surgiu das grandes transformações dos memoriais das sociedades, a conquista dos direitos naturais dos homens nasceu justamente da constante violação a estes, durante as guerras, dos modelos políticos que perpetuavam os abusos do Estado sobre o indivíduo.

Falar da origem dos Direitos humanos é recontar a história da humanidade, por estarem intimamente ligados. Cada direito nasce de longos períodos de violação da dignidade mínima inerente à natureza humana, e remonta à uma época histórica com detalhes peculiares.

O doutrinador Norberto Bobbio em uma das suas relevantes obras “A era dos direitos” afirma que os direitos humanos ante tudo são essencialmente históricos e pontuava:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos, que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”(BOBBIO, 2004, p.5)

Ademais, o supracitado autor traz a baila os principais pontos memoráveis do processo de formação político-filosófico e normativo no surgimento do tema em tela nas sociedades. Primeiramente tais referências se formam a partir de importantes obras filosóficas fundadas inicialmente no jusnaturalismo, considerado pai desta ideologia o autor John Locke se posicionava no sentido de que “o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais” (BOBBIO, 2004, p.28).

Segue o mesmo, afirmando que a ideia de direitos universais inerentes e naturais a todos os humanos, como era pregado no jusnaturalismo, tenha sido abandonada, a primeira frase que abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: “Todos

os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”, além disto, houve outras importantes contribuições de renomados filósofos na busca do ideal de sociedade, conforme aclarava:

“O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza. E como não recordar as primeiras célebres palavras com que se inicia o Contrato social de Rousseau, ou seja: “O homem nasceu livre e por toda a parte encontra-se a ferros”? A Declaração conserva apenas um eco porque os homens, de fato, não nascem nem livres nem iguais. [...] A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, a medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.” (BOBBIO, 2004, p.28-29).

Em contraposição a jusfilosofia naturalista, a acepção acatada atualmente é que as conquistas dos homens que resultaram na concretização de diversos direitos só existiram através da positivação, ou seja, através da criação de leis, “Os direitos humanos não surgiram todos ao mesmo tempo; surgiram gradativamente ao longo dos anos, é dizer, em cada período da História determinados direitos foram sendo institucionalizado”, isso em decorrência de reivindicações e lutas sociais (BARRETO, 2014, p. 29).

Exemplifica todo exposto, os seguintes ensinamentos:

“O que é natural é atemporal, ahistórico, sempre existiu, “sempre esteve lá”, como acontece com os eventos e forças da natureza, mas não é isso que ocorre com os direitos humanos, que não “estiveram sempre lá”, senão que foram sendo reconhecidos gradativamente ao passar dos anos, com muita luta da Humanidade. Deve ser recordado que, no curso da História, pessoas foram torturadas, escravizadas, mulheres não puderam votar etc e somente com muita luta e com o passar dos anos é que tais condutas, e outras tantas,

foram abolidas, de modo que as pretensões de respeito ao ser humano foram sendo convertidas em direitos, não naturais, mas, sim, positivos, positivados, conquistados.” (BARRETO, 2014, p. 30)

Para isso, dividem-se os direitos humanos em grupos por fase de surgimento, de forma à melhor contextualizar a situação histórica que permeia a origem destes direitos. Dimensão, família ou geração são formas de definir tais grupos, tradicionalmente divididos em três dimensões, embora doutrinadores contemporâneos concebam o desdobramento destas dimensões em tantas outras.

A primeira dimensão de Direitos Humanos surge na passagem do Estado absolutista para o Estado Liberal, ao final do Século XVIII. Período marcado por importantes movimentos como a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, bem como pela força burguesa. O ideal central dessa geração é a noção clássica de liberdade individual, consubstanciada em direitos civis e políticos.

Nesse sentido, o indivíduo sai da posição de coadjuvante para ser protagonista na relação com o Estado. Impõe-se o respeito estatal à esfera individual de cada cidadão e a busca por liberdades negativas, só possíveis mediante a abstenção estatal. Nessa primeira geração de direitos, consagra-se a liberdade formal.

O berço do surgimento dos direitos desta geração são os Estados Unidos, a Inglaterra e a França, contando com documentos importantes de consagração como a Declaração do Bom Povo da Virgínia, a Magna Carta, Bill of Rights e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que elucidam a primeira família de Direitos Humanos em direitos como à vida, à liberdade e à propriedade.

Os direitos humanos de segunda geração surgem no início do século XX, no contexto pós Primeira Guerra Mundial, quando os ideais do Estado Social começam a se fortalecer, baseado, intrinsecamente, na noção de igualdade. Surge então a necessidade de atuação do Estado de forma a garantir oportunidades iguais a todos os cidadãos, por meio de políticas públicas como direito à saúde, educação, habitação e lazer. São os chamados direitos sociais, que aparecem nos ordenamentos jurídicos na forma dos chamados direitos fundamentais, por serem positivados no âmbito interno do Estado.

Assim, a segunda geração diferencia-se da primeira por exigir uma atuação estatal, na busca por liberdades positivas, consagrando-se a liberdade material, em complemento à primeira dimensão de direitos Humanos. Conta com documentos importantes como a Constituição de Weimar, o Tratado de Versailles e a Constituição Mexicana, pioneiras na positivação destes direitos em âmbito interno.

A terceira dimensão de Direitos Humanos começa a surgir após o fim da 2ª Guerra Mundial, abarcada pelo ideal de fraternidade e solidariedade e centra-se em direitos de titularidade difusa e coletiva, como o direito à preservação do meio ambiente, ao desenvolvimento e à paz.

Na terceira dimensão, a defesa destes direitos deixa de ser só do Estado, que passa a compartilhar a tutela com toda a sociedade. Conta com um importante documento de Consolidação que é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, além de ganhar força com a Criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945.

Como características os direitos humanos universais, já que todos os indivíduos são titulares destes direitos, e todos eles nos dão a ideia de dupla proteção ao indivíduo (na ordem interna e externa) são também complementares, como um conjunto sistêmico, em que um direito não exclui o outro, pelo contrário, o complementa. Outra característica é a historicidade, visto que refletem as transformações sociais de cada época e a indisponibilidade, por não serem disponíveis e nem alienáveis, além de serem, por excelência, essenciais.

Ainda como características, os Direitos Humanos são imprescritíveis, por não se perder pelo decurso do tempo e irrenunciáveis, por não aceitar renúncia total ou permanente. E de essencial importância, vale ressaltar que os Direitos Humanos são inexauríveis, fruto de uma fonte inesgotável, que diante das constantes mudanças sociais e da complexidade das relações humanas estarão sempre surgindo novos direitos.

À luz da Declaração Universal de 1948, pode-se dizer que os direitos humanos contemporâneos baseiam-se em um tripé principiológico. O primeiro seria o Princípio da inviolabilidade da pessoa, asseverando a impossibilidade de beneficiar um indivíduo em razão da imposição de sacrifícios a outro. O segundo Princípio é o da autonomia da pessoa, que é livre para qualquer agir como bem entender, desde que seus atos não causem prejuízo a terceiros.

Embora não haja hierarquia entre princípios, o terceiro princípio consubstancia-se na “pedra de toque” (SANTOS, In *Novos Dicionários de Expressões Idiomáticas*, Lisboa.) dos Direitos Humanos, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Sua essência é tão ampla que transcende uma definição singular, pelo risco de limitá-lo. Nas palavras de Artur Cortez Bonifácio, é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos humanos e fundamentais (BONIFÁCIO, 2008, p.174).

Não obstante a amplitude do princípio, na busca por uma definição ainda que genérica, Maria Garcia considera ser a dignidade da pessoa humana a compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente garantida moral e juridicamente (GARCIA, 2004, p.211).

Assim, a dignidade da pessoa humana é consagrada e celebrada através dos direitos humanos e permeia os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, como elemento inseparável da noção de humanidade. Diz-se então, que o princípio da dignidade da pessoa humana possui um duplo eixo: um eixo axiológico, valorativo de todo e qualquer direito e ordenamento e um eixo hermenêutico, como vetor interpretativo essencial e de limitação do próprio Direito. É então impossível falar de direitos humanos dissociado da dignidade da pessoa.

Por todo o exposto, conclui-se, que os direitos humanos são consequência de um longo processo de lutas, guerras, e de afrontas à dignidade do homem, e que diante de tanto caos e injustiças ocorreu o despertar da humanidade a refletir a condição humana, como todo indivíduo detentor de direitos essenciais à dignidade, como processo em contínua evolução.

### 3 O DIREITO À VIDA NA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA

A União Europeia é atualmente o maior e mais avançado bloco econômico do mundo, formando um quase Estado único, diante da coesa integração territorial. Começou, timidamente, em 1944 com a formação de um grupo econômico envolvendo apenas três países (Bélgica, Holanda e Luxemburgo).

Após um longo período de evolução e crescimento gradual, que envolvia uma ousada proposta de promoção à livre circulação de mercadorias, capitais e, principalmente, de pessoas, a União Europeia consolidou-se em 7 de fevereiro de 1992, com a assinatura do Tratado de Maastricht, e reiterada com o Tratado de Amsterdam, em 1997 e atualmente conta com 28 países-membros.

A consolidação da União Europeia, relativamente recente, desencadeou o fenômeno da supranacionalidade e de um Direito Comunitário autônomo, que acaba por se sobrepôr ao direito interno de cada Estado-parte, e a coexistência deste direito com às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Criada e consolidada como um bloco de cunho econômico, a proteção jurídica dos Direitos Humanos, em um primeiro momento, foi secundária, sem demasiada preocupação com a tutela destes direitos. Diante da pressão das Cortes Constitucionais de diversos países-membros, abriu-se espaço à tendência humanista consagrada no Direito Internacional.

E não poderia ser diferente, tendo em vista que a grande maioria dos Estados-membros, já se achavam comprometidos com a tendência protecionista dos Direitos Humanos e já figuravam como signatários de inúmeros tratados nesse sentido. Faltava então um documento que unificasse esse âmbito protecionista na própria União Europeia, subordinando o Direito Comunitário à égide dos Direitos Humanos.

Assim, Em 1999, o Conselho Europeu entendeu oportuno positivar os Humanos no âmbito da União Europeia e o fez através da uma Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, adotada em Nice, em dezembro de 2000, passando a vincular todos os Estados-membros só em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

A referida Carta consagra um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos e residentes na União Europeia. Baseada na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, segue a mesma tendência, mas acaba por conceder, em alguns aspectos e direitos, uma proteção mais abrangente, principalmente por ser consideravelmente mais recente e por isso mais adaptada às mudanças sociais.

Dentre esses direitos que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia aborda de forma mais abrangente está o Direito à vida. O direito à vida é o direito mais intrínseco e primitivo inerente ao ser humano.

O Direito à vida na concepção de Paulo Gustavo Gonet Branco (GONET,2016):

“A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.”

Nesse mesmo sentido, André Ramos Tavares (TAVARES, 2014, p.569):

“É o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado.”

Assim, descendente da primeira dimensão de direitos humanos, o Direito à vida consolidou-se, inicialmente como o direito do indivíduo de não ser privado de sua vida arbitrariamente. Gradualmente, as transformações da noção de vida e dignidade e da impossibilidade de dissociação de ambas, tal direito foi, contemporaneamente, ganhando novos contornos.

Atualmente, o direito a vida requer um olhar mais complexo, à luz da dignidade da pessoa humana (vetor valorativo e interpretativo indissociável dos Direitos Humanos) pode-se então dizer, que o tal direito não se resume a não ser privado de sua vida no aspecto físico, mas impõe também o direito a uma vida minimamente digna, de forma ampla.

Nesse sentido, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confere um âmbito de proteção mais amplo e contemporâneo, quando traz a proibição da pena de morte, sem previsão de exceções, diferente da Convenção Europeia de Direitos Humanos que admitia a pena de morte e determinadas hipóteses de execução, em seus artigos 2º e 15º (Convenção Europeia dos Direitos Humanos, 1950). A diferença na disposição

entre os dois documentos demonstra a tendência protecionista pró-vida que vem sendo gradualmente construída, admitindo-se cada vez menos exceções que legitimem à violação do Direito à vida.

A possibilidade da sujeição do direito à vida ao poder de punição estatal, vem sendo cada vez menos aceito, e caminha (ainda que há passos lentos) para a extinção da pena de morte. Nesse sentido a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia protege de forma mais abrangente tal direito, não legitimando a sua violação em favor do Estado.

A referida Carta, traz ainda em seu art. 3º o Direito à integridade física e mental do ser humano, como desdobramento do direito à vida, sendo a Convenção Europeia dos Direitos Humanos omissa nesse sentido.

Em relação ao Direito à integridade física, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia traz ainda hipóteses de proteção que contemplam as mudanças sociais e científicas ocorridas nas últimas décadas, como forma de proporcionar que tal direito abranja as transformações e complementem o seu âmbito de incidência. Dessa forma, assevera que todos têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental e que no domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, o consentimento livre e esclarecido do indivíduo, a proibição das práticas eugênicas de manipulação genética para fins de seleção das pessoas, a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro e a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Nesse sentido, o direito à vida, positivado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reitera a proteção de um direito de primeira dimensão há muito tempo consagrado, mas torna interessante a sua análise por tratá-lo de forma mais abrangente, em consonância com o tempo em que o documento foi criado, pois ainda que longe do panorama ideal, demonstra que os direitos humanos estão em constante evolução e adequação às mudanças que ocorrem no mundo.

## 4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou traçar o contexto de surgimento das primeiras gerações de Direitos Humanos, bem como apresentar as essenciais características e princípios peculiares a esta categoria de direitos, de forma a delinear um panorama geral sobre o assunto.

Buscou-se ainda analisar os direitos humanos no âmbito da União Europeia, enquanto bloco econômico de notoriedade mundial, mais especificamente analisou-se o direito à vida e a dimensão de proteção que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia confere à tal direito.

Restou então demonstrado que, ainda que timidamente, o referido diploma trata o direito a vida de forma um pouco mais abrangente que documentos de Direitos Humanos mais antigos, principalmente no cenário Europeu. Evidencia-se assim uma sutil evolução do âmbito protecionista de tal direito e uma adequação às condições sociais, científicas e políticas que atualmente permeiam o mundo.

Ressalta-se ainda importante essa análise, do ponto de vista do Direito Comunitário em relação à proteção da pessoa humana e como a União Europeia enfrenta a problemática dos Direitos Humanos fundamentais atualmente, como um dos maiores desafios contemporâneos de equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana e os ditames políticos, econômicos, sociais e científicos tão complexos em um mundo em constante transformação.

## BIBLIOGRAFIA

BARBOSA RODRIGUES, L; SOARES CARNEIRO, Alberto - **Direitos Humanos Textos Fundamentais**. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos: Coleção Sinopses para Concurso**. 4.<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN: 8535215611

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a Proteção Dos Direitos Fundamentais**. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Método, 2008. 348 p. ISBN: 978-857-660-259-0

BORGES, Bruno Barbosa - Direitos Fundamentais na União Europeia: Uma Breve Reflexão Sobre a Carta dos Direitos Fundamentais. **Revista Jurídica Uniaraxá** [Em linha]. V. 13, N<sup>o</sup>. 12 (2009), p.63-80. [Consult. 05 abr. 2018]. Disponível em: <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/57/49>.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 1504 p. ISBN: 978-854-720-367-2
- COSTA, Samara Gabionette Fernandes - **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito: A dignidade da Pessoa Humana como Limite ao Desenvolvimento científico**. [Em linha]. v. 7, n. 7 (2010), p. 283-316. [Consult. 01 abr. 2018]. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1977>.
- CUNHA, José Ricardo; SPIELER, Paula; MELLO, Carolina de Campos - **Direitos Humanos** [Em linha]. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. [Consult. 05 abr 2018]. Disponível em [http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direitos\\_humanos\\_20132.pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direitos_humanos_20132.pdf).
- DIREITO, Sérgio Saraiva - **A Carta dos Direitos Fundamentais e a sua Relevância para a Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia: Enquadramento Histórico Sistêmico**. [Em linha]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002. [Consult. 01 abr 2018]. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito\\_carta\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf).
- Eur-Lex - **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** [Em linha]. (2013). [Consult. em: 01 mar. 2018]. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISUM%3A133501>.
- GARCIA, Maria - **Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade**. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. ISBN 978-852-032-585-8. (2004).
- HUNT, Lynn - **A Invenção dos Direitos Humanos: Uma História**. [Em linha]. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. [Consult. 05 abr. 2018]. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3268/hunt-lynn-a-inven-o-dos-direitos-humanos-.pdf>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira - **Curso de Direitos Humanos**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Método, 2017. ISBN: 978-853-097-543-2

MENDES, Ruben Alexandre Ventura - **A Origem da Proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia e a Adesão desta à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** [Em linha]. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2014. [Consult. 05 abr. 2018]. Disponível em: [http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/396/1/Dissertação final RUBEN.pdf](http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/396/1/Dissertação%20final%20RUBEN.pdf).

MIRANDA, Jorge - **Manual de Direito Constitucional: O Estado e os Sistemas Constitucionais.** 10.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014 (TOMO I, 1). ISBN 978-972-32-2220 -3

MOREIRA, Vital Martins - Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. In **A “Constitucionalizarão” dos Direitos Fundamentais na União Europeia (UE).** 1.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 978-972-321-203-7. p. 1008.

MOREIRA, Vital Martins; GOMES, Carla Marcelino - **Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos.** 1.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Editora Coimbra, 2014. ISBN 978-972-322-223-4.

NUCCI, Guilherme de Souza - **Direitos Humanos versus Segurança Pública.** 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN: 978-853-097-080-2

O PROCESSO DE JOANA D´ARC. Diretor: Robert Bresson. França. Produzido por Agnès Delahaie. Título Original: **Procès de Jeanne d’Arc.** 1962. Vídeo HD. Gênero: Drama, duração 65 minutos. Preto e branco. Legendado.

OEA - **Convenção Europeia Dos Direitos Humanos.**[Em linha]. (1950). [Consult. 30 mar 2018]. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&lID=4>.

OTERO, Paulo; ARAUJO, Fernando; GAMA, João Taborda da - **Estudos em Memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches. In O Regime e a Efetividade dos Direitos Sociais nas Constituições de Portugal e do Brasil.** 1.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1957-9. p. 319-343.

PORTO NETO, José Mário - **Direitos Fundamentais e sua Aplicação às Relações Privadas**. [Em linha]. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014. Cap. 2. [Consult. 01 abr. 2018]. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bits-tream/10316/34817/1/Direitos%20Fundamentais%20e%20sua%20Aplicacao%20as%20Relacoes%20Privadas.pdf>.

RAMOS, André de Carvalho - **Curso de Direitos Humanos**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-854-721-451-7

RODRIGUES, L. Barbosa; CARNEIRO, Alberto Soares. Direitos Humanos - Textos Fundamentais. In **Novos Dicionários de Expressões Idiomáticas**. 2.<sup>a</sup> ed. Porto: Quid Juris, 2015. ISBN 978-972-724-710-3

SANTOS, António Nogueira - **Pedra de Toque**. [Em linha]. Portugal: 2004. [Consult. 30 mar. 2018] Disponível em: <https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/pedra-de-toque/13454>

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 37.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. ISBN: 8539202131

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana - **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada: Direito da União Europeia**. 1.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-405224-3

TAVARES, Andre Ramos - **Curso de Direito Constitucional**. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-850-221-959-5

# O RELATIVISMO CULTURAL E O PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO DO QUEBRANTAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS POPULAÇÕES NEGRA E LGBTQ+ NO BRASIL

*Abrahão Alexandre Barros de Lima*

## INTRODUÇÃO

O Brasil vive, atualmente, mais um alarmante episódio de desvalorização de direitos em face da crescente supervalorização de, por exemplo, dogmas religiosos que vão de encontro à própria condição humana de certos indivíduos que ocupam relativa posição de vulnerabilidade dentro do esquema social secularmente definido.

Esse processo, no entanto, não surgiu com a polarização política acentuada em 2018, durante as eleições presidenciais, nem tampouco com o atual presidente, mas é sim produto de uma construção social permeada pela institucionalização de preconceitos e recorrente abrandamento dessas posturas sob o argumento de que isso deve ser respeitado pois faz parte da cultura do povo brasileiro – o que de fato é, de acordo com as palavras de Malinowski: “a cultura consiste no conjunto integral dos instrumentos e bens de consumo, nos códigos constitucionais dos vários grupos da sociedade, nas ideias e artes, nas crenças e costumes humanos” (MALINOWSKI, 2009).

Esse aparato cultural construído caracteriza a sociedade a qual ele pertence e dita uma série de comportamentos a seus indivíduos que, cons-

ciente ou inconscientemente, agem de maneira conforme a esses mandamentos informais, os quais são, muitas vezes replicados e absorvidos de maneira totalmente acrítica.

Ao mesmo tempo que partilhar desses conceitos pode ser benéfico por despertar entre vários indivíduos um senso de pertencimento e identificação com seus semelhantes, algumas dessas práticas repassadas podem legitimar estruturas deletérias institucionalizadas, como o racismo e a homofobia, protegendo certas condutas sob o argumento de que elas reprimem parcelas dissonantes daquilo que se convencionou ser a identidade do indivíduo médio de uma certa sociedade.

Por esse motivo, aqui se pretende discutir, mesmo que de forma inicial, o uso do conjunto cultural para legitimar práticas que afrontam diretamente os direitos fundamentais de negros e da população LGBTQ+ diante de uma perspectiva de tolerância proporcionada pelo relativismo cultural dentro da sociedade brasileira, entendido aqui como sofisticado instrumento de legitimação desses quebrantamentos de direitos.

## 2 METODOLOGIA

A fim de permitir a confecção desse trabalho foram utilizados os métodos bibliográfico e dedutivo. O método bibliográfico foi utilizado no tocante à coleta de leituras que foram direta ou indiretamente citadas, ou mesmo que consubstanciaram o início deste trabalho, fornecendo provocações acerca do tema. O método dedutivo fora utilizado para adequar o tema à problemática proposta em face de uma lacuna de conhecimentos já produzidos no recorte utilizado para a abordagem da questão ora tratada (LAKATOS; MARCONI, 2010).

Em um primeiro momento visar-se-á esclarecer ao leitor o conceito de relativismo cultural ora utilizado, relacionando-o a processos de legitimação e tolerância a claras violações dos direitos das gentes, explicando o uso desse conceito amplamente utilizado em um contexto mais internacional em um recorte mais nacional.

Em seguida, almeja-se retomar o acima afirmado demonstrando de que maneira o referido processo ocorre na prática no universo escolhido – a população LGBTQ+ e a negra –, apresentando dados e buscando dis-

cutir, ainda que de forma breve, os impactos que o relativismo cultural e o aparato cultural excludente causam a elas.

Em um terceiro ponto, serão debatidos alguns argumentos frequentemente utilizados por relativistas brasileiros, principalmente nesses tempos de ultraconservadorismo descortinado desde as últimas eleições, buscando expor que, na verdade, esses são argumentos de ordem e, de certa forma, vazios de sentido.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

#### 3.1 RELATIVISMO CULTURAL: CONCEITOS E RECORTE UTILIZADOS

Primeiramente, cumpre distinguir o conceito Boasiano de relativismo cultural – o qual se refere ao estudo antropológico das diversas culturas sem que sobre elas se lancem conceitos ou formas de compreensão partindo do ponto de vista do estudioso (ALMEIDA, 1998) – daquele que será aqui utilizado, o qual defende a cultura de uma determinada comunidade como fator absoluto e que não deve sofrer interferências de outros campos, como, por exemplo, dos conjuntos de normas legais internacionalmente definidas acerca dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Essa prevalência da cultura como valor absoluto produz a concepção de que o paradigma estabelecido é, nada mais, que uma síntese dos valores coletivos e que estes devem ser respeitos, visto que consistiriam nos verdadeiros sistemas morais e mesmo legais daquele povo em específico (PIOVESAN, 2013). Em síntese e, de certa forma, o relativismo cultural deságua na lógica comodista de que a realidade é esta e assim sempre foi, bem como impassível de ser mudada.

Esse processo de relativização continuada ocasiona tolerância a processos de legitimação de condutas de hostilização dos considerados “diferentes”, consistindo em represálias violentas e a omissões diante de tais posturas, que, apesar da tipificação no Código Penal, por exemplo, são cobertas pelo véu da tolerância e esvaziadas de seu caráter negativo, gerando uma prevalência de valores culturais deletérios e consagrados em prejuízo de direitos protegidos nas normas estatais, perpetuando formas estruturais de violências e discriminações.

Influenciada pela Globalização e eventos acontecidos durante o século XX, como a II Guerra Mundial, surge, em contraposição ao relativismo, o universalismo cultural. Essa teoria amplamente divulgada hodiernamente, elide, de certa forma, as noções de primado dos valores de uma coletividade em específico em face da valorização do indivíduo enquanto sujeito detentor de direitos (DONELLY, 2007).

No sentido desta teoria, Cançado Trindade (1996) compreende que, independente da realidade sócio-político-cultural que se insere o indivíduo, este é sujeito de direitos considerados naturais à própria condição humana, sem que haja, no entanto, mitigações proporcionadas por valores culturais limitantes.

A conotação dada por Flávia Piovesan (2013) quando trata do tema em sua obra refere-se aos direitos humanos em uma perspectiva global; aqui, no entanto, utilizar-se-á dos mesmos conceitos em um recorte muito mais restrito, aplicando-os à sociedade brasileira e, a partir de então, tentando relacionar a lógica conformista gerada por eles à processos de tolerância e legitimação de certos tipos penais no Brasil, como por exemplo, a agressão de pessoas por motivações homofóbicas.

### 3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DOS PROCESSOS DE LEGITIMAÇÃO E A ÓTICA RELATIVISTA ENQUANTO ANTAGONISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Geralmente quando se fala de valores comunitários consolidados e que muitas vezes podem ocasionar comportamentos violentos ou reprováveis, a ótica pode ser quase que imediatamente transportada para sociedades tribais indo-americanas quando sacrificam os neonatos que apresentam alguma deficiência aparente, por exemplo. A realidade, no entanto, nos mostra diferente: as comunidades ocidentais cristãs, como a brasileira, que tanto reprovam posturas como essas, apresentam as mesmas práticas, porém, de maneiras mais sutis e mascaradas como costumes.

O tecido social brasileiro é, sem dúvidas, amplo e eclético, o que gera as mais variadas configurações. Apesar dessas disparidades que nos constituem, a Constituição Federal afirma em seu texto que todos somos iguais, uma noção universalista que negligencia, no entanto, uma história bastante acidentada e marcada por abismos sociais traçados por raças, classes sociais, religião e sexualidade.

Atualmente, existem debates acerca dos efeitos deletérios de tais construções culturais que, no entanto, ainda estão restritas a ambientes acadêmicos e restritos da sociedade brasileira, enquanto boa parte da população ainda tolera certas práticas por ter sido criados assim e serem, de certa forma, produtos dos valores culturais repassados de geração em geração.

### 3.2.1 A ótica relativista e os direitos da população LGBTQ+ no Brasil

Os LGBTQ+ - sigla que designa a comunidade formada por lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, *queers* e outros integrantes, como intersexuais e travestis - são considerados como aberrações - não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo - por força de concepções preponderantemente religiosas daquilo que é considerado “normal”. Em face disso, muitas vezes são classificados como uma espécie de sub-humanos, sendo a eles deixado o espaço marginal nas sociedades e trazendo-lhes a necessidade de permanecer “no armário”.

Segundo dados de 2016, 73 países ainda criminalizam as práticas homossexuais, mesmo que consensuais (MANTOVANI, 2016). Em 2019, 7 países ainda preveem pena de morte para indivíduos que mantenham relações sexuais com pessoas do mesmo sexo (MARTINELLI, 2019), sendo que o mais recente caso de criminalização foi anunciado ainda no corrente ano pelo sultão de Brunei, Hassanal Bolkiah, que defendeu, baseado nos valores do país do sudeste asiático e da religião islã, que as práticas sexuais homossexuais masculinas com apedrejamento até a morte e as femininas com 40 chibatadas ou pena máxima de 10 anos de prisão (BBC, 2019).

No Brasil, não são proibidas práticas homossexuais, sendo essas legais desde 1830, além disso, o Brasil apenas formalmente a prática de homofobia e transfobia como crimes de racismo desde junho de 2019, em decisão histórica que do Supremo Tribunal Federal (STF, 2019). O avanço na legislação, no entanto, é marcado pelo retrocesso sociocultural de um dos países que mais mata LGBTs no mundo, uma média de uma vítima de homicídio a cada 23 horas, de acordo com o Grupo Gay da Bahia (MANTOVANI, 2016).

Patricia Gorisch (2014) destaca em sua obra uma pesquisa intitulada “Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil - intolerância e respeito às di-

ferenças sexuais”, a qual destaca que em um universo de 150 municípios, 96% dos entrevistados se assumiram preconceituosos contra gays e 97% contra lésbicas. (VENTURI *apud* GORISCH, 2014).

Observa-se que a mentalidade preconceituosa, repassada acriticamente e baseada em fracas bases teóricas, ocasiona um aparato repressor bastante sofisticado que se projeta sobre os indivíduos LGBTQ+ de forma a gerar formas de violências diversas e que se perpetram, por vezes, durante toda a vida do indivíduo.

É preocupante notar, também, que o relativismo incide nesse ponto suavizando as condutas em direção a essas pessoas, tanto nas ações – visto que, é comum ouvir que se o filho começa “a se mostrar gay” durante a infância tal fato é remediado por meio de violência física, gerando os espancamentos de jovens homossexuais desde a mais tenra idade, e que a mulher trans é apenas uma abominação, um homem que quer ser mulher a todo custo, precisando ser eliminada – quanto nas omissões – ao se normalizar todas essas posturas e abrandar o sofrimento dessas pessoas, justificando que as únicas culpadas da violência são elas próprias por terem ofendidos as leis tradicionais religiosas e sociais.

Ao se pensar em pena de morte para pessoas LGBTQ+, logo se pensa nos países acima mencionados que cominam a morte para as práticas desse extenso grupo, mas se esquece das penas de morte informais, uma vez que, para muitas pessoas, a vida de um desses indivíduos vale tanto quanto nada, a exemplo disso, tem-se o assassinato brutal da travesti Dandara dos Santos, ocorrido na cidade de Fortaleza (Ceará), marcado por imensa crueldade e pedidos de clemência, tudo isso enquanto passivamente gravado por uma câmera amadora. Ninguém entrevistou. Dandara foi morta a pedradas e a tiros, seu corpo foi transportado em um carro-de-mão e depois despojado para morrer sem dignidade alguma. Momentos como esses trazem a reflexão de que tem-se uma extensa carta protetiva de direitos fundamentais, porém, a dúvida é quem são os titulares desses direitos e quais os requisitos para sê-lo.

Além da morte física, há também a morte social e familiar: a partir do momento em que o indivíduo se afirma LGBT, muitas vezes, ele ou ela é automaticamente extirpado de seu convívio familiar, sendo que frequentemente por pessoas que afirmam defender os valores familiares, e social, como a perda de um inteiro círculo de amizade por força disso, agravando ainda mais a situação de vulnerabilidade e de marginalidade assumida por

esses indivíduos, levando-os, por vezes, a ambientes de exposição às drogas e à criminalidade, por exemplo.

O aparato cultural constituído avança sobre essas pessoas desde criança, como bem ilustrado no clipe da faixa “Indestrutível”, da *drag queen* Pablllo Vittar (2018), que conta, de certa forma, a trajetória da cantora durante sua vida escolar, sendo frequentemente agredida, verbal e fisicamente, unicamente por ser diferente em um ambiente bastante preconceituoso. O vídeo é bastante gráfico ao mostrar a realidade dessas pessoas no seio de uma sociedade que perpetua modelos violentos e repressores que se enveredam pelo tempo pela ausência de debates incisivos acerca do direito de ser diferente e de viver sua sexualidade ou expressão de gênero, por exemplo.

A discussão acerca dos direitos das pessoas LGBTQ+ é uma discussão acerca de direitos básicos garantidos a todos pela constituição cidadão, como, por exemplo à vida e à integridade física, à contrassenso do que afirmam algumas lideranças religiosas ao afirmarem que a pauta dos direitos humanos LGBTQ+ é uma pauta de privilégios. Lança-se a pergunta: é privilégio sair às ruas e não ser xingado por apelidos como “boiola”, “veado” e “qualira”, atingido por golpes de lâmpada fluorescente ou mesmo morto por se estar de mãos dadas com a pessoa que se ama?

É preciso que se desconstituam estigmas culturais em torno da população LGBTQ+ no Brasil e remover, definitivamente, o véu de normalidade das violências e opressões sofridas por essas pessoas, de modo que haja tolerância – não aquela trazida por posturas relativistas – em relação ao diferente e que, mesmo em suas peculiaridades, seja ele permitido viver e ser sujeito de direitos fundamentais como ser humano pleno que é.

### 3.2.2 A ótica relativista e os direitos da população negra no Brasil

No Brasil pré-1888, os negros eram arrancados de suas terras natais, ceifados de sua condição humana e reduzidos ao status de bens de propriedade dos senhores de engenho. Trazidos para cá, recebiam tratamento indigno e cruel, se tornando alvos de diversos tipos de violência, desde verbal até físicas (FAUSTO, 1996). Durante esse período, um modelo de sociedade brasileira foi sendo paulatinamente construído e nele havia um

marcante hiato entre o branco, dono, e negro, coisa. A exemplo da coisificação da figura negra tem-se a fala do agora presidente, Jair Bolsonaro, em que este afirma: “eu fui em um quilombo em Eldorado Paulista. Olha, o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas” (BOLSONARO apud SALOMÃO, 2018), comparando, dessa forma, negros a animais, visto que a medida arroba é geralmente usada no contexto da atividade pecuária.

Em 2019, com os negros correspondendo à 54% da população brasileira, as consequências de tal período ainda se mostram visíveis e funcionais, visto que o racismo se encontra institucionalizado na estrutura da sociedade brasileira, produzindo efeitos que são, infelizmente, tolerados ou perpetrados por parte da população por fatores unicamente culturais.

É cultural enxergar o negro brasileiro como o indivíduo que ocupa os estratos mais baixos da população e, logo, estereotipado como perigoso e marginal, fazendo com que este receba tratamento diferenciado por parte, por exemplo, da polícia militar que, não raro, adota uma postura de instantânea criminalização da figura do negro unicamente pela cor de sua pele, proferindo de plano ofensas e mesmo reprimendas físicas (CERQUEIRA; MOURA, 2013).

Decorre dessa visão, também, a redução na expectativa de vida ao nascer dos afrodescendentes brasileiros, vez que estes, devido ao preconceito e à posição social ocupadas por estes, sofrem redução sensível em sua expectativa de vida, principalmente em se tratando de homens, como indicam os dados apresentados pelo IPEA (2013) em que homens negros apresentam redução na expectativa de vida em até 6,2 anos em Alagoas e 5,2 anos na Paraíba em relação a homens brancos, diminuição causada, principalmente, por homicídios.

Não se pretende aqui esvaziar a violência sofrida pelos negros brasileiros relacionando-a unicamente com processos de relativização cultural. É fato sabido que existem vários fatores que colaboram com isso, no entanto, entende-se, também, que muitas vezes o aparato cultural é, sem dúvidas, decisivo no processo de legitimação de formas explícitas, como homicídios, e sutis, como discriminação em postos de trabalho e desvalorização da figura humana, de violência contra esses indivíduos, tornando imprescindíveis nos dias de hoje movimentos dos coletivos negros, como o Geledés Instituto da Mulher Negra e o estadunidense *Black lives matter*.

A relação estabelecida do relativismo cultural com a violência sofrida pelos negros no Brasil é, justamente, pela questão do racismo institucional ainda muito presente, o qual deságua em uma concepção paralela de valores culturais amalgamados que se sobrepõem às normas legalmente instituídas e acobertadas por ares de normalidade.

Parece extremo relacionar crimes hediondos como homicídio a tais processos, no entanto, vê-se que é plausível a ilação: a construção social e histórica do Brasil ainda mata bastante, não coisas, como eram entendidos período escravagista, mas pessoas que sofrem com a falta de pautas acerca de seus direitos inerentes à condição humana. Teoricamente, o processo de “coisificação” da figura negra é assunto para os livros de Brasil império, porém, muitas vezes, ainda é preciso esclarecer que os afrodescendentes necessitam dos mesmos direitos que os brancos e que sua vida e honra merecem tanto respeito quanto.

Muitas vezes é esquecido que a honra também é um direito fundamental e deve ser respeitado, principalmente quando o assunto é a honra dos negros que, não raro, são ofendidos em redes sociais, na rua e em seus ambientes de trabalho, sendo comparados a animais, como macacos, tidos como indolentes por sua cor de pele ou simplesmente chamados de “pretinho” ou “negrinha” em tom pejorativo.

Muito se tem feito para conscientizar parcela da população acerca da pauta negra no Brasil, porém não o suficiente para atender toda a população de forma efetiva, sendo, de certa forma, conivente com a institucionalização do racismo no tecido social brasileiro. São necessárias ações mais contundentes no que tange ao combate do racismo enquanto pauta de direitos fundamentais humanos, enfrentando questões culturais que ocasionam a perpetuação de modelos raciais excludentes, além de caracterizar, de vez por todas, o negro, independente de classe social ou local de moradia, como ser humano detentor pleno de direitos, que merece ser respeitado irrestritamente em sua diferença.

### 3.3 DAS FALÁCIAS RELATIVISTAS QUE ATUAM COMO ÉGIDE À PERPETUAÇÃO DE PRÁTICAS ATENTATÓRIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essas estruturas acima citadas constituem óbice à concretização do projeto Estado Democrático de Direito que é tão preconizado pela Cons-

tituição brasileira e por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Carta das Nações Unidas, vez que à medida em que estes processos de (in)tolerância se projetam no tempo, há a afronta continuada aos direitos fundamentais e humanos consagrados formalmente.

Assim como previsto na Lei Maior, é garantido o direito ao pluralismo político, que é a faculdade de serem espostas e defendidas ideias das mais diversas (FERNANDES, 2019); essa prerrogativa, no entanto, dentro de um contexto social e cumulada com a liberdade de expressão, não pode servir de guarida para a multiplicação de comportamentos práticos que desconsideram o direito de ser peculiar do próximo e mesmo de existir.

É necessário que no lugar desse julgamento prepotente que desconsidera a alteridade, marcado por argumentos de força acriticamente reproduzidos, haja – como disse Bobbio em *A Era dos Direitos* – a prevalência da prudência política e a valorização da figura do outro em prejuízo à *nouvelle rhétorique de la barbarie* (BOBBIO, 2004).

Com a crescente onda conservadora e “patriota” no Brasil, muito se tem falado acerca da “necessidade” que o país tem de gerir seus assuntos internos – mesmo nas esferas dos direitos humanos e fundamentais já anteriormente reconhecidos – com a maior autonomia possível sob a égide do princípio constitucional da soberania, fato este comprovado, por exemplo, pela atuação dos representantes diplomáticos na Organização das Nações Unidas que, recentemente e à contramão da postura adotada anteriormente pelas delegações brasileiras até, rejeitou diversas pautas relativas aos direitos humanos e apresentou alinhamentos com países em que prevalecem ditaduras religiosas ultraconservadoras, como os países árabes.

Historicamente, a alegação que a soberania de um país deve se sobrepor a qualquer tipo de influência estrangeira, seja ela por parte de organismos internacionais ou não, é bastante marcada pela necessidade de perpetuar estruturas culturais que geram violências diversas como, no presente, a alegação feita pelo Irã que o país teria a prerrogativa religiosa de executar homossexuais.

No passado, houve, a título de exemplo, o relatório da reunião regional de Bangkok, no âmbito da Conferência de Direitos Humanos de Viena de 1993, que expôs os reiterados pleitos de alguns países asiáticos para que a soberania destes fosse respeitada e que não houvesse intervenção por conta de quebrantamento aparente de direitos humanos, ocasionando, de certa for-

ma, a subsistência de costumes regionais torpes e que afrontavam a própria humanidade da vítima, como por exemplo, o estupro corretivo de mulheres lésbicas que, ainda nestes dias, ocorre na Índia. (GORISCH, 2013)

Neste sentido, não se acredita aqui na cessão total da autonomia para que organismos internacionais passem a gerir e observar o cumprimento dos direitos fundamentais e humanos no Brasil, mas sim que a soberania não deve funcionar como escudo para o enfrentamento de questões delicadas e que vitimam diuturnamente brasileiras e brasileiros pelo país inteiro.

Acredita-se, sim, mediante análise dos compromissos internacionais prestados pelo Brasil, bem como os direitos fundamentais consagrados na legislação pátria que deve haver esforços conjuntos para superação de hiatus sociais ocasionados pela recepção e replicação de um arcabouço cultural normalizado por parte da população e que relativiza a vitimização da outra parcela.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, importante é afirmar que os valores culturais da sociedade brasileira não são uniformes e nem sempre orientados para a destruição do dissonante. Um país de proporções continentais como esse comporta as mais diversas construções históricas e sociais que, de certa maneira, sustentam a identificação entre as pessoas que nele habitam.

Como ressaltado, no entanto, parte desses valores compartilhados secularmente produzem a negação àqueles que são considerados diferentes e é nesse sentido que se faz necessário um debate mais acentuado acerca da própria condição humana, igualmente diversa.

Dessa forma, a discussão acima não versa sobre temas outros que não os direitos humanos de todas as pessoas e o necessário sopesamento entre valores culturais e a própria existência da diversidade humana e a fruição dos direitos, desde os mais fundamentais, como a vida e a integridade moral.

Sustenta-se, então, que o outro, mesmo que radicalmente diferente e marginalizado, seja considerado, unicamente, como outro, sendo a ele garantido o mesmo direito de existir e de se expressar em suas idiossincrasias, trazendo a necessidade de análise de se desconstruírem argumentos que ataquem a existência de outros seres humanos que são diferentes daquilo que se convencionou a tratar como “normal”.

São necessárias, também, medidas mais incisivas que visem “desinstitucionalizar” certos preconceitos protegidos por argumentos históricos e conformistas acerca da discriminação no país, como, por exemplo, convocar a sociedade civil a debater de forma mais bem fundamentadamente e despido de argumentos de ordem acerca da construção da figura do outro na sociedade e de como isso muitas vezes resulta em condenações sumárias à penas capitais, como no caso das marginalizadas travestis.

As falácias expostas no último devem ser confrontadas com argumentos lastreados em fatos, tanto sociais quanto científicos, para que se promova sua gradual desconstrução, a fim de aproximar as pessoas no seio de uma discussão saudável, sem que haja uma sobreposição de conceitos ocasionada pela dominância histórica de um grupo sobre outro.

É urgente que os argumentos relativistas sejam superados e abram caminho para discussões esclarecidas e universalistas, com o intuito não de conceder privilégios – como muitos tentam fazer crer quando se trata, por exemplo, da causa dos negros –, mas de conceder direitos iguais e a consecução, enfim, do ideal de estado democrático de direito, onde todos são titulares de direito de forma plena, visto que a discussão acerca de igualdade é, de certo modo, muito distante da realidade, beirando a utopia, porém não deve deixar de ser um objetivo ao qual se marcha sempre em direção.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kátia Maria Pereira de. Por uma semântica profunda: arte, cultura e história no pensamento de Franz Boas. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, out. 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93131998000200001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131998000200001)>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BBC. Brunei, o país onde gays agora podem ser apedrejados até a morte. **G1**. Rio de Janeiro. 03 abr. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/03/brunei-o-pais-onde-gays-agora-podem-ser-apedrejados-ate-a-morte.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2019

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução Carlos Nelson Coutinho.
- CERQUEIRA, Daniel R. C.; MOURA, Rodrigo Leandro de. **Vidas Perdidas e Racismo no Brasil**. Brasília: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/131119\\_notatecnicadiest10.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/131119_notatecnicadiest10.pdf)>. Acesso em: 27 jun. 2019.
- DONELLY, Jack. **The Relative Universality of Humam Rights**. 4. ed. Baltimore: Humam Rights Quartely, 2007.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1996.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 2032 p.
- GORISCH, Patrícia. **O Reconhecimento Dos Direitos Humanos Lgbt: de Stonewall À Onu**. Curitiba: Appris, 2014. 122 p.
- INDESTRUTÍVEL (Vídeoclipe Oficial). Direção de Bruno Ilogti. Produção de Bruno Ilogti. Realização de Daniel Favaretto. Intérpretes: Pablllo Vittar. Música: Indestrutível. 2018. Son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=O8B72HzTuww>>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- IPEA. **Pesquisa apresenta dados sobre violência contra negros**. 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/igualdadacial/index.php?option=com\\_content&view=article&id=730](http://www.ipea.gov.br/igualdadacial/index.php?option=com_content&view=article&id=730)>. Acesso em: 27 jul. 2019.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Uma teoria científica de cultura**. Tradução Marcelina Amaral. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.
- MANTOVANI, Flávia. Relação homossexual é crime em 73 países; 13 preveem pena de morte. **G1**. São Paulo, p. 1-1. 21 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/relacao-homossexual-e-crime-em-73-paises-13-preveem-pena-de-morte.html>>. Acesso em: 25 jul. 2019

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINELLI, Andréa. Os dados alarmantes do relatório que mapeia a homofobia pelo mundo: 70 países ainda consideram crime relação entre pessoas do mesmo sexo, aponta relatório da ILGA. **Huffpost**. São Paulo. 24 mar. 2019. Disponível em: <[https://www.huffpostbrasil.com/entry/dados-relacoes-homossexuais-ilga\\_br\\_5c95bce2e4b01ebee0f7b30](https://www.huffpostbrasil.com/entry/dados-relacoes-homossexuais-ilga_br_5c95bce2e4b01ebee0f7b30)>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALOMÃO, Lucas. PGR denuncia Jair Bolsonaro por racismo. **G1**. Brasília. 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-denuncia-deputado-jair-bolsonaro-por-racismo.ghtml>>. Acesso em: 27 jul. 2019.

STF. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. Brasília: San José, 1996.

# O CUMPRIMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ENCONTRA-SE EM RISCO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO?

*Jesus Tupã Silveira Gomes*

## 1 Introdução

A existência de um período democrático relativamente estável na América Latina nos últimos anos da década de 1990 e a ascensão de regimes políticos que adotaram programas direcionados à redução das desigualdades e à inclusão das populações marginalizadas, centrando esforços na proteção dos indivíduos e à inclusão social dos grupos vulneráveis teve, como consequência, a elaboração de diversos tratados internacionais de Direitos Humanos.

No entanto, os altos custos da manutenção do Estado Social e as pressões dos agentes econômicos internacionais pela flexibilização de regras tributárias, trabalhistas, previdenciárias e ambientais – com consequente desregulamentação do mercado – e as constantes denúncias de corrupção dos agentes governamentais deram força a movimentos políticos conservadores, cuja retórica – fundada no nacionalismo utópico e na promoção da segurança pública e dos valores cristãos e da família tradicional – vem ganhando espaço e contam com grande apoio popular.

O Brasil não foge a essa regra. A eleição de Jair Bolsonaro como Presidente da República Federativa do Brasil consolidou a ruptura com a ordem política vigente até o afastamento da Presidente Dilma Roussef,

ocorrido em 2016. Ela representa a adoção de uma orientação política de discriminação dos indivíduos e dos grupos vulneráveis e de fragilização dos direitos sociais reconhecidos na Constituição Federal de 1988.

Diante desse quadro, mostra-se necessário indagar se podemos esperar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil ao celebrar tratados internacionais de Direitos Humanos. Para tanto, mostra-se necessário analisar o quadro político brasileiro atual, examinar o papel dos tratados internacionais de direitos humanos e propor indagações sobre o seu cumprimento pelo Brasil.

O trabalho está dividido em três capítulos: inicialmente, procuramos descrever a situação do Brasil nos dias atuais, principalmente o posicionamento político do novo governo; em seguida, analisamos as obrigações decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, apontando que são compromissos assumidos pelo Estado como um todo, e não de um determinado governo; por derradeiro, propomos indagações sobre o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos na conjuntura política brasileira atual.

O estudo foi elaborado por meio da pesquisa documental, com revisão da bibliografia nacional e latino-americana sobre a matéria, e uso do método dedutivo.

Os resultados parciais apontam que haverá uma grande dificuldade para o cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil nos dias atuais.

## 2 A situação política no Brasil contemporâneo

A Constituição Federal de 1988, promulgada em um momento de redemocratização do Estado Brasileiro, representou um amplo compromisso assumido pelos diversos setores da sociedade para a construção de um Estado Democrático de Direito, estabelecendo diversas garantias individuais e sociais, bem como a abertura para Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme descrito no artigo 5º, § 2º, da CFRB (BRASIL, 1988). Nesse sentido, “Com suas qualidades e defeitos, a Constituição de 1988 se tornou a melhor versão de nós mesmos.” (MENDES, 2018)

Nesse contexto, diversos tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados durante o período ditatorial foram ratificados pelo Esta-

do Brasileiro e devidamente integrados ao ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais podemos destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (BRASIL, 1992), bem como a submissão do nosso Estado à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2002).

Durante o lapso temporal transcorrido entre a instituição do Plano Real – que conferiu alguma estabilidade econômica à população – em 1993, e o afastamento da Presidente Dilma Rousseff, ocorrido em 2016, observou-se uma suposta consolidação das instituições democráticas criadas pela Constituição de 1988<sup>17</sup>.

Por sua vez, as denúncias de corrupção generalizada, a insatisfação das classes dominantes com a elevação do nível de vida das populações mais carentes, e a globalização econômica possibilitaram a fragmentação da base de apoio ao governo até então vigente, a ascensão de Jair Messias Bolsonaro ao cargo de Presidente da República e a formação de um Congresso Nacional com ampla maioria direitista, em um movimento ultraconservador, fundado nos “valores tradicionais” e no patriotismo ufanista (FREIXO; PINHEIRO-MACHADO, 2019).

A ascensão de Jair Bolsonaro ao cargo de Chefe do Poder Executivo nacional não se constitui em um fenômeno político isolado. Com efeito verifica-se a existência de uma conjuntura político-econômica internacional que busca o retorno ao Estado liberal clássico, no qual o mercado regula-se a si mesmo e em que as garantias mínimas reconhecidas aos indivíduos e aos grupos vulneráveis vão sendo cada vez mais fragilizadas (CASTELLS, 2018).

É importante ter em mente que essa nova conjuntura política não é exclusiva do Brasil atinge a Europa – em especial a França e a Hungria – e os Estados Unidos. Ela carrega consigo uma crise de representação política, em que os eleitores não se encontram efetivamente conectados com os governantes (CASTELLS, 2018), possibilitando o surgimento de lideranças políticas capazes de inflamar as massas, comunicando-se direta-

---

17 O uso da expressão “suposta” não é gratuito. O que se observou, no processo de redemocratização, foi o fortalecimento de uma ordem política formalmente democrática, marcada pela desigualdade entre os direitos e garantias descritos na Constituição Federal e nas leis, e a efetiva (im)possibilidade de exercício por parte das populações marginalizadas e dos grupos sociais vulneráveis. A respeito, vide MIGUEL, 2019.

mente com o homem comum e despertando paixões inflamadas, dividindo a população entre “nós” – os bons, corretos e virtuosos – e “eles” – os maus, corruptos e infieis, o que inviabiliza o estabelecimento de relações de diálogo entre as distintas facções e a criação de canais de mediação (MESSENERG, 2019).

Essa crise de legitimidade atingiu, em especial, aqueles que não colheram frutos dos programas de redistribuição de renda – como o Bolsa Família – e de inclusão social – a exemplo das cotas raciais e para portadores de necessidades especiais em universidades e nos concursos públicos, bem como o empresariado nacional, cada vez mais incomodado com os custos – especialmente aqueles de natureza trabalhista e tributária – para a manutenção de suas atividades (CASTELLS, 2008).

Além disso, os governos do Partido dos Trabalhadores, em grande medida, centraram suas atividades em medidas de natureza econômica, visando à integração das populações mais vulneráveis no mercado de consumo, especialmente por meio de acesso ao crédito e ao mercado, colocando em segundo plano a melhora dos níveis de educação, segurança e desigualdade social (MAIA; PONTIN, 2019).

Dessa forma, no Brasil, o conceito de cidadania, tradicionalmente identificado com a participação do indivíduo nas decisões sobre os rumos do Estado, mudou de significado, passando a descrever a possibilidade de inserção da pessoa em uma economia de mercado (MAIA; PONTIN, 2019).

A ausência de sintonia entre a atuação dos governantes, os anseios da população e o projeto democrático instituído pela Constituição de 1988 (MENDES, 2018), bem como as denúncias de corrupção generalizada nos governos Lula e Dilma, aprofundou a crise de legitimidade já referida, levando os eleitores à escolha, nas eleições de 2018, daquele candidato que representava um novo caminho político – para as populações de baixa renda – e novas possibilidades econômicas – para as elites brasileiras.

A respeito desse “voto por oposição ao Partido dos Trabalhadores”, aponta Manuel Castells:

A reconstrução parte de uma afirmação encarnada num líder ou numa causa que surge em contradição com as instituições deslegitimadas. A nova legitimidade funciona por oposição. E se constrói em torno de um discurso que projeta uma rejeição geral ao estado

de coisas, prometendo a salvação por meio da ruptura com essa ordem incrustada nas instituições e com essa cultura das elites cosmopolitas, suspeitas de dismantelar as últimas defesas da tribo ante a invasão do desconhecido. (CASTELLS, 2018)

Jair Bolsonaro, nesse sentido, aproveitou uma oportunidade de ascensão política, com uma proposta econômica liberal – com fragilização dos direitos trabalhistas e redução dos custos de manutenção das empresas – e a defesa dos valores da família tradicional, das religiões cristãs e de um patriotismo ufanista (ABRANCHES, 2018).

Mesmo após a eleição, o atual Presidente da República prossegue com seu discurso de exclusão das minorias e dos grupos vulneráveis, de desconsideração das garantias fundamentais e dos direitos sociais, e de discriminação a todos aqueles que se opõem à sua visão de mundo, fomentando a polarização entre os “amigos – nós” e os “inimigos – eles” e legitimando o recrudescimento dos discursos de ódio (ABRANCHES, 2018).

Diante desse quadro político, pode-se indagar quais as perspectivas de cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos pelo Estado Brasileiro. Para tanto, deve-se examinar os caracteres específicos e as funções de tais dispositivos.

### 3 Os tratados internacionais de Direitos Humanos

A divulgação das barbáries praticadas pelos nazistas durante a II Guerra Mundial possibilitou a formação de um consenso entre os diversos Estados sobre a necessidade de fixação de um mínimo de proteção à pessoa humana em qualquer parte do mundo. A criação da Organização das Nações Unidas e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos incluem-se no esforço de estabelecer um espaço de atuação aos indivíduos e aos grupos vulneráveis frente aos Estados. Durante a segunda metade do Século XX, vários foram os tratados internacionais celebrados em âmbito universal ou regional para a promoção dos Direitos Humanos, seguindo as lógicas de não contradição e maior proteção possível aos indivíduos e grupos vulneráveis (RAMOS, 2012).

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos encontra-se fundado, essencialmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, Pacto de San José da Costa Rica), celebrado em 1969, em vigor desde

1979, e que criou dois órgãos específicos para a promoção e defesa dos Direitos Humanos no continente americano: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede em Washington, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), com sede em San José, na Costa Rica (RAMOS, 2012). Cumpre indagar, então, o que são os tratados internacionais de Direitos Humanos e o que os diferencia dos demais atos normativos.

Os tratados internacionais são as fontes normativas por excelência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sua celebração decorre do consenso de vontade entre dois ou mais Estados, que abrem mão de uma parte de sua soberania e assumem, de forma solene e por escrito, uns perante os outros, o dever de conceder proteções específicas aos indivíduos e grupos vulneráveis que se encontram sob sua jurisdição (APPIO, 2013).

No caso do Brasil, uma vez firmado o tratado no plano internacional, o referido texto será integrado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do processo de expressamente previsto na Constituição Federal, composto das seguintes etapas: *aprovação* pelo Congresso Nacional (por maioria simples – artigo 49, inciso I – ou qualificada – artigo 5º, § 3º)<sup>18</sup>, o que lhes confere representação democrática; *ratificação* pelo Presidente da República, para vigência do tratado no plano internacional; e *expedição de Decreto Executivo*, após o pacto encontrar-se em vigor na esfera internacional, para publicidade e vigência do tratado no plano interno (MAZZUOLI, 2016).

A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno não os transmuta em legislação nacional ordinária. Os eles continuam apresentando caracteres especiais decorrentes de sua origem, estrutura e forma de integração ao direito pátrio, tais como uma posição privilegiada frente à legislação comum<sup>19</sup> e a impossibilidade de sua revogação pura e simples por ato normativo interno (SCHÄFER; GOMES; PREVIDELLI, 2017).

---

18 A forma de aprovação dos tratados internacionais – maioria simples ou qualificada – encontra-se sujeita ao arbítrio do relator do Projeto de Decreto Legislativo no Congresso Nacional. Com efeito, não há obrigatoriedade da adoção do rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. A respeito, v. GOMES, 2018, p. 67-68.

19 Os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional segundo o rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal apresentam eficácia equivalente às emendas constitucionais, enquanto aqueles aprovados por maioria simples possuem eficácia supralegal, segundo a orientação jurisprudencial fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343 (BRASIL. 2009b).

Além disso, os tratados internacionais implicam obrigações ao Estado como um todo, mostrando-se inviável a invocação das disposições do ordenamento jurídico doméstico – inclusive de hierarquia constitucional – para justificar seu descumprimento, consoante dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (BRASIL, 2009a), bem como as divisões internas de competência entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e entre a União Federal, Estados e Municípios, no caso das Federações.

Quanto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, trata-se de órgão internacional, diretamente vinculado à Organização dos Estados Americanos, a quem incumbe receber a notícia de violações aos Direitos Humanos nos Estados submetidos à sua autoridade, cumprindo-lhe investigar os fatos, buscar a composição entre o Estado e as vítimas (inclusive propondo mudanças legislativas, jurisdicionais e administrativas) e, caso frustradas as possibilidades de resolução da controvérsia, levar o caso à CorteIDH, conforme disposto nos artigos 45 a 51 da CADH (BRASIL, 1992).

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a atribuição precípua de interpretar não apenas o Pacto de San José da Costa Rica mas também todos os tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelos Estados que se submetem à sua jurisdição obrigatória, seja por meio de Opiniões Consultivas, seja no exercício da função jurisdicional (provisional, de mérito ou em cumprimento de sentença), inclusive impondo penalidades aos Estados em caso de descumprimento das obrigações convencionalmente assumidas, consoante previsto nos artigos 62 a 69 da CADH (BRASIL, 1992).

Vale destacar que esses órgãos internacionais – a CIDH e a CorteIDH – atuam somente mediante provocação, e um dos requisitos para que seja instaurado qualquer procedimento é o prévio esgotamento dos recursos jurídicos existentes no ordenamento jurídico doméstico. Em outras palavras, tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana agem apenas em caráter subsidiário, quando demonstrada a ausência de solução no plano interno (HITTERS, 2015).

Nesse sentido, cumpre ao Estado, em primeiro lugar, cumprir as obrigações assumidas perante a comunidade internacional, buscando soluções para as situações de violação aos tratados internacionais de Direitos Humanos por ele firmados. Afinal, são os seus agentes que se encontram

imersos na realidade social, econômica e cultural em que surgiram as situações de violação, encontrando-se melhor aparelhados quanto aos instrumentos jurídicos e administrativos necessários para resolvê-las (DULITZKY, 2015).

Em outras palavras, o Estado é o protagonista na promoção e proteção dos direitos humanos dentro do seu território, devendo adotar as medidas – administrativas, legislativas e judiciais – para o seu cumprimento (TEIXEIRA; KÖCHE, 2013), inclusive em atenção ao disposto no artigo 2 da CADH.

Assim, os órgãos internacionais vêm tendo uma atuação diferenciada no que se refere à promoção e defesa dos direitos humanos, reconhecendo direitos, sugerindo medidas para que sejam cessados eventuais descumprimento das obrigações convencionais – no âmbito da Comissão – e impondo penalidades aos Estados em caso de violação dos direitos previstos nos tratados internacionais de Direitos Humanos – no caso da Corte Interamericana<sup>20</sup>.

Apresentados os caracteres especiais dos tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil e da atuação dos órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, passamos à análise das perspectivas do cumprimento das obrigações convencionais no Brasil contemporâneo.

## 4 Cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil contemporâneo

O cumprimento dos tratados internacionais de Direitos Humanos é um assunto que sempre gera alguma polêmica. Apesar de os Estados celebrarem diversos pactos, no plano internacional, visando à proteção dos indivíduos e dos grupos sociais em situação de vulnerabilidade, tem sido bastante difícil a efetiva implementação dos direitos (HUNEEUS, 2011).

---

20 Vale destacar que a CorteIDH não se confunde com um tribunal recursal ordinário, mas sim de um órgão jurisdicional responsável pela interpretação autêntica da CADH e dos demais tratados internacionais de Direitos Humanos, estabelecendo precedentes que vinculam todos os Estados que se encontram sujeitos à sua jurisdição, independentemente de terem ou não sido parte no julgamento internacional (GARCÍA RAMÍREZ, 2015).

Tal discussão não se limita ao momento político brasileiro atual, tratando-se de uma espécie de tradição brasileira. Nesse sentido, vale lembrar que, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso, houve a incorporação da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho ao ordenamento jurídico pátrio (em abril de 1996), a qual dispõe sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, delimitando suas hipóteses e fixando casos de estabilidade do empregado (BRASIL, 1996a). Alguns meses depois, em novembro de 2019, diante de pressões dos empresários nacional, o Sr. Presidente da República denunciou o tratado internacional (BRASIL, 1996c).

Ao analisar o cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, Alexandra Huneeus (2011) apontou que a probabilidade de cumprimento aumenta na proporção inversa da quantidade de agentes estatais que devem atuar no caso concreto. Assim, quando há apenas obrigação de efetuar o pagamento de indenização pecuniária à vítima ou aos seus sucessores, mostra-se mais fácil dar efetividade à decisão interamericana. Por sua vez, quando há necessidade de modificações legislativas, de criação de órgãos públicos, de treinamento de pessoal e de investigação de crimes, há maior dificuldade para que tais penalidades sejam cumpridas.

Raciocínio similar pode ser aplicado para os tratados internacionais de Direitos Humanos: em muitos casos, há apenas a incorporação do texto da convenção ao ordenamento jurídico interno, sem maiores preocupações com sua efetividade. Em outras situações, mostra-se necessário realizar diversos atos – criação de órgãos públicos, treinamento de pessoal, modificações legislativas –, o que dificulta o efetivo cumprimento das disposições convencionais, especialmente diante dos custos necessários para a implementação de tais medidas, especialmente em um quadro de constante escassez de recursos públicos.

Destaca-se o fato de o Brasil ter firmado e ratificado a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (BRASIL, 1996b). No entanto, o cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional realizou-se somente em virtude de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Maria da Penha Maia Fernandes (CIDH, 2001).

Houve, no caso, um verdadeiro esforço do Estado como um todo para modificar as estruturas administrativas, judiciais e legal para promover a defesa da mulher vítima de violência doméstica, com a promulgação da Lei Maria da Penha, criação de delegacias de polícia voltadas para tais delitos e de Varas Judiciais com competência para o julgamento dos casos de crimes praticados em situação de violência doméstica, além de treinamento de servidores públicos para o atendimento às vítimas (BRASIL, 2006).

Em sentido contrário, observa-se que as penalidades impostas ao Brasil no julgamento do Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil pela Corte Interamericana não foram integralmente cumpridas, sendo notória a controvérsia instaurada entre os julgamentos proferidos em San José, pela Corte IDH (2010), em que foi reconhecida a inconvenção da Lei de Anistia (Lei nº. 6.683/1979), e aquele proferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, que declarou a constitucionalidade do referido ato normativo (BRASIL, 2010).

Vale lembrar que ainda não transitou em julgado o acórdão proferido no âmbito doméstico, encontrando-se pendentes de julgamento os Embargos de Declaração opostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A situação política atualmente vigente no Brasil, sob o governo de Jair Bolsonaro, mostra-se refratária ao cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos. O atual Presidente da República pode ser descrito como um “... político nítida e assumidamente de direita, (...) [com] uma pauta de valores ultraconservadora, apoiado em um partido que só existe por força do efeito de arraste de sua candidatura.” (ABRANCHES, 2018)

As declarações do Presidente da República, tanto por meio da mídia quanto das redes sociais, tendem para uma postura completamente contrária à promoção e à proteção dos indivíduos e grupos sociais em situação de vulnerabilidade, reconhecendo que “[a] política de direitos humanos estaria destinada a proteger o bandido, o criminoso, enquanto os homens de bem e as forças de segurança estariam desprotegidas...” (GALEGO, 2018, p. 103)

Vale apontar, a título ilustrativo, uma das mais recentes polêmicas criadas pelo Chefe do Poder Executivo brasileiro, relativa à morte de qua-

tro presidiários que estavam sendo transportados de Altamira para Belém, no Estado do Pará, a qual demonstra a desconsideração para com a vida humana e a discriminação em relação àqueles que se encontram sob a custódia do Estado:

O presidente Jair Bolsonaro (PSL) defendeu nesta quarta-feira, 31, o trabalho forçado para presos no Brasil. Ele ponderou que a Constituição proíbe tal penalidade, mas disse que é seu “sonho” a existência de presídios agrícolas no País. Ele também afirmou que os quatro presos que estariam envolvidos no massacre de Altamira, no sudoeste do Pará, e que foram mortos na noite desta terça-feira, 30, por sufocamento dentro do caminhão-cela que os transferia para unidades de Belém morreram porque “com toda certeza, deviam estar feridos”. Segundo o presidente, “*problemas acontecem*”.

(...)

“Eu sonho com um presídio agrícola. É cláusula pétreia, mas eu gostaria que tivesse trabalho forçado no Brasil *para esse tipo de gente*, mas não pode forçar a barra. Ninguém quer maltratar presos nem quer que sejam mortos, *mas é o habitat deles, né?*”, disse. (HAUBERT, 2019) (grifei).

Ao menos aparentemente, o Chefe do Poder Executivo brasileiro coloca-se em uma posição de superioridade em relação às dos demais agentes políticos, membros do Poder Judiciário e Legislativo, descumprindo o que Conrado Hübner Mendes denomina “regra de ouro da democracia”: tanto os vencedores quanto os derrotados em uma eleição respeitem as regras de convivência, de forma que a competição continue na rotina política até que sobrevenha uma nova eleição (MENDES, 2018).

Diante desse quadro, mostra-se pouco provável que os tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil venham a ser cumpridos pelo atual governo brasileiro, cumprindo à sociedade civil, aos advogados e – especialmente – ao Poder Judiciário, somar esforços para proteger os indivíduos e os grupos sociais que se encontram em situação de vulnerabilidade.

## 5 Considerações Finais

O objetivo central do presente estudo é apresentar questionamentos sobre o cumprimento, no atual momento político por que passamos, dos tratados internacionais de Direitos Humanos celebrados pelo Brasil.

A eleição de Jair Bolsonaro para o cargo de Presidente da República consolida um movimento à direita na democracia brasileira, fundado em discursos nacionalistas e de proteção aos valores cristãos e da família tradicional, com conseqüente desconsideração dos indivíduos e grupos sociais vulneráveis.

Por sua vez, os tratados internacionais de Direitos Humanos constituem atos normativos especiais, que representam compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro – e não de um determinado governo – perante a comunidade internacional, e cujo descumprimento pode implicar responsabilização perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Observa-se que o Chefe do Poder Executivo brasileiro tem tomado atitudes que não se coadunam com os deveres de garantir as prerrogativas das vítimas (potenciais e efetivas) de violação dos Direitos Humanos, conferindo legitimidade para discursos e crimes de ódio e outros atos de discriminação contra os indivíduos e os grupos sociais que o Estado comprometeu-se, no plano internacional, a proteger.

Nesse contexto, mostra-se pouco provável que os tratados internacionais de Direitos Humanos venham a ser respeitados no atual contexto político brasileiro, cabendo às entidades da sociedade civil e às instituições democráticas – em especial o Poder Judiciário – promover a proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade.

O presente estudo não pretende esgotar a matéria. Pelo contrário, procura indicar caminhos para o aprofundamento da questão abordada.

## 6 Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: VÁRIOS AUTORES. **Democracia em Risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Livro eletrônico disponível em <<http://a.co/aaEWUCS>>.

APPIO, Eduardo. Os Juízes e o Controle de Convencionalidade no Brasil. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 181-212.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 03 jul. 2019

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 678, de 08 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4463, de 08 de novembro de 2002.** Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 1.855, de 10 de abril de 1996.** Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1855.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2017.

- \_\_\_\_\_. **Decreto nº. 2.100, de 20 de dezembro de 1996.** Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d2100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 153.** Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 16 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343,** Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 22 maio 2016.

- CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Livro eletrônico disponível em <<http://a.co/eAaUIcb>>.
- CIDH. **Relatório Anual 2000 nº 54/01, Caso 12.051**. Maria da Penha Maia Fernandes. Washington DC, 04 de abril de 2001. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2017.
- CORTEIDH. **Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- DULITZKY, Ariel E.. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**. v.50, n.1, 2015, p. 45-93. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em 08 jan 2017.
- FREIXO, Adriano de; PINHEIRO MACHADO, Rosana. Dias de um futuro (quase) esquecido: um país em transe, a democracia em colapso. PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). **Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019. p. 09-24.
- GALLEGO, Esther Solano. Quem é o Inimigo? Retóricas de inimizade nas redes sociais no período 2014-2017. PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). **Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019. p. 83-98.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some pertinent questions. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**. Notre Dame, v.5, n.1, p. 115-152, 2015. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&-context=ndjicl>> Acesso em 15 Dez 2016

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O Controle de Convencionalidade no Poder Judiciário: Da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Porto: Juruá, 2018. 175 p.

HAUBERT, Mariana. ‘Problemas acontecem’, diz Bolsonaro sobre presos mortos em transferência. **Estadão**. São Paulo, 31 jul. 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,deviam-estar-feridos-diz-bolsonaro-sobre-presos-mortos-em-transferencia,70002949177>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). **Estudios Constitucionales**. Santiago, v.13, n.1, 2015, p. 123-162. Disponível em <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000100005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 05 mar. 2017.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce Human Rights. **Cornell International Law Journal**. Cornell, v.44, n.3, 2011, p. 493-533. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/2/>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

MAIA, Tatiana Vargas; PONTIN, Fabrício. Cidadania, semi-cidadania e democracia no Brasil contemporâneo. **Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019. p. 144-160.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1.273 p.

MENDES, Conrado Hübner. A política do pânico e circo. VÁRIOS AUTORES. **Democracia em Risco: 22 ensaios sobre o Brasil hoje**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Livro eletrônico disponível em <<http://a.co/aaEWUCS>>

MESSENERG, Debora. A Cosmovisão da “nova” Direita Brasileira. PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). **Brasil em Transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019. p. 25-49.

MIGUEL, Luis Felipe. Há solução sem revolução? PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (orgs.). **Brasil em Transe: Bolsonaroismo, Nova Direita e Desdemocratização**. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019. p. 99-119.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 423 p.

SCHÄFER, Gilberto; GOMES, Jesus Tupã Silveira; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. O que há de novo no front? Considerações sobre os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e a legislação doméstica. **Anais da XIII Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação – SEPesq**. Porto Alegre: Centro Universitário Ritter dos Reis, 2017. Disponível em: <[https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos\\_trabalhos\\_20172/4924/1905/2328.pdf](https://www.uniritter.edu.br/files/sepesq/arquivos_trabalhos_20172/4924/1905/2328.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um Direito sem Estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v.10, n.2, 2013. p. 86-100. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2561/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

# A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE AOS DEFICIENTES

*Rafael Haruo Rodrigues de Aguiar*

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) prevê a igualdade material entre todos. Assim sendo, é de responsabilidade do governo criar condições capazes de fazer com que as pessoas que enfrentam situações desiguais consigam atingir os mesmos objetivos. Para isso, o Estado se coloca como promotor dos direitos individuais e sociais, e faz isso por meio de políticas públicas de inclusão das minorias e dos mais vulneráveis, seja por questões financeiras, econômicas e sociais, ou por limitações motoras ou emocionais.

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme se constatará no desenvolver deste trabalho, se apresenta repleto de normas no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Como não poderia deixar de ser, o que respalda referida proteção é a própria Lei Fundamental pátria, que determina como competência material de todos os entes da Federação proteger e garantir a saúde e assistência pública das pessoas portadoras de deficiências (art. 23, inc. II).

Para mais, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência retrata o conceito de pessoas com deficiência em seu artigo I, item 1, como aquelas que possuem restrição física, mental ou sensorial, de natu-

reza permanente ou transitória, limitativa da capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Pois bem, o direito à acessibilidade decorre do próprio reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeitos de direito dignas de proteção especial do Estado e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras conquistas, é fruto de muitas lutas e embates políticos, muitas das vezes diante da omissão da Administração e com total invisibilidade perante a sociedade (LANNA JUNIOR, 2010, p. 12).

Na ordem infraconstitucional tal tema só ganhou tratamento específico com os adventos das Leis nacionais n° 10.048/2000 e n° 10.098/2000, sendo ambos os diplomas regulamentados pelo Decreto n° 5.296/2004, que estabeleceu uma série de prazos para que o Poder Público e o particular pudessem se adequar às regras de acessibilidade.

Nesse sentido, é inegável a roupagem de direito fundamental que a acessibilidade passa a ter no contexto social da deficiência.

Mas o que se entende por acessibilidade?

Segundo Ana Paula de Barcellos e Renata Ramos Campante (2012, n.p), trata-se de

mecanismo por meio do qual se vão eliminar as desvantagens sociais enfrentadas pelas pessoas com deficiência, pois dela depende a realização dos seus demais direitos. Não é possível falar em direito das pessoas com deficiência à educação, à saúde, à inserção no mercado de trabalho, ou quaisquer outros direitos, se a sociedade continuar a se organizar de maneira que inviabilize o acesso das pessoas a tais direitos, impedindo-as de participar plena e independentemente do convívio social. A acessibilidade, nesse sentido, é uma pré-condição ao exercício dos demais direitos por parte das pessoas com deficiência.

Dessarte, pode-se dizer que a acessibilidade se traduz num complexo de providências com o escopo de elidir todos os obstáculos e embaraços sociais – não só de ordem física, como também aqueles atinentes à informação, aos serviços, aos transportes e etc. –, de maneira a garantir às pessoas com deficiência o acesso, em equivalência de oportunidades com

as demais pessoas, às essenciais condições para o total e independente gozo de suas potencialidades e da convivência social.

Portanto, crê-se que a acessibilidade se caracteriza sob duas perspectivas: direito substantivo propriamente dito, bem como um instrumento para fazer valer outros interesses juridicamente tutelados.

É fato que o direito à acessibilidade ganha destaque no viés de eliminação de barreiras arquitetônicas – inclusive quanto à adaptação de logradouros e estruturas de prédios públicos – e no que concerne à adaptação de veículos de transporte público.

Dito isso, e considerando que o princípio da máxima efetividade se traduz na ideia segundo a qual uma norma constitucional deve dispor de interpretação e aplicação que lhe dê a maior eficácia possível, buscando a efetividade quando da realização do Direito, o que lhe possibilitaria a concretização de sua função social (CANOTILHO, 2003, p. 227), é possível asseverar que no caso de conduta, geralmente omissiva, por parte do Poder Público, não estará ele livre do cumprimento de mandamentos constitucionais, tal como a isonomia material que o direito à acessibilidade pretende.

Nesse sentido, o direito à acessibilidade, infelizmente, tende a figurar como objeto de discussões em demandas judiciais. Nessa toada, a Suprema Corte pátria tem deliberado em desfavor da Administração, obrigando o Poder Público a providenciar adaptações necessárias para a efetivação do direito em comento.

Desse modo, o objeto do presente estudo é a judicialização de políticas públicas de acessibilidade aos deficientes, mormente em vista de sua fundamentalidade quanto ao exercício da cidadania plena por aqueles que nestas condições se encontram.

Tem-se por objetivo geral tratar do conceito de política pública, em especial quanto às políticas de inclusão dos deficientes, entendendo que a acessibilidade é um direito fundamental de tais pessoas e que, por esse motivo, é objeto de judicialização quando não pode ser efetivamente exercido.

Como objetivos específicos, pretende-se:

- a. tratar do conceito de política pública e de tal tema na CRFB;
- b. discorrer sobre as políticas públicas nacionais voltadas aos deficientes; e

- c. analisar a judicialização das políticas públicas de acessibilidade aos deficientes físicos no Brasil.

## 1. CONCEITO DE POLÍTICA PÚBLICA

Governar significa, principalmente, enfrentar problemas e aproveitar oportunidades. Um plano organiza sequências estratégicas de ações para atacar adversidades selecionadas (segundo avaliações de pertinência e viabilidade, sob múltiplas perspectivas) e enseja, em simultâneo, a preparação para lidar com surpresas e oportunidades. Os dirigentes políticos declaram distúrbios e respondem pelas ações. Desse modo, é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade. Tal ação deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito de legitimidade e de legitimação. A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais, o que se dá pelas políticas públicas.

Segundo Felipe de Melo Fonte (2015, n.p), “políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública”.

Destarte, e sem a intenção de exaurir o conceito neste trabalho, as políticas públicas são as orientações, os princípios de governo, as normas e procedimentos para as relações entre governo e sociedade, a mediação entre os atores da sociedade e do Estado. São leis, programas, linhas de crédito ou sistemáticas feitas em documentos que orientam as ações e, geralmente, envolvem a aplicação de recursos públicos.

As políticas públicas são refletidas no processo de elaboração, implementação e, acima de tudo, nas suas conclusões do exercício do poder político, que envolve a distribuição e redistribuição de poder, o papel dos conflitos sociais na fabricação, despesas de distribuição e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve diferentes atores com diferentes interesses e projetos, e até mesmos contraditórios, mediações sociais e institucionais são necessárias para que seja possível a obtenção de um consenso mínimo e, portanto, as políticas públicas possam ser legitimadas e eficazes.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do Direito a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais. A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais (BUCCI, 2013, n.p).

Busca-se a superação das desigualdades via políticas públicas de proteção e de desenvolvimento social, que são implementadas por meio de programas concebidos a partir da identificação de problemas e necessidades dos administrados, sendo essas as diretrizes básicas para formulação dos programas.

Para Maria Paula Dallari Bucci (2013, n.p), política pública é o programa de ação governamental que advém de um processo (ou conjunto deles) juridicamente ordenado – processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial – visando sistematizar e metodizar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Em um modelo ideal, deve a política pública selecionar suas prioridades e realizar objetivos definidos, garantindo os meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento.

Para mais, a autora supracitada ainda assevera que a política pública tem um componente de ação estratégico, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas — são as chamadas *políticas de Estado* —, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, as *políticas de governo*. A nota característica da política pública é tratar-se de programa de ação. Nesse sentido, ao situar-se entre as categorias da validade e da eficácia jurídica, na classificação kelseniana, ressalta-se na política pública a dimensão da eficácia social, a chamada efetividade.

Dito isso, não é demasiado assentar que as políticas públicas podem ser alojadas – sob o ângulo da atividade – como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente expressivos, notadamente plasmados na distribuição

e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.

As políticas públicas, porém, não se limitam à organização da ação do Estado sobre a sociedade. Ao estabelecer metas (e os caminhos para a consecução dessas metas), as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, os agentes econômicos, as organizações da sociedade civil e também os particulares, como indica uma rápida lançada de olhos sobre políticas econômicas ou sociais de saúde, de educação, de trabalho e etc., haja vista o disposto no ordenamento jurídico pátrio.

## 2.POLÍTICAS PÚBLICAS NA CRFB

Na Constituição da República de 1988 constam referências às políticas públicas, como no caso da política de crédito, de câmbio, de transportes (art. 22, incs. VII e IX) e de educação para a segurança do trânsito (art. 23, inc. XII).

Pode-se afirmar que a CRFB se tornou o marco positivado do monitoramento e avaliação de políticas públicas no Brasil quando, por exemplo, instituiu o plano plurianual (PPA), sendo de competência privativa do Presidente da República o seu encaminhamento ao Congresso Nacional mediante projeto de lei. Aqui, toma-se como ponto de partida o ano de 1988, quando a Constituição vigente, em seu art. 165, estatuí, além do PPA, a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e unifica os orçamentos anuais (fiscal, da seguridade social e de investimento das estatais).

Nota-se que as leis orçamentárias são ferramentas jurídicas de substancial relevância para o prognóstico e execução das políticas públicas, determinando (quantitativa e qualitativamente) as ações administrativas, metas e prioridades a serem concretizadas durante a respectiva vigência, afora tratar-se de significativo parâmetro de controle da gestão pública no que tange ao planejamento traçado e às prioridades definidas (PINHEIRO, 2015, n.p).

Uma leitura do art. 165, § 1º, da CRFB, revela a intenção do Constituinte Originário, quanto ao monitoramento sobredito.

Cumprido esclarecer que o PPA é concebido para abranger o interregno que se inicia no segundo ano de um mandato presidencial e tem fim no primeiro ano do mandato subsequente.

Por sua vez, a LDO é delineada para fazer a articulação e o ajustamento conjuntural do PPA com o orçamento anual (art. 165, § 2º, da CRFB).

A LDO e os orçamentos anuais têm de ser compatíveis com o que dispõe o PPA, bem como todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição ou quaisquer outros instituídos durante um período de governo. Nenhum investimento cuja execução ultrapassar um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no PPA ou sem lei que autorize tal inserção, sob pena de crime de responsabilidade.

De mais a mais, as emendas parlamentares às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual somente serão apreciadas pela comissão mista pertinente do Congresso Nacional se compatíveis com o PPA. Ou seja, o PPA é concebido com um evidente caráter coordenador das ações governamentais e com o poder de subordinar a seus propósitos todas as iniciativas que não tenham sido inicialmente previstas, o que demonstra a atenção que o Constituinte já tracejava na década de 80, ainda que de forma ecumênica, à implementação factual das políticas públicas.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS NACIONAIS VOLTADAS AOS DEFICIENTES

A deficiência é uma peripécia global, seguidamente associada à pobreza, com impactos políticos, econômicos, culturais e sociais, e implicações para a sociedade como um todo.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas, estima-se que 15,3% da população mundial (cerca de 978 milhões de pessoas dos estimados 6,4 bilhões de habitantes em 2004) possuíam deficiências graves ou moderadas, enquanto 2,9% ou cerca de 185 milhões enfrentavam deficiências graves. Segundo dados do Censo IBGE 2010, há no Brasil cerca de 45,6 milhões de pessoas com deficiência, o que corresponde a 23,92% da população brasileira (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012).

Diante disso, percebe-se uma mobilização dos vários segmentos da sociedade em prol das demandas das pessoas com deficiência, o que viabilizou um avanço no processo de politização dos sujeitos sociais, contribuindo para que o próprio Estado assumisse a responsabilidade em desenvolver políticas públicas destinadas a atender as demandas desse grupo social (FRANÇA; PAGLIUCA; 2008, p. 27).

Nesse sentido, a Constituição da República proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (art. 7º, inc. XXXI). Outrossim, o art. 23, inc. II, da Lei Suprema, prevê que é competência comum dos Entes da Federação cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Igualmente, o art. 24, inc. XIV, do Texto Fundamental, define que é competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e integração social das pessoas com deficiência. Ademais, há previsão constitucional de reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (art. 37, inc. VIII).

Na seção dedicada à saúde, o Texto Constitucional a define como um direito de todos e dever do Estado, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para mais, os termos “habilitação” e “reabilitação” das pessoas com deficiência surgem na divisão destinada à assistência social – art. 203 da CRFB –, assim como a promoção de sua integração à vida comunitária. Referida segmentação trata ainda do benefício de um salário mínimo mensal para as pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

No que tange à educação, a Lei Máxima garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, inc. III).

Pois bem, seguindo os mandados constitucionais sobreditos, o legislador pátrio ditou normativas infraconstitucionais com vistas a tutelar interesses das pessoas com deficiência.

Destarte, em 1994, a Lei nº 8.899 instituiu o passe livre às pessoas com deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 3.691/2000.

No ano seguinte, a Lei n° 8.989 estabeleceu a isenção do imposto sobre produtos industrializados na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência física.

Cinco anos mais tarde, com o advento do Decreto n° 3.298/1999, que regulamentou a Lei n° 7.853/89, fora estabelecido o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, o CONADE, como órgão superior de deliberação colegiada, cuja atribuição principal se traduz em garantir a efetiva implementação da Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Após, a Lei Nacional n° 10.048/2000 abordou o atendimento prioritário e a acessibilidade nos meios de transportes em prol das pessoas com deficiência, estabelecendo, inclusive, penalidades em caso de seu descumprimento.

Entretanto, somente com o advento da Lei n° 10.098/2000 o ordenamento jurídico nacional preceituou o vocábulo “acessibilidade”, traduzindo-o como a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 2º).

Nesse diapasão, em 2004, o Decreto n° 5.296, chamado de decreto da acessibilidade, regulamentou ambas as leis de 2000 acima ditas, ampliando o tema a espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, edificações, serviços de transporte e dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação.

Para mais, o art. 35 do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispôs como finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Ademais, a Lei n° 8.213/91 definiu que todas as empresas privadas com mais de cem empregados deveriam preencher entre 2% e 5% de suas vagas com trabalhadores beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, conforme proporção fixada no art. 93, incs. I

a IV. Em que pese a determinação legal, a exígua escolaridade e a insuficiência de qualificação profissional são destacadas como razões basilares do não recrutamento de pessoas com deficiência, além do indispensável ajustamento na infraestrutura física dos empregadores para que os espaços possam ser propícios ao ofício e à locomoção dos profissionais (ESTADO DE MINAS, 2018).

Todavia, mesmo todo o arcabouço normativo supramencionado não se mostra apto a viabilizar integralmente o direito à acessibilidade, mormente se considerado sob a perspectiva material outrora aludida, motivo pelo qual a judicialização – com vistas à concretização de tal interesse fundamental – acaba constituindo, muitas vezes, a realidade nacional.

#### 4. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE AOS DEFICIENTES FÍSICOS NO BRASIL

Conforme dito alhures, a acessibilidade também apresenta-se como fator de instrumentalização da dignidade das pessoas com deficiência. A Constituição da República garantiu referido direito; além disso, determinou que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nesse sentido, qualquer pessoa que tenha seu direito de acessibilidade não implementado pode provocar o Poder Judiciário com vistas à sua concretização.

Portanto, é indubitável a roupagem de direito fundamental que a acessibilidade detém na conjuntura social.

A principal abordagem constitucional acerca do direito à acessibilidade está contida na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n° 6.949/2009, revestido de força normativa constitucional, pois fora aprovado na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB.

O art. 9 da supracitada Convenção afirma que os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e à comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural, com o escopo de possibilitar às pessoas com deficiência

viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida. Tais medidas, ademais, deverão incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade.

É sabido que os princípios constitucionais são as normas proclamadas pelo Poder Constituinte como sustentáculos ou parâmetros substanciais da ordenação jurídica que implementa. A exegese constitucional deve principiar pela compreensão do vetor mor que arrebatava o assunto a ser analisado, partindo do mais genérico ao mais específico, até atingir e desvendar a regra concreta que conduzirá à espécie.

Em consonância com o dito antes, o princípio da máxima efetividade rege a ideia de que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2010, p. 255).

Assim, a efetividade dos direitos sociais é imprescindível ao Estado Democrático de Direito e, na hipótese de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, deverá o Judiciário intervir para concretizá-los.

No caso de garantia à acessibilidade aos deficientes físicos tem-se o exemplo do Recurso Extraordinário 440.028. Na ocasião, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao apelo, por unanimidade, ordenando que o Estado de São Paulo empreendesse reformas e adaptações essenciais na escola estadual Professor Vicente Teodoro de Souza, em Ribeirão Preto, com vistas a salvaguardar o pleno acesso de pessoas com deficiência.

O Ministro Marco Aurélio, então relator, frisou que, não obstante a situação levada à Corte Suprema estivesse relacionada a uma única escola, se trataria de sinalização genuína do STF no que tange à imprescindibilidade de se honrar os direitos fundamentais. Isso porque, os fundamentos jurídicos então asseverados se difundiriam, atingindo um sem número de prédios públicos.

O caso refere-se a uma ação civil pública, proposta pelo Ministério Público de São Paulo, com vistas a concretizar reformas necessárias na escola, após verificar-se que os alunos com deficiências que demandavam servir-se de cadeiras de rodas não dispunham de acesso aos pavimentos

superiores do prédio, o que inviabilizava a frequência deste grupo de discentes a algumas salas de aula, visto que o acesso ocorria exclusivamente por escadas.

Além disto, verificou-se que a escola continha obstáculos nas entradas, com degraus que tolhiam a passagem de cadeirantes, bem como a carência de infraestrutura adequada, pois os banheiros eram unicamente do tipo usual, sem equipamentos fundamentais para garantir o acesso seguro.

Em primeira instância, a demanda foi julgada improcedente, dado que o Tribunal de Justiça Paulista deu prevalência à disponibilidade orçamentária do Estado e à separação dos Poderes, o que vedaria o controle de implementação de políticas públicas pelo Judiciário.

Ocorre que a Corte Suprema consentiu com o pleito do *Parquet*, inferindo pela possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, contanto que:

1. a política pública pretendida desfrute de natureza constitucional;
2. haja conexão entre ela e os direitos fundamentais; e
3. reste comprovada conduta omissiva ou insuficiente prestação por parte do Poder Público, inexistindo motivação coerente para tanto.

E foi exatamente esse o entendimento da Primeira Turma do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 440.028, vale dizer, a questão discutida em juízo continha todos os pressupostos listados acima.

Para o STF, o direito à acessibilidade goza de *status* constitucional, visto que a CRFB é clara ao estabelecer que deve ser assegurado, nos prédios e edifícios públicos, o acesso apropriado pelos deficientes (conforme arts. 227, § 2º e 244).

Ora, considerando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não haveria como desqualificar a estatura constitucional do direito em questão.

Para mais, conforme dito alhures, a acessibilidade foi formalmente reconhecida como direito fundamental previsto na Convenção de Nova York, assinada 30/03/2007, aprovada no Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, que assim estabelece:

*Artigo 9**Acessibilidade*

*1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:*

*a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;*

Repisa-se, inclusive, que os princípios e regras constantes da Convenção sobredita detêm *status* de Emenda à Constituição, visto que internalizada sob o rito vaticinado no art. 5º, § 3º, da CRFB/88.

Outrossim, não se pode olvidar que o direito à educação – de igual estatura constitucional – deve observar o princípio da isonomia, visto que o ensino será ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, inc. I, CRFB).

Ora, os avanços arquitetônicos que coíbem a mobilidade das pessoas deficientes violam o disposto na Lei Fundamental, na medida em que alocam aqueles que possuem locomoção reduzida em desvantagem quanto às demais pessoas.

Assim, O STF entendeu presente a correlação entre a política pública ambicionada e os direitos fundamentais à acessibilidade e à educação.

Por fim, a Corte Máxima não vislumbrou justificativa razoável para tal omissão estatal.

De mais a mais, nenhuma política pública alternativa com o intuito de realizar o ônus constitucional foi apresentada pela Administração.

Além disso, a mera carência de pessoas com deficiência matriculadas na escola não legitimaria a escusa pretendida pelo Estado, pois tal falta é capaz de dar-se, justamente, pelo fato do local não disponibilizar condições de acessibilidade.

Isso posto, o STF acolheu o pedido ministerial, julgando procedente a ação civil pública.

No mesmo sentido, foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma. REsp 1607472-PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2016 – Info 592). Nos termos da ementa do apelo citado,

5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

6. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

7. Ademais, tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

À vista disso, não se revela ilídima a determinação, pelo Judiciário, para que a Administração Pública realize obras de acessibilidade nos prédios públicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se conceituar políticas públicas como sendo o conjunto de planos e programas de ação governamental voltado à intervenção no domínio social, por meio dos quais são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição.

As políticas públicas são refletidas no processo de elaboração, implementação e, acima de tudo, nas conclusões do exercício do poder político. Como o poder é uma relação social que envolve diferentes atores com diferentes interesses e projetos, mediações sociais e institucionais são necessárias para que seja viabilizado um consenso mínimo e, portanto, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia.

As políticas públicas incorporam, estrategicamente, componentes sobre ações necessárias e possíveis em determinado instante, naquele conjunto institucional e arquitetam para o futuro mais próximo. Não se encerram à organização da ação do Estado sobre a sociedade. Pelo contrário. Ao estabelecer metas e os rumos para o êxito dessas, as políticas públicas atam, além dos órgãos e entidades estatais, também agentes econômicos, organizações da sociedade civil e particulares.

A ingerência do Estado no domínio social e econômico é fomentada através de diversas políticas públicas, que conferem racionalidade, coesão e eficiência ao desempenho do mister administrativo.

No entanto, nem sempre tal promoção ocorre satisfatoriamente, pois a deliberação acerca dos dispêndios públicos goza de caráter político, dado que somente algumas necessidades públicas conseguem ser satisfeitas em virtude da escassez de recursos. Nesse diapasão, os direitos fundamentais são permanentemente garantidos de maneira fracionada, o que permite dizer que a acessibilidade nem sempre será atendida, visto que ao se tutelar um certo direito compromete-se infalivelmente outro.

Ocorre que o direito à acessibilidade apresenta-se como fator de instrumentalização da dignidade das pessoas com deficiência. Dessarte, em vista de seu descumprimento, total ou parcial, poderá o lesado provocar o Judiciário, pois a própria CRFB assim garantiu. Mais do que isso, a Lei Suprema qualificou a acessibilidade como direito prioritário, o que deságua no afastamento do argumento, por parte da Administração, de incidência da reserva do possível.

Obviamente, não se pode descuidar do fato de que uma ordem judicial impondo a implementação de uma obra inicialmente não prevista poderá ser afastada se restar constatada a inexistência absoluta de disponibilidade financeira para tanto ou, ainda, se o recurso então disponível estiver programado para a concretização de outro direito fundamental, o que só poderá ser analisado caso a caso.

Contudo, frisa-se, a acessibilidade se traduz em direito essencial inserido no conceito de mínimo existencial, não havendo, num primeiro momento, empecilho para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários da Administração, principalmente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do ente da federação, sob pena de consentir com ilícita inércia estatal.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.949/2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.607.472**. 15 de setembro de 2016. Brasília. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1539090&num\\_registro=201601554318&data=20161011&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1539090&num_registro=201601554318&data=20161011&formato=PDF)>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 440.028**. 29 de outubro de 2013. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=252231>>. Acesso em: 06 mai. 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. Não paginado
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

ESTADO DE MINAS. **Desafio é a inclusão profissional de pessoas com deficiência: No Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, comemorado hoje, rede de restaurantes tem no quadro 72 funcionários em toda Minas Gerais, 35 deles em Belo Horizonte.** Estado de Minas. Belo Horizonte, 2018. Não paginado. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/emprego/2018/12/03/interna\\_emprego,1009458/desafio-e-a-inclusao-profissional-de-pessoas-com-deficiencia.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/emprego/2018/12/03/interna_emprego,1009458/desafio-e-a-inclusao-profissional-de-pessoas-com-deficiencia.shtml)>. Acesso em: 8 mai. 2019.

FERRAZ, Carolina Valença *et al.* **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012. Não paginado

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

FRANÇA, I.S.X.; PAGLIUCA, L.M.F. **Inclusão social da pessoa com deficiência: conquistas, desafios e implicações para a enfermagem.** Rev. Esc. Enferm. USP. 2008.

LANNA JUNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil.** Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. 443 p.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. **Políticas públicas nas Leis Orçamentárias.** São Paulo: Saraiva, 2015. Não paginado

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Avanços das Políticas Públicas para as Pessoas com Deficiência: Uma análise a partir das Conferências Nacionais.** Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Brasília, 2012. 63 p. Disponível em: <<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-avancos-politicas-publicas-pcd.pdf>> Acesso em: 6 mai. 2019.

# O RACISMO ESTRUTURAL PRESENTE NA VIOLÊNCIA SELETIVA E NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.

*Antonio Carlos Gomes Ferreira*

*Claudiane Rosa Gouvêa*

## INTRODUÇÃO

O racismo no Brasil não é por acaso, ele é estrutural. O Brasil foi o último país do continente americano a abolir a escravidão. Até 131 anos, os negros traficados eram mantidos em condições subumanas de trabalho e sem nenhuma remuneração.

O presente trabalho mostra como inicia-se o ciclo de discriminação racial do negro a partir da abolição da escravatura em 1888, ocasião em que o afrodescendente passou da condição de escravizado a de “subcidadão”, excluído da vida política, econômica e social. Aborda-se a violência seletiva, as desigualdades de cor e, finalmente, o panorama da relação entre o racismo e o sistema carcerário brasileiro, mormente a questão do racismo institucionalizado, do encarceramento em massa e do genocídio da população negra nas periferias do Brasil.

Quando a escravidão foi abolida no papel, nenhum direito foi garantido aos negros escravizados. Sem acesso à terra e a qualquer tipo de indenização ou reparo por tanto tempo de trabalho forçado. As condições subumanas não se extinguiram. Pior, a exclusão social estruturou uma sociedade extremamente racista que ainda hoje coloca o negro em situação de vulnerabilidade e exposição à violência

e opressão conforme se demonstrará por meio de indicadores sociais ao longo deste artigo.

O artigo denuncia o racismo institucionalizado, visando contribuir para o debate do tema e combater a opressão racial que cada vez mais aumenta a porta de entrada do cárcere para negros e diminui a porta das universidades e do mercado de trabalho, negando dignidade a uma parcela da sociedade que historicamente se viu empurrada para os abismos do preconceito e da indiferença.

## 1. O eurocentrismo e a difusão do racismo científico

De forma simplória, podemos definir o Racismo como a convicção sobre a superioridade de determinadas raças, com base em diferentes motivações, em especial, as características físicas e outros traços do comportamento humano. Consiste em uma atitude depreciativa em relação a algum grupo social ou étnico, sem qualquer embasamento em critérios científicos.

Quando os europeus começaram a colonizar a África e as Américas, forjaram “justificativas” para impor suas leis e sua cultura aos povos dominados. A maior dessas justificativas foi a ideia de inferioridade dos negros e índios (raças não brancas). Para fazer valer essa ideia, passaram a aplicar a discriminação racial nas colônias dominadas para assegurar os “direitos” aos colonos europeus. Obviamente, os que resistiam a essa ideologia eram submetidos ao genocídio que aumentava cada vez mais os sentimentos racistas.

Além do genocídio dos povos dominados, que não aceitavam a supremacia branca, ao longo da história foram introduzidas leis para *institucionalizar a discriminação* como, por exemplo, as chamadas *Leis de Jim Crow*, que foram leis promulgadas nos estados do sul dos Estados Unidos, institucionalizando a segregação racial entre 1876 e 1965, e o *Apartheid*, que representou a transformação do racismo em lei na África do Sul, fazendo com que a segregação racial fosse legalmente aceita entre 1948 e 1994.

O racismo continua sendo um problema muito sério em vários países. Continua a existir mesmo em países desenvolvidos. A crise econômica e a pressão demográfica costumam ser motivo de problemas raciais graves, como sucede na Grã-Bretanha com os imigrantes; na França, com

os norte-africanos; na Alemanha, com os turcos ou, na Espanha, com a população cigana e os trabalhadores negros ilegais.

O *racialismo*, ou racismo “científico” é um neologismo que indica a “teoria científica das raças humanas”, ou seja, significa justamente o fato de cientistas tentarem, por meio da ciência, justificar o racismo. Mas é importante notarmos que a ciência não justifica, de forma alguma, o racismo. Pelo contrário, demonstra cabalmente que, apesar de pequenas diferenças genéticas que se evidenciam fisicamente, brancos, negros, asiáticos e índios fazem parte da mesma raça: a raça humana. O conceito de raça, então, é algo social, e não biológico; logo, podemos afirmar que o racismo está diretamente ligado ao capitalismo, já que a razão central do racismo é encontrada na utilidade econômica.

No século XIX, a Europa era o centro do capitalismo industrial nascente. Os progressos no campo das ciências eram notórios. Assim, diversos filósofos, cientistas e escritores europeus desenvolveram um pensamento para legitimar a exploração em massa dos trabalhadores, em especial, os negros (FERREIRA, 2017, p. 73).

Giorgio Agambem registrou que, em 1820, o médico inglês *Robert Knox* foi um dos mais importantes cientistas raciais europeus. Por meio de estudos de cadáveres e esqueletos, desenvolveu as bases de uma teoria racista, qual seja, todos os povos do mundo possuem o cérebro menor do que os europeus, logo, são “menos inteligentes”, com menor capacidade de sobrevivência e evolução e, por isso, devem ser “tutelados” (AGAMBEN, 2014, p. 11).

O racismo “científico” chegou aos EUA, o cientista norte-americano *Daniel Brinton*, na década de 1850, defendeu que raça branca ocupa o topo da lista, enquanto que a raça negra africana ocupa posição inferior (BRINTON Apud GOULD, p. 114). Para ele, a raça negra era inferior, porque seus membros teriam cérebros menores, fundamentando a resistência do Sul em acabar com a escravidão na Guerra de Secessão, de 1861 a 1865.

Alguns teóricos como o filósofo inglês *Herbert Spencer* e os franceses: *Georges Cuvier* e *Arthur de Gobineau*, acreditavam que a sociedade humana é dividida em *raças diferentes* e que a distância entre tais raças seria equivalente à de animais distintos. Cada raça teria características comportamentais, culturais e morais diferentes. Nesse sentido, fortalece-se a

ideia de “hierarquia entre raças”. Chegaram ao absurdo de defender que o esforço da natureza é para se livrar das raças inferiores e criar espaço para os melhores. Assim, se os negros não são suficientemente completos para viver, é melhor exterminá-los, pois toda “imperfeição deve desaparecer” (SPENCER Apud BLACK, p. 54).

A antropologia criminal nasce na Itália com *Cesar Lombroso*, na obra “O homem delinquente”, de 1876, na qual pretendia “eliminar” os criminosos antes que a sociedade conhecesse o crime. Assim, as “raças inferiores”, como negros e índios, tinham maior propensão ao crime (LOMBROSO apud GOULD, p. 41).

As teorias de Lombroso foram baseadas no conceito do *criminoso pelo nascimento*, em que a origem do comportamento criminoso estava relacionada às características físicas do sujeito. Assim, a pessoa fisicamente diferente do “homem normal” possuía anomalias que determinavam seu comportamento socialmente. Segundo essa teoria, o crime é uma questão biológica e não social, visto que separa o crime da pobreza, da desigualdade, da história e das mazelas sociais. Apesar de ser uma teoria imperialista do século XIX, infelizmente ela persiste até hoje. Já presenciamos, certamente, algum comentário do tipo “fulano tem cara de bandido”.

O Conde de Gobineau, famoso cientista francês do século XIX, em sua obra “*Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*”, dizia que a humanidade estava fadada à degeneração e, por isso, precisava aniquilar as “raças inferiores” (GOBINEAU, 1855, p. 14).

No início do século XX, tivemos diversas leis nos EUA com o escopo de controlar ou reduzir as minorias étnicas, especialmente os negros. A discriminação foi institucionalizada e grupos de supremacia racial branca, como a *Ku Klux Klan*, usavam de violência para aterrorizar as comunidades negras, promovendo linchamentos contra negros que tentassem exercer seu direito a voto ou resistissem às leis raciais.

O racismo não era visto como preconceito, mas como uma forma de evolução natural baseado na “ciência”. A segregação era condizente com as leis naturais, com os brancos sendo superiores e os “não brancos” inferiores. Mas, é preciso deixar claro que as ciências já demonstraram que “o patrimônio hereditário de todos os seres humanos é comum”, ou seja, todos os seres humanos são descendentes do mesmo ancestral, denunciando o darwinismo social como doutrina puramente racista e de cunho imperialista.

## 2. O racismo como elemento estrutural da sociedade brasileira

Para pensarmos o racismo no contexto brasileiro, utilizamo-nos de uma a pesquisa realizada pela antropóloga *Lilia Schwarcz* que, ao abordar as pessoas, fazia-lhes a seguinte pergunta: Você é preconceituoso? 98% dos entrevistados responderam que **não**. Fazia então a segunda pergunta: Você conhece alguém que é preconceituoso? 99% responderam que **sim** (SCHWARCZ, 1996, p. 11-15). Diante dos dados apresentados, podemos concluir que o brasileiro não se reconhece como preconceituoso, ou seja, apesar do racismo ser algo concreto em nossa sociedade, o brasileiro não assume que é preconceituoso. Significa, portanto, que o racismo no Brasil é algo velado, camuflado em atitudes preconceituosas que a sociedade passou a enxergar como “normal”.

Outro problema que deve ser enfrentado quando pensamos a questão do racismo no Brasil é o fato de que estudos genéticos já demonstram que a população humana não é dividida em raças, pois toda a humanidade pertence a uma **raça única**: a humana. Mesmo assim, o senso comum geralmente entende que o povo brasileiro é formado pela “mistura de raças”, de negros, índios e brancos, evidenciando a existência de um problema relacionado com a questão da cor da pele no Brasil, o que nos remete, inevitavelmente, à sua origem do nosso racismo: a escravidão.

Desde o século XV, os negros foram aprisionados, exilados de seu continente e condenados à escravidão durante séculos. O Brasil foi a última colônia a abolir a escravidão nas Américas. A escravidão por aqui durou até o final do século XIX, ou seja, há pouco mais de cem anos ainda existiam escravos no Brasil. Ocorre que, a Abolição da Escravatura, em 1888, não significou a “libertação” dos negros escravizados, já que os episódios que sucederam a vergonhosa escravidão de seres humanos no Brasil, foram igualmente cruéis.

A partir da Lei Áurea, o Estado deixou de reconhecer o direito de propriedade de uma pessoa sobre outra, mas isso não regularizou as relações de trabalho no Brasil. Muitas fazendas continuaram se alimentando da exploração dos ex-escravos (pagando-lhes salários ínfimos) que, desamparados, não tinham para onde ir.

O Estado negou-lhes a posse de terra para viver ou cultivar, contribuindo para que essa população continuasse na mais absoluta miséria. A maioria dos libertos, depois de perambular pelas estradas, se deslocaram para as grandes cidades como Rio de Janeiro, São Paulo e Salvador, onde trocaram a senzala pelos casebres nas periferias.

Após a abolição da escravidão não houve nenhuma política pública do governo para a inclusão social dos negros libertados. Assim, embora livres do cativo, os negros foram abandonados pelo poder público e jogados à margem da sociedade, sem qualquer direito à indenização e sem acesso à educação, saúde, moradia e trabalho digno<sup>21</sup>.

Depois de séculos de trabalho forçado nas lavouras do país para enriquecimento de uma pequena população de brancos, os negros receberam apenas a discriminação e a repressão. Sem condições mínimas de vida, foram inseridos na sociedade em situação de miséria e desigualdade em relação aos brancos, criando uma inferioridade artificial imposta como herança da escravidão.

A imagem do negro foi historicamente associada à vadiagem, ao subalterno, ao sujo. Não à toa, as tarefas mais árduas, as piores remunerações e as formas mais cruéis de castigo ainda são reservadas aos pretos (OLIVEIRA, 2019).

É impossível pensar o racismo no Brasil sem olhar para a escravidão africana. Dos nossos 519 anos de história, quase 400 foram escritos sob a mácula da escravidão. A tradição escravista, sem dúvida, está muito presente e viva entre nós. Podemos observar que o processo de abolição da escravatura no Brasil criou uma situação de desigualdade extrema. De forma que a omissão do Estado se configurou em violência social contra o negro.

Hoje, em pleno século XXI, vivemos em um país racista em que os negros são desfavorecidos socialmente, basta ouvirmos as piadinhas populares do tipo “preto quando não faz na entrada, faz na saída”. Apesar da população ser marcadamente negra, parda, mulata ou outras expressões

---

21 Após a escravidão, nas principais cidades do Brasil, as saídas encontradas pelos descendentes de escravos e pelas pessoas de baixa renda foi a moradia em favelas e a ocupação de cortiços que, segundo Lúcia Valladares, eram considerados “*como o lócus da pobreza, espaço onde residiam trabalhadores e se concentravam, em grande número de vadios e malandros, a chamada ‘classe perigosa’*” (VALLADARES, 1998, p. 7).

que denotam uma população “não-branca”, não está matematicamente representada no Congresso Nacional, nas grandes universidades, nas altas patentes militares ou no alto empresariado. Isso demonstra que o racismo é um fantasma não tão invisível assim em nossa sociedade.

Reconhecer que os pretos e pardos estão em posição de inferioridade não fez que os sociólogos interpretassem o problema da mesma maneira. Gilberto Freyre, por exemplo, defendia a ideia de que no Brasil havia uma “democracia racial”, ou seja, a *miscigenação* criou um tipo único: o brasileiro.

Gilberto Freyre, na obra **Casa-grande & Senzala**, traz a ideia de que, no Brasil, não existe racismo ou preconceito, sendo a mistura de raças a nossa grande virtude e não o que causa a nossa degeneração como pregava os cientistas anteriores. Entre outras obras, essa em especial, foi um marco nesse sentido, pois enfatiza a ideia de que o povo brasileiro é formado por uma mistura de brancos, negros e índios, e que essa mistura pode ser considerada harmônica. Sendo exatamente essa mistura a grande característica que nos diferencia, por exemplo, dos Estados Unidos, onde, para ele, o racismo existiria, de verdade.

Freyre teve o mérito de apresentar a importância dos africanos na formação da nação brasileira. Mas, uma leitura desatenta pode passar a impressão de que a escravidão no Brasil ocorreu de forma mais “atenuada”, uma espécie de *racismo sofisticado* que afirma que aqui os negros foram mais bem tratados do que em outras colônias.

Hoje em dia, a ideia de democracia racial é criticada, sabe-se que o racismo é herança da escravidão. Infelizmente o Brasil é um país racista, a propaganda faz um racismo sutil ao mostrar cabelos lisos, louros e olhos azuis como padrões de beleza. Nas telenovelas, os negros geralmente aparecem em papéis secundários em que são obedientes, humildes e servis. Os personagens que se mostram com mais personalidade, geralmente são associados a criminosos. Quando se elogia os olhos de alguém, significa que os olhos são verdes ou azuis. As musas inspiradoras de poetas, a “coisa mais linda, tão cheia de graça”, geralmente são mulheres brancas porque continuamos com o imaginário eurocêntrico e racista.

Em 2016, a juíza Lissandra Reis Ceccon, da 5ª Vara Criminal de Campinas, escreveu em uma sentença que um acusado de latrocínio “*não possui estereótipo de bandido*” por ter “*pele, olhos e cabelos claros*”. Afirmou a magistrada ao relatar o depoimento de familiares da vítima, que disseram

ter reconhecido o suspeito facilmente porque ele não seria igual a outros bandidos. O processo corre em segredo de Justiça.

Em 2018, em Duque de Caxias (RJ), tivemos o caso da advogada *Valéria Lucia dos Santos* que foi algemada e retirada do tribunal por dois policiais, por ordens da juíza Ethel Tavares de Vasconcelos, mesmo existindo uma legislação federal que veda a prisão do advogado no exercício da sua profissão, salvo em caso de crime inafiançável, o que não era o caso.

Como afirma Darcy Ribeiro, “A luta mais árdua do negro africano e de seus descendentes brasileiros foi (e ainda é) a conquista de um lugar e de um papel de participante legítimo na sociedade” (RIBEIRO, 1995, p. 220).

Diferentemente dos EUA, onde o racismo é afirmado, existe, no Brasil, um racismo dissimulado, ligado à ideia de miscigenação. Enquanto que nos EUA há grupos racistas declarados e assumidos, aqui no Brasil optamos por “fechar os olhos para discriminações e construir uma identidade positiva: o mito da democracia racial”. Assim, negros que ousavam denunciar a discriminação eram considerados “complexados”.

O fato é que muitos brasileiros negam ser racistas, mas não querem ver as filhas casadas com negros, por exemplo. Ou seja, o racismo no Brasil é camuflado, por isso, apesar dele deixar marcas profundas na sociedade, temos dificuldade de admiti-lo e mais dificuldade, ainda, em combatê-lo. No entanto, a sociedade que não se questiona, não encontra respostas para os seus problemas. Ao deixarmos de encarar a realidade, por mais dolorida que seja, mais distante fica a possibilidade de modificá-la (FERREIRA, 2017, p. 105).

### 3. Desigualdade e violência: o reflexo do racismo no sistema carcerário brasileiro

Atualmente no Brasil, as favelas são fragmentos do período pós escravidão. Os negros foram excluídos e expulsos da sociedade principalmente pela ausência de políticas públicas efetivas que permitissem a verdadeira inserção dessas pessoas no convívio social. Os indicadores sociais provam que a desigualdade atinge, de forma diferenciada, a população negra e parda, gerando um círculo vicioso de exclusão e pobreza.

Em condições semelhantes de qualificação e preparo, quem tem mais chance de ganhar, uma pessoa negra ou uma branca? Pesa mais a cor ou a condição social? O problema do negro está em sua aparência física ou na pobreza e na falta de oportunidades que sua posição social historicamente determina? O Brasil, conforme apostou Gilberto Freyre, é uma democracia racial, ou a convivência só é pacífica porque “*o negro conhece o seu lugar*”? Um preto rico vira branco? Um branco pobre vira preto?

Em comparação com o Censo realizado em 2000, o percentual de pardos cresceu de 38,5% para 43,1% (82 milhões de pessoas) em 2010. A proporção de pretos também subiu de 6,2% para 7,6% (15 milhões) no mesmo período. Esse resultado também aponta que a população que se autodeclara branca caiu de 53,7% para 47,7% (91 milhões de brasileiros).

O Censo Demográfico apontou a grande diferença que existe no acesso a níveis de ensino pela população negra. No grupo de pessoas de 15 a 24 anos, que frequentava o nível superior, 31,1% dos estudantes eram brancos, enquanto apenas 12,8% eram pretos e 13,4% pardos. A pesquisa também indica que os pretos e pardos estão em maior proporção no grupo de pessoas abaixo de 40 anos; já os brancos têm maior proporção entre os idosos (maiores de 65 anos e, principalmente, maiores de 80 anos de idade) o que provavelmente está ligado às diferenças de condições de vida e acesso a cuidados de saúde e à participação desigual na distribuição de renda. Os rendimentos médios mensais dos brancos (R\$ 1.538) e amarelos (R\$ 1.574) se aproximam do dobro do valor relativo aos grupos de pretos (R\$ 834), pardos (R\$ 845) ou indígenas (R\$ 735).

Segundo Carlos Hasenbalg, a cor importa muito quando se está diante de uma escolha entre pessoas de cores diferentes; em todos os planos da economia, da educação e da hierarquia social, os não brancos são desfavorecidos. Na sociedade competitiva, o racismo e as desigualdades permaneceram. Os não brancos entram na competição menos aparelhados devido às diferenças de instrução, de posição social e de renda, e a cor pesará, positiva ou negativamente (HASENBALG, 1979).

O caso da exclusão social e da extrema desigualdade social, sem dúvidas, está entre as principais causas da violência, uma vez que a violência é o cenário onde vive a população mais atingida pela pobreza, os excluídos. Um dos fatores que denuncia a desigualdade social e expõe a população à violência é a condição de pobreza que atinge 12,2% dos 34 milhões de

jovens brasileiros, membros de famílias com renda per capita de até ¼ do salário mínimo. No total, são 4,2 milhões de jovens extremamente pobres. Destes, 67% não concluíram o ensino fundamental e 30,2% não trabalham e não estudam. Dos mais de 16 milhões que vivem atualmente em situação de **extrema pobreza** no Brasil, 71% são afrodescendentes<sup>22</sup>. Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2014, 76% dos mais pobres no Brasil são negros, os negros também representam 79% de pessoas analfabetas. Em 2016, 1835 crianças de 5 a 7 anos trabalhavam, 64 % eram negras e 62% das crianças que estão fora da escola são negras. Os números da desigualdade são tão alarmantes quanto os da violência e diretamente proporcionais (IBGE, 2018).

Toda violência é institucionalizada quando admitimos, explícita ou implicitamente, que ela é natural e inevitável. Existem diversos casos de violência em nossa sociedade que se repetem cotidianamente e, por isso, nos “acostumamos” com elas, tanto que começamos a achá-las naturais. De tanto vermos pessoas excluídas, miseráveis, à margem da sociedade e completamente destituídas de condições básicas de vida, não nos chocamos mais. Passamos a enxergar com naturalidade o ser humano em condições que não são naturais e quando estamos diante de um ser humano que foi privado de meios básicos de sobrevivência, de alimento, dignidade e achamos isso natural, nesse momento, a violência foi institucionalizada.

Segundo o Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), um documento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo. Mas, ao observarmos os números do encarceramento no país, percebemos que a população carcerária é selecionada por meio de um sistema de Justiça criminal claramente seletivo.

Desde a produção das leis até a aplicação e execução da pena, demonstra os recortes sociais e a divisão de classes que identifica o processo de encarceramento em massa como um produto racista que reproduz a ideia de que a população negra e parda é ignorada pelos diversos setores

---

22 IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Desigualdade social é a grande causa de violência entre jovens*. **Agência Brasil**. 2004. Disponível em: <agenciabrasil/noticia/2004-07-13/desigualdade-social-e-grande-cao-da-violencia-entre-jovens-afirma-pesquisa-do-ipea>. Acesso em 12 jun. 2018.

sociais quando falamos em dignidade e direitos fundamentais, mas quando o assunto é discriminação e repressão, essa população continua sendo o alvo de uma justiça claramente elitista.

Ao contrário do que muitos pensam, o Brasil é um dos países que mais prendem no mundo, são cerca de mais de 725 mil pessoas presas (352,6 pessoas por 100 mil habitantes)<sup>23</sup>. Na contramão da maioria dos países do mundo, esses números só vêm crescendo. As prisões do país têm uma taxa de ocupação de 197%, ou seja, as prisões já foram lotadas e a capacidade de vagas ultrapassada com quase o dobro de presos.

De acordo com os dados do Ministério da Justiça, o número de detenções cresce 7% ao ano e apresenta um aumento de encarcerados de 298% desde 2000. Se esse ritmo for mantido, em 2022 computaremos um milhão de detentos. Esse amontoado de pessoas dentro das cadeias só reforça o grande déficit social do país com a classe mais pobre<sup>24</sup>.

Apesar de ser uma política irracional, ineficiente e inviável economicamente, o senso comum, aterrorizado diariamente pelo sensacionalismo midiático, vê a prisão como única saída para conter a “bandidagem”. Mas, o que estão por traz desses dados alarmantes, são números mais assustadores ainda, pois se o encarceramento em massa é ineficaz e injusto e demonstra que o sistema prisional brasileiro é punitivo, seletivo e racista.

Observando-se os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, observamos que 55% da população carcerária é formada por **jovens** entre 18 e 29 anos. Esse contingente populacional é, proporcionalmente, maior do que a quantidade de jovens do país (que corresponde a 21% da população). Ou seja, aprisiona-se massivamente o jovem justamente por sua condição natural de rebeldia e o desejo de ultrapassar limites, estando, assim, naturalmente mais exposto e vulnerável à drogas, álcool e violência.

A comprovação da seletividade do sistema de Justiça criminal é demonstrada, ainda quando analisamos a população carcerária quanto a cor. Ora, a popu-

---

23 O Brasil fica atrás apenas dos Estados Unidos (2.145.100 presos) e a China (1.649.804 presos). O quarto país com maior número de presos é a Rússia (646.085 presos).

24 De 2000 a 2013, a população prisional aumentou 300%, passando de 171,366 mil para 513.713 mil encarcerados. Nesse mesmo período, enquanto a taxa de encarceramento masculino aumentou 291%, a taxa de encarceramento feminino teve um aumento de 556% (DEPEN, 2014).

lação brasileira é formada 53% de negros, mas no sistema carcerário a população negra é de 65% (os brancos, inversamente, são 34% dos presos, enquanto são 45% na população em geral), ou seja, o amálgama da escravidão ainda permeia as relações sociais no Brasil, através da manutenção das estruturas reinantes que mantém o negro em posição de inferioridade e marginalização<sup>25</sup>.

Quando analisamos a escolaridade da população prisional brasileira, observamos que 75% dos presos chegou ao ensino médio e menos de 1% possui uma graduação. Observamos que a situação de vulnerabilidade socioeconômica é um fator decisivo e determinante da marginalidade. Crianças e adolescentes “abandonadas” pelo poder público são cada vez mais expostas ao crime e a criminalidade. Assim, “os negros estão entre os indivíduos com piores indicadores de renda, emprego, escolarização, entre outros e têm um tratamento penal mais severo para atos iguais aos cometidos por brancos” (LIMA, 2004, p. 61).

Os números apresentados demonstram inequivocamente que a criminalização de jovens, negros e pobres é um retrato do sistema penitenciário brasileiro. Conforme nos ensina Michelle Alexander: “O estigma racial é produzido quando se define negativamente o que significa ser negro. O estigma da raça era uma vez a vergonha do escravo; depois era a vergonha do cidadão de segunda classe; hoje o estigma da raça é a vergonha do criminoso” (ALEXANDER, 2017, p. 4).

Segundo o **Atlas da Violência 2017**, lançado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mulheres, jovens e negros de baixa escolaridade são as principais vítimas de mortes violentas no país. Homens negros e jovens, são as principais vítimas da violência policial no Estado de São Paulo.

Segundo o documento, das pessoas mais expostas, vulneráveis e com mais chances de serem vítimas de homicídio, a população negra corresponde a 78,9% do total. Ou seja, a cada 100 pessoas assassinadas, 71 eram negras. Alguns Estados, como o Maranhão, por exemplo, houve um aumento de 124% na taxa de feminicídios e, mais uma vez, as mulheres negras são as principais vítimas.

---

25 O levantamento mostra que 65% da população prisional é composta por pessoas negras. O maior percentual de negros entre a população presa é verificado nos Estados do Acre (95%), do Amapá (91%) e da Bahia (89%). Dados do Governo Federal (DEPEN, 2017).

Entre os anos de 2009 e 2011, 939 casos de ações policiais foram analisados. O resultado aponta que 61% das vítimas de morte por policiais eram negras, entre 15 e 19 anos. Duas a cada três pessoas mortas pela PM de São Paulo são negras; 79% dos policiais envolvidos são brancos (REIS, 2014). A mortalidade de negros é pelo menos três vezes maior do que a de brancos, isso configura de forma inequívoca a figura de um racismo institucional.

Cláudia Rosalina Adão acredita que o genocídio negro no Brasil tem características próprias, isto é, não é algo pontual, mas um processo construído historicamente, pois as políticas de exclusão do pós-abolição, que prejudicaram o acesso da população negra aos recursos da sociedade como a terra e o mercado de trabalho, em conjunto com a segregação social construíram as bases das condições de extermínio. Ou seja, trata-se de um processo que não acabou, mas, a produção e reprodução de mortes da população negra continuam nas periferias do país (ADÃO, 2017).

Em 2012, enquanto 9.667 brancos morreram por armas de fogo, outros 27.638 negros morreram da mesma forma. Como não bastasse, outro fator que chama a atenção é a morte de mulheres negras no sistema de saúde em comparação com o número de mulheres brancas. De acordo com o Ministério da Saúde, das mulheres mortas ao dar a luz nos hospitais do SUS, 61% eram negras, contra 34% das brancas (ADÃO, 2017).

A violência contra a comunidade negra não se limita ao encarceramento, à letalidade policial, à violência urbana, e ao sistema de saúde. Os afro-brasileiros também são vítimas de um silenciamento e apagamento dos seus referenciais culturais e históricos, o que vai ocasionar na chamada “morte simbólica”.

Resta evidente que a morte sistemática de jovens negros no Brasil é uma realidade que vem sendo diariamente estampada nos noticiários e denunciada pela população pobre das periferias. A política de extermínio da população negra fez mais uma vítima emblemática recentemente no Brasil. O músico *Evaldo dos Santos Rosa*, de 51 anos. Ao lado da família, seguia para o chá de bebê de uma amiga. No caminho, se depararam com a política do extermínio: 80 (oitenta) tiros “por engano”! Os militares não prestaram socorro.

A verdade é que a população negra vem sendo exterminada historicamente. O poder dominante dita quem deve viver e quem deve morrer e a

política de morte se sustenta na dimensão da racialização. A Constituição Federal garante que *somos todos iguais perante a lei*. No entanto, se o cidadão for negro e pobre, esse princípio é relativizado no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O racismo não é a discriminação das pessoas negras, mas a relação de superioridade de uma etnia em detrimento de outras, ou seja, à medida que se estabelece a superposição de etnias, cria-se uma espécie de castas. Vimos a estruturação do racismo na sociedade brasileira e a inquestionável desigualdade étnica que demonstra que a discriminação e repressão continua sendo contra negros e pobres no Brasil. Após 131 anos de abolição, ainda é muito difícil para a população negra ascender economicamente. A escravidão é uma marca histórica, pois durante esse período, a população negra não tinha nem o *status* de humanidade. E, depois da abolição, não houve nenhum projeto de inclusão social dos ex escravizados. Mesmo depois de liberta, a população negra ficou à mercê da própria sorte.

Ainda que muitas pessoas acreditem que o Brasil não é um país racista, a pesquisa mostrou que, historicamente, a população negra vivencia condições de vida muito inferiores aos de pessoas brancas. Isso restou facilmente ilustrado por indicadores sociais, como os que apontam que, em média, a renda de negros é 40% menor que a de brancos; que 76% da população mais pobre é negra, que os negros também representam 79% de pessoas analfabetas e que 62% das crianças que estão fora da escola são negras.

O racismo aparece de várias formas na sociedade brasileira: nos padrões estéticos, no mercado de trabalho, no acesso à saúde e à educação, entre muitas outras. Mas talvez a área mais representativa da desigualdade racial no país, seja o sistema penitenciário. Observamos que no período pós-abolição, não tivemos medidas de cidadania e inclusão para a população negra. Assim, os negros simplesmente trocaram as senzalas pelas favelas. Sendo certo que as periferias do Brasil se tornaram espaços racializados de constante vigilância das elites, propiciando uma seletividade do sistema penal e o encarceramento desproporcional da população negra.

Por meio dos dados consolidados por órgãos oficiais, resta claro que a população carcerária brasileira é composta massivamente por jovens negros e mestiços advindos da periferia. Uma estatística que amolda-se perfeitamente

ao passado escravocrata brasileiro. Ou seja, o sistema de Justiça criminal mantém sua base aristocrática e posiciona-se no sentido da punição pela raça.

Concluimos que o sistema carcerário possui uma função às elites, funciona como instrumento de contenção de uma massa de excluídos que não encontra oportunidade no mercado de trabalho. Ou seja, o sistema funciona como um instrumento de manutenção das estruturas dominantes.

Definitivamente, a escravidão não desapareceu com a Abolição legal da escravatura, ou pelo menos, a estrutura escravista permanece viva na sociedade atual. De certa forma, continuamos a ser escravizados e aceitamos o cárcere invisível de forma passiva.

## Referências Bibliográficas

ADÃO, Claudia Rosalina. **Territórios de morte: homicídio, raça e vulnerabilidade social na cidade de São Paulo**. Tese de Doutorado (Escola de Artes, Ciências e Humanidades). Universidade de São Paulo (USP). 2017.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

ALEXANDER, Michelle. **A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2017.

BRASIL. IBGE. **Censo Demográfico**, 2010. Disponível em: [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br).

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Censo Penitenciário**. 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso: 01 jun 2019.

BRINTON, Daniel – Apud GOULD Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

CAULYT, Fernando. *Brasil, terceira maior população carcerária, aprisiona cada vez mais*. **Carta Capital**, 2017. Disponível em: <<https://www.carta-capital.com.br/sociedade/brasil-terceira-maior-populacao-carceraria-aprisiona-cada-vez-mais/>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

- FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. **Curso Básico de Sociologia:** Geral e Jurídica. São Paulo: Clube de Autores, 2017.
- \_\_\_\_\_, Antonio Carlos Gomes. **A eficiência do Estado no mundo globalizado.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala.** Brasília: Livraria José Olympio Editora, 1981.
- GOBINEAU, Joseph Arthur de. **Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas.** Paris: Tome Premier, 1853.
- HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- LIMA, Renato Sérgio de. *Atributos raciais no Sistema de Justiça Criminal Paulista. São Paulo em Perspectiva*, 18(1): 60-65, 2004.
- LOMBROSO, Cesare – Apud GOULD Stephen Jay. **A falsa medida do homem.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- OLIVEIRA, Maria Sylvia de. **Entenda o que é racismo estrutural!** Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/entenda-o-que-e-racismo-estrutural/>>. Acesso: 14 março 2019.
- REIS, Thiago. *Taxa de negros mortos pela polícia de SP é 3 vezes a de brancos, diz estudo.* **G1. Globo**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/taxa-de-negros-mortos-pela-policia-de-sp-e-3-vezes-de-brancos-diz-estudo.html>>. Acesso em 10 jul 2018.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido de Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SCHWARCZ Lilia Moritz: “**As teorias raciais, uma construção histórica de finais do século XIX: o contexto brasileiro**” In: *Raça e diversidade*, p. 175; São Paulo: Edusp, 1996.
- \_\_\_\_\_, Lilia Moritz: *Quase pretos, quase brancos.* In **Revista Pesquisa Fapesp** [www.revistapesquisa.fapesp.br/2007/04/01/quase-pretos-quase-brancos](http://www.revistapesquisa.fapesp.br/2007/04/01/quase-pretos-quase-brancos), nº 134, p 11-15

SPENCER, H. – Apud BLACK, Edwin. **A Guerra Contra os Fracos**. São Paulo: Editora A Girafa, 2003.

VALLADARES, Lucia. *A gênese da favela carioca - A produção anterior às ciências sociais*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 15. n.44. 2000. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4145.pdf>> Acesso em: 11 mai. 2019.

# O CIDADÃO DO FUTURO E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL

*Jackelline Fraga Pessanha*

*Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes*

## INTRODUÇÃO

*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* Como observado no trecho acima, a educação é um importante instrumento de formação das crianças e adolescentes para o exercício de sua cidadania. Não é à toa que o art. 225, da Carta Constitucional o trouxe com a redação que se observa.

Há que se perceber que muitos são os conhecimentos diuturnamente difundidos nas salas de aula espalhadas por todo o país. Contudo, algumas prioridades devem ser levadas em consideração, exatamente, com o foco na formação do indivíduo, razão pela qual a educação em meio ambiente é fundamental.

É diante desse contexto que se insere o presente trabalho. Tem-se como foco a necessidade que as escolas de ensino fundamental e médio, sejam públicas ou particulares, tenham em sua grade curricular disciplinas que incentivem a educação em meio ambiente.

Para tanto, o artigo se divide em três pontos chaves. No primeiro tópico, é abordada a escola na contemporaneidade e a importância da educação para inclusão social. No segundo tópico, a abordagem diz respeito ao meio ambiente e a forma como ele tem sido tratado em âmbito nacio-

nal e/ou ambiental. Por último, no terceiro tópico, a abordagem traz uma discussão da educação em meio ambiente para formação do cidadão.

Como marco teórico para o debate relativo à educação, são evidenciados os ensinamentos de Paulo Freire, através de uma análise hipotético-dedutiva do fenômeno da educação ambiental.

## 1 A ESCOLA NA CONTEMPORANEIDADE

Na atualidade a escola possui um papel mais substancial do que, efetivamente, acredita ter. Isso porque, vários são os pais que relegam à escola a formação total de seus filhos, na medida em que creem que a formação agregada aos valores da convivência da sociedade advém, exclusivamente, da educação escolar.

Obviamente que, esse pensamento se mostra retrógrado e absolutamente contrário a real importância da educação para a formação da cidadania do indivíduo. O próprio art. 225 da Carta Constitucional, como já enunciado anteriormente, já estabelece que a educação deve ser fomentada em colaboração com a coletividade. Assim sendo, é gritante e latente a necessidade de que a educação escolar se mostre como um dos sustentáculos.

A educação, como forma de inclusão social, foi um dos grandes ensinamentos de Paulo Freire. Ele pretendia construir uma educação democrática, onde quaisquer pessoas poderiam estudar e obter os conhecimentos necessários à sua qualificação, oferecendo condições de acesso e de permanência escolar a todos os estudantes.

Isso porque, no Brasil, a escola “é vista como a instituição que tem a missão de promover a unidade nacional através da transmissão de conteúdos unificados, de valores culturais e morais” (PAULA, 2010, p. 17). E, neste sentido, Paulo Freire (1980, p. 80-84) descreve com clareza as diferenças entre a concepção bancária e a problematizadora, ou seja, a primeira não admite o nivelamento entre professor e aluno, uma vez que o professor é superior aos alunos.

A segunda concepção é a mais fundamentada, pois estimula a criatividade, pesquisa e reflexão dos alunos, sobre a verdadeira realidade, proporcionando um pensamento crítico e o professor funciona como mediador das discussões e debates entre os mesmos, ocorrendo a mútua humanização de conhecimentos. Neste contexto,

A educação problematizadora está fundamentada sobre a criatividade e estimula uma ação e uma reflexão verdadeiras sobre a realidade, respondendo assim à vocação dos homens que não são seres autênticos senão quando se comprometem na procura e na transformação criadoras.

a educação crítica considera os homens como seres em devir, como seres inacabados, incompletos em uma realidade igualmente inacabada e juntamente com ela. Por oposição a outros animais, que são inacabados mas não históricos, os homens sabem-se incompletos. Os homens têm consciência de que são incompletos, e assim, nesse estar inacabados e na consciência que disso têm, encontram-se as raízes mesmas da educação como fenômeno puramente humano. O caráter inacabado dos homens e o caráter evolutivo da realidade exigem que a educação seja uma atividade contínua (FREIRE, 1980, p. 81).

Dessa maneira, é através da educação formal para a solução dos conflitos existentes que cada ser humano poderá se desenvolver, com a criação de uma nova realidade social em que está incluída passando a ser crítico e consciente da realidade em que vive. Isso porque a educação abre portas para o aprimoramento intelectual, social e político, além de inserção no mercado de trabalho.

Mas tal conscientização não se finda nesse contexto, haja vista que o homem é uma pessoa inacabada educacionalmente. Com essa nova realidade deve-se tornar objeto de uma nova reflexão e, assim, desenvolver-se mais em seu aprendizado. Corroborando o entendimento firmado, Dermeval Saviani (2009, p. 5) descreve que

a educação é direito de todos e dever do Estado. O direito de todas à educação decorria do tipo de sociedade correspondente aos interesses da nova classe que se consolidara no poder: a burguesia. Tratava-se, pois, de construir uma sociedade democrática, de consolidar a democracia burguesa. Para superar a situação de opressão, própria do 'Antigo Regime', e ascender a um tipo de sociedade fundada no contrato social celebrado 'livremente' entre os indivíduos, era necessário vencer a barreira da ignorância. Só assim seria

possível transformar os súditos em cidadãos, isto é, em indivíduos livres porque esclarecidos, ilustrados. Como realizar essa tarefa? Por meio do ensino. A escola é erigida no grande instrumento para converter os súditos em cidadãos.

A educação e a família são consideradas os pilares da sociedade, haja vista ser por meio deles que ocorre o desenvolvimento intelectual e social dos seres humanos, convertendo-os em sujeitos preparados para exercer direitos e obrigações dentro da sociedade. Mas, para isso, a educação deve ser efetiva, através de mecanismos que realmente desenvolvam os estudantes.

Neste sentido, Eliane Ferreira de Souza (2010, p. 19) descreve que o direito à educação “é pressuposto para a sobrevivência do Estado de Direito, porque ele enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo, conseqüentemente, da cidadania”.

A educação compreende um processo de aprendizagem e transmissão de conhecimentos às crianças e aos adolescentes, para que assim possam desenvolver variados ramos do saber humano, o que estimula a capacidade de aprendizado, bem como a criação e difusão de ideias e ideais de formação pública, que futuramente concretizarão sua cidadania.

A escola, juntamente com a educação realizada pela família, sociedade e Estado são de fundamental importância para a mudança de rumos da sociedade, pois somente com cidadãos educados passa-se a ter novos valores sociais e pluralidade de pensamentos para o debate e crescimento intelectual de todos.

De acordo com Roberto João Elias (2005, p. 79) “o termo educação deve ser entendido como o trabalho sistematizado seletivo e orientador, pelo qual nos ajustamos à vida de acordo com as necessidades ideais e propósitos dominantes”. Por isso a educação visa à inclusão de todas as crianças e adolescentes na escola, justamente para cumprir suas necessidades básicas e, neste contexto, a educação inclusiva pretende a captação de todos os alunos, com diversas capacidades, interesses, características e necessidades, para que possam, no decorrer do seu processo de aprendizagem, professores e alunos aprenderem juntos, com o verdadeiro sentido da igualdade de oportunidades.

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade, ao promover mecanismos para o desenvolvi-

mento de crianças e adolescentes em fase de maturidade intelectual, como forma de “evolução” de cada indivíduo.

Mas não se pode esquecer que a educação, em tempos anteriores, era vista como modo de inculcação cultural, onde cada meio cultural desenvolvia a educação do modo que bem entendia. A título de exemplo os jesuítas ensinavam para que todos pudessem ser evangelizados, de acordo com as normas e teorias da igreja católica, sem, contudo, verificar a cultura da sociedade brasileira.

Assim, a criança e o adolescente têm direito a uma educação digna de desenvolver a sua personalidade e cidadania, uma vez que é obrigação estatal que o ensino primário seja obrigatório e gratuito, para encorajar a organização e ascensão ao ensino secundário e superior, pois a escola deve ser um ambiente de respeito aos direitos e a dignidade de cada criança e adolescente.

## 2 A ESCOLA COMO FORMADORA DO CIDADÃO QUE RESPEITA O MEIO AMBIENTE

No cotidiano do operador do direito, por muitas vezes, é possível vislumbrar um grande descaso das autoridades públicas para com a população. Problemas relacionados à saúde, ao saneamento básico, à educação, à moradia são os mais comuns. Quando se está a tratar do meio ambiente, a situação se mostra ainda mais calamitosa.

Na medida em que não existem instrumentos efetivos para a contenção dos avanços e degradação do meio ambiente, uma medida se torna o foco do problema: a educação ambiental. Ocorre que, por mais que se vislumbrem dificuldades e os meios de comunicação noticiem problemas, a postura passiva da sociedade ainda se mostra um tanto quanto de aceitar muito calmamente essas ocorrências e não buscam uma solução ao problema latente.

Enquanto algumas pessoas, com um espírito mais revolucionário, organizam passeatas, manifestações públicas na busca por direitos, outros permanecem em suas residências, apenas criticando as ações, sem qualquer preocupação, efetiva com o que está sendo reivindicado. Será que realmente todas as manifestações que surgem, são em decorrência de um grupo de “baderneiros” sem mais nada para fazer? A resposta é clara e, obviamente, negativa.

É exatamente por esse motivo que as escolas de ensino fundamental e médio possuem um importante papel nesse contexto. É através de práticas simples na escola que será possível a formação do cidadão pensante quanto ao meio ambiente.

Perceba-se que “educar para a cidadania exige educar para a ação político-social e esta, para ser eficaz, não poderá ser somente individual, nem individualista” (CANDAUI et. al., 2000, p.14). Isso se torna absolutamente profundo. E se torna por um simples motivo, a visão que se deve ter é uma visão coletiva, tendo em vista que para se ter um meio ambiente saudável e equilibrado, são necessárias ações simples de cada um: imagine que se cada cidadão evitar de jogar um pedaço de papel nas ruas, quantas toneladas de papel não irão para os bueiros?

Refleta-se que, todo esse papel que é eliminado indevidamente, pode ser responsável por dificultar o escoamento de águas de chuva, ou mesmo auxiliar a proliferação de insetos e/ou outros animais nocivos à saúde da população?

É nas escolas que ações de conscientização podem ser realizadas para que as crianças e adolescentes possam se desenvolver já com essa ideia inerente à sua condição em sociedade. Há que se compreender que “o ensino e a educação, em seu sentido mais amplo e integral, constituem a essência da promoção dos direitos humanos, base incontestável e condição necessária, ainda que não exclusiva nem suficiente, para alcançar o respeito e a vigência desses direitos” (RAYO, 2004, p.164).

Entender os direitos e exigir que eles sejam cumpridos é um dever de cada cidadão. Para que haja uma convivência harmônica em sociedade, regras são estabelecidas com o intuito de que o respeito à individualidade do semelhante seja respeitado e, assim, surge a premissa de que “o seu direito termina, quando começa o do outro”.

Baseando-se nesse respeito mútuo em sociedade, tem-se, claramente, a noção real de cidadania. Nada mais evidente, portanto, que a cidadania implica ao mesmo tempo em direito (de estabelecer livremente as regras da convivência interpessoal, política, sócio econômica, cultural e ecológica) e em dever (de respeitar e zelar por essas normas de convivência que os próprios cidadãos e cidadãs estabelecem, diretamente ou através de representantes legítimos) (MEDEIROS, 2002, p. 28).

Nesse contexto, a escola atual tem deixado a desejar. Não há uma real demonstração de como as escolas tem trabalhado em relação à cidadania

com as crianças e adolescentes na atualidade. O que é imprescindível é um planejamento curricular de ações de educação para a cidadania torna-se fundamentais para garantir que o cidadão cresça com outra visão de mundo.

Logicamente que, aqui, o foco é a análise da educação em meio ambiente. Mas a cidadania que se pretende a discussão escolar deve ser de maneira mais ampla. O que se almeja é que a escola seja o local, de fato, de formação de um cidadão participativo, com uma visão futura de coletividade.

Pensar de maneira individual e imediatista tem feito com que grandes tragédias tenham se perpetuado na sociedade contemporânea. Com os avanços tecnológicos a premência por uma resposta instantânea fez com que a sociedade passasse a alternar sua visão de mundo, para aquilo que traz uma resposta rápida.

Há que se perceber, contudo, que a formação do cidadão merece uma formação gradual e efetiva. O que se pretende é que as crianças e adolescentes em fase escolar possam ter visões a longo alcance. Portanto, a percepção de educação que se pretende inculcir na atual sociedade é que a escola tem um papel fundamental de

[...] formar pessoas capazes de construir novos valores, atitudes e comportamentos, fundados no respeito integral aos direitos universais do ser humano, independentemente de raça, etnia, condição social, gênero, orientação sexual e opções política e religiosa.  
[...] (MONTEIRO E MENDONÇA, 2008, p. 29).

Em outra visão, é através da percepção desses novos valores e comportamentos que a sociedade terá condições de evoluir. Para evoluir, se faz presente que a educação para a cidadania passe a ter relevância na educação de base atual.

Ao contrário do que se analisa, o simples fato de colocar latas de lixo que dividem metais de papéis, plásticos e materiais orgânicos, já transparece a todos uma visão conscientizadora de reciclagem. O que não se percebe é que ao se jogar um determinado produto na natureza, não se pensa o tempo que ele durará para retornar ao estado natural da matéria.

Da mesma forma, muitas instituições se esquecem de despejar seus resíduos em locais próprios, contaminando em muito o meio ambien-

te, pensando em uma maneira de eliminar, a qualquer custo, os produtos que são indesejáveis à produção. Mas, se esquecem do principal, as consequências danosas que essa atitude pode gerar a coletividade.

Diante dessa análise, percebe-se que ao se falar em levar conhecimentos mínimos de mudar, efetivamente à cultura não civilizatória atual, transportando uma visão individual, para uma coletiva. Rezende Filho e Câmara Neto (2001, p. 06), ao tratarem do tema relacionado à cidadania na atual conjuntura, deixam claro que

Hoje, uma variedade de atitudes caracteriza a prática da cidadania. Assim, entendemos que um cidadão deve atuar em benefício da sociedade, bem como esta última deve garantir-lhe os direitos básicos à vida, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, trabalho, entre outros.

Como consequência, cidadania passa a significar o relacionamento entre uma sociedade política e seus membros.

É por esse motivo que a escola possui toda sua importância para a alteração dessa concepção atrasada e ainda arraigada no tecido das classes sociais. Em decorrência disso é que o próximo tópico tem o condão de analisar e demonstrar como a educação em direito ambiental, com foco no desenvolvimento sustentável e cidadania, pode mudar o futuro.

### 3 A EDUCAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL COMO ALICERCE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA CIDADANIA

Como ponto de partida, é importante perceber o papel desenvolvido pela educação para o exercício da cidadania. Neste alicerce, Maria Cristina de Brito Lima (2003, p. 2) ensina que

a educação pode se transformar em um instrumento extremamente hábil para o pleno desenvolvimento da pessoa, conduzindo-a ao exercício da cidadania e expandindo a sua qualificação para o trabalho, e do País, que passará a contar com cidadãos conscientes do seu papel.

É por isso, que no Brasil a Constituição Federal incumbiu o dever de proporcionar a todas as crianças e adolescentes a educação básica, na busca da cidadania do futuro, sendo um dever constitucional à abertura de mecanismos e formas de conquistar uma melhor educação para todos. Desta maneira, a Constituição brasileira entende a educação como matriz social, de acordo com o artigo 6º, o que ancorado nos dizeres de André Ramos Tavares (2011, p. 07)

Como típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes.

Mais que isso, se percebe que uma sociedade capaz de analisar criticamente seu contexto social, é capaz de mudar o futuro e buscar a valorização e respeito a direitos. Inúmeros são os descasos para com o meio ambiente atual e qual a solução para o problema? Muitas das vezes nenhuma.

Enquanto empresas a todo o tempo despejam resíduos químicos e esgoto em afluentes de rios, ou mesmo no ar atmosférico, o que a sociedade tem feito para solucionar o problema. Na maioria dos casos, absolutamente nada. E isso porque, não há uma cultura social, desde a educação de base em exigir o respeito aos direitos, seja para aqueles que dizem que não o buscam, porque nunca o Estado cumpre com o que promete, seja porque nunca foram ensinados a exigir o seu cumprimento. O Estado, para essa última parcela da população, é visto como um “ser misterioso” e inatingível.

A educação inicia um processo de conhecimento e conquista das crianças e dos adolescentes de uma cidadania digna, bem como poder usufruir dos direitos fundamentais que lhes são garantidos pela Constituição, pois sem educação não há como efetivar outros direitos sociais.

O direito à educação é resultante de uma matriz constitucional, pois garante às crianças e aos adolescentes estudar e aprender de forma digna, o que influenciará na convivência em sociedade. É nesse ponto que se percebe a fundamental importância dos ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 42), na medida em questionando

Preparar para a cidadania não é, portanto, apenas dar a informação sobre os cargos eletivos a serem disputados e sobre os candidatos a ocupá-los, mas também informar e despertar a consciência sobre o valor da pessoa humana, suas características essenciais, sua necessidade de convivência e a obrigação de respeitar a dignidade de todos os seres humanos, independentemente de sua condição social ou de atributos pessoais.

É aqui que se percebe que cidadania não se restringe à participação nas eleições, com o voto. Obviamente que, o exercício da cidadania também se transfigura na concepção jurídica, como o direito a votar e a ser votado. Contudo, a visão de cidadania, não pode ser tão restrita a ponto de inobservar outras questões básicas como o direito a ter um meio ambiente sustentável e equilibrado.

A cidadania também é respeitar e exigir respeito ao meio ambiente que nos circunda. Ao se observar qualquer violação, principalmente por se tratar de direito fundamental e social, cabe a todos os cidadãos, saber fazer cumprir o comando que a própria Carta Constitucional traz em seu texto como relevante.

A escola, para conseguir obter uma melhoria no ensino, merece passar por algumas transformações. Isso porque o desenvolvimento de crianças e adolescentes com preceitos de cidadania é o foco que deve ser almejado pelo Estado. É por esse motivo que

Torna-se necessária a construção de uma escola que forma crianças e jovens construtores ativos da sociedade, capazes de viver no dia-a-dia, nos distintos espaços sociais, incluído a escola, uma cidadania consciente, crítica e militante. Isto exige uma prática educativa participativa, dialógica e democrática, que supere a cultura profundamente autoritária presente em todas as relações humanas e, em especial, na escola. (CANDAU, 2000, p. 15).

Mais que isso, ao se estabelecer que o espaço da escola seja um espaço efetivamente ativo, com absoluta certeza a sociedade tende a evoluir em paralelo. Uma sociedade crítica e reflexiva, capaz de entender quais são seus direitos, tendo um espaço escolar capaz de garantir de maneira imparcial o levantamento de ideias e a formação do indivíduo, irá, conse-

quentemente, fortalecer as gerações futuras mais evoluídas em termos de respeito à concepção de mundo.

Não se objeta da lógica de que existem fortes influências governamentais no sentido de “brecar” até certo ponto esse desenvolvimento crítico-reflexivo. Isso porque, não é interessante aos anseios “polítiques” que os cidadãos possam conhecer seus direitos e tenham condições de exigí-los.

É por esse motivo, que os fins almejados de construção de uma cidadania efetiva, em especial no respeito ao meio ambiente, deve ser a pauta de reivindicações. A escola torna-se um importante produto para fomentar essa evolução, tendo em vista que

[...] Esse processo educativo deve, ainda, visar à formação do cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os direitos humanos. Mais ainda, deve visar à formação de personalidades autônomas, intelectual e afetivamente, sujeitos de deveres e de direitos, capazes de julgar, escolher, tomar decisões, serem responsáveis e prontos para exigir que não apenas seus direitos, mas também os direitos dos outros sejam respeitados e cumpridos. (BENEVIDES, 2000, p. 03).

Mais que isso, a escola, desde que fundada nos pilares de desenvolvimento do cidadão, deve tecer uma linha de busca de meios para garantir que suas ações tenham importância para a formação do indivíduo. De nada adianta ações que não sejam capazes de fazer refletir questões envolvendo o meio ambiente se não há como colocá-las em prática.

Passeios, visitas a ecossistemas, a parques botânicos, fomentar o cultivo de plantas e hortaliças entre as crianças, estabelecer conscientização em relação à utilização da água, já são os alicerces iniciais desse contexto.

José Romão e Paulo Padilha (1997, p. 85), já demonstram que o simples fato de se pensar em estruturas escolares capazes de garantir ações voltadas à cidadania, já mostra um exercício da mesma. Não mais que isso, a cidadania pautada no estudo das questões ambientais, é um dos focos que merecem trabalho e análise entre as crianças e adolescentes uma vez que

planejar a escola de forma socializada é exercitar a cidadania, pois implica a tomada de decisões, em envolvimento com as ações do cotidiano escolar e em avaliações dos serviços prestados à população, o planejamento deve começar pela inserção de toda a sociedade no debate democrático sobre as questões relativas não só ao processo de ensino aprendizagem, mas também em relação às questões administrativas e financeiras da escola e às questões da própria sociedade em que ela se insere, considerando sempre os condicionantes socioculturais e políticos que influenciam e afetam diretamente o cotidiano escolar

Aqui se percebe o importante papel que a escola possui na educação do indivíduo. É ela o início, o meio e o fim da formação do indivíduo. Obviamente que não se exclui dessa formação de cidadania a família, mas deve-se perceber que é na escola que as crianças e adolescentes passam a maior parte do tempo e é ali que poderão passar a ter uma nova visão de mundo.

Assim sendo, é que o direito à educação torna-se o foco de todo o debate. Constitucionalmente garantido, o direito à educação acaba sendo o pilar básico da formação do cidadão. Isso quer dizer que o Estado deve garantir a formação básica do indivíduo através da garantia desse direito, de forma a que o indivíduo que nasce desprovido de qualquer conhecimento, possa desenvolver-se. Neste sentido, Elaine Ferreira de Sousa (2010, p. 37-38) estabelece que

O direito à educação, como pertencente à ordem dos direitos fundamentais, é essencial à ordem jurídica nacional. É um tipo de direito que ultrapassa o próprio sistema nacional. Essa superação do sistema nacional diferencia-se em dois aspectos: um substancial e outro sistemático. Os direitos fundamentais ultrapassam o sistema nacional de forma substancial porque, se eles devem fazer jus às exigências que lhes são estabelecidas, hão de contemplar os direitos humanos.

O processo de formação da criança e do adolescente inicia-se com a educação, que pode ser familiar, social, cultural e/ou escolar. Isso porque “a educação consiste num processo de desenvolvimento da pessoa que implica a boa formação moral, física, espiritual e intelectual, destinando o seu crescimento integral para o melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho” (TEIXEIRA, 2001, p. 101).

A educação, por isso, é um direito fundamental constitucionalmente assegurado a todas as crianças e adolescentes, com o fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que é por meio da educação que nascem os cidadãos do futuro, na eterna busca de uma sociedade livre, justa e solidária. De acordo com Maria Cristina de Brito Lima (2003, p. 8)

a Constituição Brasileira de 1988 uniu o direito público subjetivo à educação a dois dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Por sua vez, esses princípios tendem a se concretizar com a observância dos objetivos fundamentais do Estado: de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de garantia do desenvolvimento nacional; de erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais; e por fim, de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O direito fundamental à educação se for realmente concretizado pelo Estado Brasileiro, como forma de aplicação dos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático, influenciará num melhor futuro nacional, com crianças e adolescentes melhores preparados para enfrentar o trabalho e exercer com dignidade a sua cidadania, pois “a educação se apresenta como poderoso instrumento de transformação e inclusão social e, conseqüentemente, como pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais” (ARANÃO, 2008, p. 248).

Por isso, a educação é considerada o futuro da sociedade, pois é por meio dela que cada indivíduo capta o conhecimento para promover o desenvolvimento da sua personalidade e da cidadania, desenvolvendo em cada um a sua consciência crítica e a livre determinação, para que, assim, possa estar diante de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

A educação busca garantir a todos o seu pleno acesso, uma vez que é por meio do conhecimento que cada indivíduo se tornará cidadão, usufruindo de maneira correta a sua cidadania, bem como conhecendo os seus direitos constitucionalmente previstos. Entende-se, portanto, que a educação detém uma função de conscientização e reflexão crítica do que está sendo ensinado, para que os educandos possam participar ativamente

na sociedade, tendo conhecimentos dos seus direitos e exercendo a sua cidadania plena.

A educação escolar tem a função precípua de garantir a todas as crianças e adolescentes a convivência decente em sociedade, podendo se manifestar sobre os assuntos cotidianos e importantes no seio social, pois “a educação escolar emergiu na modernidade como a forma principal e dominante de educação, erigindo-se em ponto de referência e critério para se aferir as demais formas de educar” (SAVIANI, 2006, p. 202).

Assim, na concepção de Costa e Duarte (2004, p. 21) o que se almeja é que a educação seja não só ao acesso pleno, embora passivo, a um determinado conjunto de direitos existentes. Ao contrário ela supõe uma participação ativa na luta pelo cumprimento de direitos já reconhecidos, na luta pelo reconhecimento de novos direitos que se tornem historicamente necessários como também por seu reconhecimento e por sua implementação tendo em vista a promoção do bem comum.

Diante disso é que a educação em meio ambiente, em especial, com respeito a parâmetros ambientais, se torna um dos focos a serem trabalhados entre as crianças de escolas de ensino fundamental e médio, como busca de desenvolver sua cidadania plena, objetivo traçado pelo legislador constitucional.

## CONCLUSÕES

Percebe-se durante toda a explanação que o foco a ser difundido no que se refere à educação em meio ambiente é um maior aprimoramento da educação escolar. A escola, como fomentadora da formação dos cidadãos, deve ser uma das principais responsáveis por praticar ações inovadoras no sentido de desenvolver pessoas capazes de refletirem criticamente sobre determinados pontos e, assim, tornarem-se cidadãos ativos.

A sociedade tende a evoluir na medida em que seus cidadãos passam a ter condições de exigir do Estado o cumprimento dos direitos aos quais ele se propôs a garantir. A população deve passar a ser menos passiva e mais ativa na participação em sociedade.

Na medida em que as crianças e adolescentes passam a reconhecer seus direitos e os meios de fazer cumpri-los, a sociedade tende a evoluir de maneira mais efetiva. Para tanto, a matriz curricular das escolas de educa-

ção de base deve sofrer alterações no sentido de manter disciplinas capazes de desenvolver ações em respeito a preceitos de cidadania.

Aqui é que o respeito às questões ambientais se torna o foco da questão. Na medida em que são difundidos métodos e ações curriculares capazes de demonstrar como é o meio ambiente atual e formas mínimas de preservá-lo de maneira saudável, estar-se-á dando um importante passo em busca de cidadãos mais bem conscientizados. Enquanto a escola for responsável por difundir conhecimentos que nenhum proveito trazem às crianças e adolescentes, em nada servirá a malfadada expressão de formar cidadãos.

Já afirma a música de Gabriel, o Pensador: *“Manhê! Tirei um dez na prova. Me dei bem tirei um cem e eu quero ver quem me reprova. Decorei toda lição, não errei nenhuma questão, não aprendi nada de bom Mas tirei dez (boa filhão!)”*. Enquanto a escola só trouxer às crianças e adolescentes ensinamentos que nada alteram suas realidades, que servem apenas para decorar e fazer uma determinada avaliação, mas não geram aprendizado, a cidadania almejada tende ao fracasso.

## REFERÊNCIAS

- ARANÃO, Adriano, **Direito à educação**: A educação como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. In: Argumenta: **Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUN-DINOPI**. nº 9. Jacarezinho, 2008.
- BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em Direitos Humanos: de que se trata?** São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit6/victoria.htm>. Acesso em 07/08/2019.
- CANDAU, Vera Maria *et. al.* **Tecendo a Cidadania**: oficinas pedagógicas de direitos humanos. 3.ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2000.
- COSTA, Antonio Carlos Gomes da; DUARTE, Cláudio Nunes. **Educação para os direitos humanos**. Belo Horizonte: Modus Faciendi - Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Ministério do Trabalho e do Emprego, 2004.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (org.). **Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. Petrópolis/RJ: Vozes, 2004.
- ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FREIRE, Paulo. **Conscientização: teoria e prática da libertação: uma introdução ao pensamento de Paulo Freire**. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1980.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como Direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MEDEIROS, Antonio José Castelo Branco. *Idéias e práticas da cidadania*. União, Piauí: CERMO, 2002.
- MONTEIRO, Aída; MENDONÇA, Erasto Fortes. **O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. In: Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- RAYO, José Tuvilla. *Educação em Direitos Humanos: Rumo a uma perspectiva global*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.
- REZENDE FILHO, Cyro de Barros; CÂMARA NETO, Isnard de Albuquerque. A Evolução do Conceito de cidadania. **Revista Ciências Humanas**. Taubaté V. 7, n. 02, 2001.
- ROMÃO, José e PADILHA, Paulo. Planejamento Socializado Ascendente na Escola. In: GADOTI, Moacir e ROMÃO, José E. (org.). *Autonomia da Escola: princípios e propostas*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 1997.
- PAULA, Cláudia Regina de. **Educar para a diversidade: entrelaçando redes, saberes e identidades**. Curitiba: Ibpex, 2010.
- SAVIANI, Dermeval. **Escola e democracia: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses sobre a educação política**. 41. ed. Campinas, São Paulo: Autores Associados, 2009.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação:** requisito para o desenvolvimento do País. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Andre\\_Ramos\\_Tavares\\_direito\\_fund.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Andre_Ramos_Tavares_direito_fund.pdf)>. Acesso em 07/08/2019.

# A REGULAÇÃO DO USO DA FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA NO BRASIL PELA LEI 13.269/2016 COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À VIDA E À SAÚDE

*Natália Pessoa de Oliveira*

*Edilla Lucena de Abrantes*

## Introdução

A Lei 13.269/2016, sancionada no Brasil em 13 de abril de 2016, legalizou a utilização da substância fosfoetanolamina sintética no tratamento de carcinomas, dispensando a necessidade de autorização judicial para sua concessão. Sua regulamentação foi acompanhada de intensa pressão social e grande repercussão nos meios midiáticos, principalmente nas redes sociais, diante da possibilidade de sua eficiência no tratamento de pessoas acometidas de câncer. De acordo com o texto normativo, o uso da substância é permitido como tratamento alternativo à neoplasia maligna, sendo necessário, para tanto, a comprovação da enfermidade através de diagnóstico médico e a assinatura de termo de responsabilidade pelo próprio paciente, conforme os incisos I e II do artigo 2º, respectivamente, da lei autorizativa.

Além disso, em caráter excepcional, a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação e posse da substância foram liberados, independentemente do registro sanitário concedido pela AN-VISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), até a conclusão dos estudos clínicos sobre o composto.

Críticas severas permeiam a ação do Congresso Nacional, fundamentadas nos argumentos de que as fases sucessivas para liberação de um medicamento não foram devidamente observadas, o que poderia causar riscos à saúde dos consumidores. Os defensores de sua utilização, por sua vez, alegam a necessidade de se colocar a substância à disposição dos enfermos, pois as mínimas chances de prolongamento da vida tornam-se verdadeiras esperanças para pacientes em estado terminal.

Para a comercialização de um fármaco, etapas sucessivas devem ser seguidas: primeiramente, é necessária a realização de testes em animais e laboratórios, e posteriormente em seres humanos; sendo positivos os resultados, o medicamento pode ser comercializado, mas permanecerá continuamente em estudo, pois serão acompanhadas as consequências de sua utilização a longo prazo. Portanto, havendo resultados satisfatórios ao final dos testes, a droga receberá o registro da ANVISA e poderá ser utilizada, prescrita e livremente comercializada em território brasileiro. No momento da aprovação da lei, a fosfoetanolamina sintética teria sido testada apenas em algumas células humanas e animais, e não em seres humanos.

As tantas controvérsias e polêmicas que circundam o tema foram suficientes para a suspensão da lei pelo Supremo Tribunal Federal, em 19 de maio de 2016, mês seguinte ao da sanção, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada pelo Conselho Federal de Medicina. Ainda, foram suspensas as decisões judiciais que obrigavam o Estado a fornecer a substância. Conseqüentemente, houve a suspensão, em todo o território nacional, do uso da pílula descoberta e estudada pelo professor Gilberto Chierice, do Instituto de Química de São Carlos.

Em julho de 2016, o Instituto do Câncer do Estado de São Paulo iniciou a fase de testes em humanos nos pacientes com neoplasia maligna, em mais uma tentativa da busca incessante pela cura de uma das doenças mais temidas e cruéis da atualidade: de acordo com a Organização Mundial de Saúde, oito milhões e oitocentas mil pessoas morrem anualmente acometidas por esta doença. No entanto, após oito meses de estudos, a ICESP decidiu suspendê-los, pois de acordo com o órgão, não foram alcançados efeitos clínicos significativos. As pesquisas continuarão com vinte pacientes que participam da pesquisa, que se reunirão com o desenvolvedor do composto para definição dos próximos passos científicos.

Nesse contexto, o presente trabalho estudou as consequências jurídicas causadas com a suspensão da Lei pelo STF, que são o descumprimento do direito fundamental à vida, à saúde e à liberdade na condução da vida privada dos indivíduos, bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, bem como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, acordo internacional do qual o Brasil é signatário.

## Desenvolvimento

A Constituição Federal de 1998 é adjetivada de cidadã, pois garante múltiplos direitos fundamentais aos indivíduos por ela regidos, prezando-se pelo Estado de Direito, aquele em que os poderes políticos se subordinam à legalidade. Assim, não só o processo legislativo, mas toda atuação do poder público sofre limitações impostas por normas jurídicas: “utiliza-se a expressão Estado de Direito para ressaltar a submissão de todos, governantes e governados, ao império das normas jurídicas (regras e princípios).” (BARRETO, 2015, p. 38). Nas palavras de Fernando Capez, “A imposição de limites ao Estado – o Estado regido pelo império da lei e que enseja a ideia do Estado de Direito – corresponde à sujeição absoluta do poder político ao regime das leis fundamentais. O poder conformado pelo Direito” (CAPEZ et al, 2004, p. 1)

Sendo assim, a dignidade humana é princípio que embasa todos os direitos fundamentais protegidos pelo constituinte da CF/88, tais como a igualdade, a segurança e a propriedade, presentes em seu artigo 5º, *caput*. Apesar de numerosos, os direitos à vida, à saúde e à liberdade são os merecedores de especial relevância neste estudo, por estarem diretamente relacionados à aprovação da Lei 13.269/16.

Importante observar que a Carta Magna é o fundamento de validade de todas as demais normas integrantes do sistema normativo, pois ausente a sua compatibilização com os preceitos constitucionais, estas padecerão de validade. Sendo assim, os direitos fundamentais têm sua tutela estendida a outros dispositivos normativos afora os da Constituição; logo, os direitos à vida, à liberdade, à honra, à imagem, à integridade física são protegidos por outros ramos do Direito, entre os quais o Cível, onde são denominados *direitos de personalidade*. Nas palavras de Miguel Reale:

Poderíamos dizer, em suma, que são direitos da personalidade os a ela inerentes, como um atributo essencial à sua constituição, como, por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, na forma da lei, isto é, de conformidade com o estabelecido para todos os indivíduos que compõem a comunidade (REALE, 2004).

A coincidência entre os objetos tutelados pelo Direito Constitucional e Civil não é estranha, tendo em vista que o Direito Civil é ramo da árvore que tem como tronco o Direito Constitucional. Assim os diferenciaria Flávio Tartuce:

Como é notório afirmar, os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística. (TARTUCE, 2014, p.119)

Nesse sentido, a Lei 13.269/16 “autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna” (artigo 1º), visando eliminar as barreiras burocráticas que cercavam o acesso à mesma, tornando os cidadãos livres para obtenção do composto químico, anteriormente conseguido apenas mediante processo judicial. Dessa forma, a aprovação desta lei é a expressão máxima da tutela do direito à vida, presente no artigo 5º da CF/88, *caput*, pois é a concretização das normas programáticas. O Estado assume papel de garantidor dos direitos assegurados nos textos normativos, deixando a decisão de escolha do tratamento a cargo do indivíduo acometido pela enfermidade.

O direito à vida igualmente é tutelado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), acordo internacional firmado em 1948 e ratificado pelo Brasil nessa mesma data, pois dispõe em seu artigo III: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”, demonstrando que a aprovação desta lei está em consonância com as diretrizes internacionais as quais o Brasil deve observância.

Ressalte-se que de acordo com a norma autorizativa, a aquisição da substância não é feita de forma descontrolada, pois a própria legislação enumera as condicionantes necessárias para sua utilização, *in verbis*:

**Art. 2º-** Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes:

I - laudo médico que comprove o diagnóstico;

II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. (grifo nosso).

Observe-se a exigência imposta pelo legislador do consentimento prévio do paciente para que este se submeta ao tratamento, sendo necessária a sua manifestação de vontade expressa na escolha da fosfoetanolamina para o tratamento do neoplasma maligno. Destaque-se também a vigência temporária da norma, pois válida “em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância.” (artigo 4º), prevalecendo, mais uma vez o direito fundamental à vida, mesmo que temporariamente em detrimento da conclusão de estudos clínicos para liberação do composto.

Nesse contexto, outro direito de personalidade é assegurado, o da liberdade no tratamento de saúde, previsto no artigo 15 do Código Civil de 2002: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Este dispositivo foi plenamente respeitado na lei em voga, pois a liberdade do paciente é assegurada diante da necessidade prévia de declaração de sua vontade anteriormente à submissão ao tratamento. O paciente, portanto, é consciente da não conclusão dos estudos clínicos da substância, ficando a seu critério a escolha pelo tratamento. Outrossim, a liberação do composto não exclui a opção pelos tratamentos convencionais, como a quimioterapia: “**Art. 2º, parágrafo único:** A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas”.

O direito à saúde, por sua vez, está presente no também artigo 5º da CF/88, enquanto no 6º é elevado à categoria de direito social. Já no artigo 196, tem-se que: “**A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**” (grifo nosso). Assim:

“[...] os direitos da personalidade, que se espraiam por todo o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal que, logo no artigo 1º, declara serem fundamentos do Estado Democrático do Direito a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Enquanto titular desses direitos básicos, a pessoa deles tem garantia especial, o que se dá também com o direito à vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, e outros mais que figuram nos arts. 5º e 6º da Carta Magna, desde que constituam faculdades sem as quais a pessoa humana seria inconcebível.” (REALE, 2004)

Fica evidente, portanto, que cabe ao Estado permitir e inclusive promover o acesso a quaisquer meios que mostrem resultados eficazes no tratamento de enfermidades, pois o direito à vida deve ser o orientador das decisões jurídicas, sob pena de não garantia do direito à vida, à saúde e à liberdade de escolha, o que pode ocasionar a morte de pessoas afetadas pelo câncer que sequer puderam ter acesso a uma possível cura, que não puderam esperar a conclusão dos estudos clínicos exigidos para obtenção de registro sanitário pela ANVISA.

Dessa forma, é necessário conceder o acesso à substância, deixando-se a critério do paciente a escolha de se tratar ou não com a fosfoetanolamina sintética, garantindo o direito constitucional da liberdade e respeitando a autonomia de vontade do enfermo, visto que o Código Civil proíbe expressamente a sujeição a qualquer tratamento ou intervenção cirúrgica em desacordo com a vontade do paciente. A DUDH, por sua vez, veda a interferência na vida privada dos indivíduos, o que é desrespeitado com a decisão de suspensão da lei pelo Judiciário, que coíbe a livre escolha de tratamento ao qual deseja se submeter: “Artigo XII: **Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada**, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (grifo nosso).

Para resguardar quaisquer possíveis responsabilizações do Estado futuramente, em caso de efeitos a longo prazo não esperados decorrentes do uso da medicação, o paciente deve estar ciente da falta de registro pela ANVISA pela não finalização das etapas dos estudos clínicos. Com a re-

vogação da lei pelo STF, assim, há claro excesso de poder do Estado e interferência deste na soberania do indivíduo, pois o mesmo impede seus cidadãos de optarem pela tentativa de desfrutar uma vida digna e saudável.

Nesse sentido, é evidente que a promulgação da Lei 13.3269/16 tem como norteador a sobreposição do direito à vida, representado pela tentativa de cura do câncer, o qual tem embasamento legal na Carta Magna, no Código Civil e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A referida legislação possui, ainda, amplo respaldo nas teorias de justiça, que apresentam amplos argumentos justificadores da decisão legislativa de aprovar uma lei que conceda aos pacientes a possibilidade de fazerem uso da fosfoetanolamina sintética.

A teoria de justiça de Sócrates concebe a finalidade da alma como o bem-viver, a felicidade, que aplicada ao caso estudado, estaria garantida com a cura conquistada através do tratamento com a “pílula do câncer”. Aristóteles, por sua vez, concebe o justo como a equidade, ou seja, como “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (Aristóteles). Assim, “Aristóteles ensina que a justiça significa dar às pessoas o que elas merecem. Para ele, a lei não pode ser neutra no que tange à qualidade de vida” (SANDEL, 2011, p. 17). Deve-se então observar as peculiaridades do caso concreto, de forma a se amoldar às circunstâncias fáticas utilizando-se da proporcionalidade. O legislador, ao editar a Lei 13.269/16, está exercendo nada mais do que a justiça, atentando para os mais vulneráveis, que são os acometidos por tumores malignos, e inclusive facilitando o trabalho do poder judiciário, que não precisará mais adequar a lei geral do direito à vida a essa parcela da população através de processos judiciais isolados, visto que o próprio legislador se encarregou de preencher essa lacuna através de uma lei, e portanto, dotada do atributo da generalidade.

Adentrando-se no universo das teorias modernas de justiça, tem-se a teoria de Immanuel Kant, pensador que se destaca por valorizar a liberdade do indivíduo, que para ele constitui um direito natural do ser humano, concebendo-o inclusive como um ser especial por usufruir de tal qualidade, a qual conceberia como virtude. Nesse sentido, a dignidade humana seria um imperativo categórico, ou seja, um preceito universal, orientador de todas as condutas, que deve ser sobreposto a qualquer interesse particular, que no presente caso, seria o das grandes indústrias farmacêuticas, na

medida em que o composto discutido tem um custo extremamente baixo, inferior a dez centavos, não sendo rentável em comparação com os atuais tratamentos, bem mais custosos. Ainda,

[...] filósofos políticos modernos – de Immanuel Kant, no século XVIII, a John Rawls, no século XX – afirmam que os princípios de justiça que definem nossos direitos não devem basear-se em nenhuma concepção particular de virtude ou da melhor forma de vida. Ao contrário, uma sociedade justa respeita a liberdade de cada indivíduo para escolher a própria concepção do que seja uma vida boa. ” (SANDELL, 2011, p. 17).

Dessa forma, cabe ao indivíduo, tomado como um fim em si mesmo, fazer a escolha que desejar, não sendo possível que o Supremo Tribunal Federal, representante máximo do poder judiciário, proíba o acesso dos cidadãos ao medicamento. O legislativo, ao editar esta norma, respeita ao máximo a livre escolha do indivíduo e está amparado por Kant, para quem “o que legitima a atividade do legislador é justamente a sua obediência ao direito natural do homem, à liberdade” (SARRENTI). O Direito deve se subordinar à liberdade do cidadão, desburocratizando e permitindo o livre acesso à substância se assim este desejar, tendo em vista que a sua finalidade exclusiva é a recuperação da saúde, pois

A autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. [...]Mas que o princípio em questão da autonomia seja o único princípio da moralidade, explica-se muito bem por meio de simples análise do conceito de moralidade. Pois, dessa maneira, verifica-se que o princípio da moralidade deve ser um imperativo categórico, e que este não prescreve nem mais nem menos do que a própria autonomia. ” (KANT, 1785, p.440)

Igualmente é encontrado respaldo na teoria de justiça utilitarista, que tem como principal precursor o estudioso Jeremy Bentham. O utilitaris-

mo tem como princípio proporcionar a maior felicidade possível para o maior número de indivíduos, de forma a maximizar o prazer e eliminar a dor ou sofrimento utilizando-se de cálculos quantitativos e racionais. Todas as ações devem convergir para esse fim, que corresponde ao objetivo da moral. Sendo assim,

[...] maximizar a “utilidade” é um princípio não apenas para o cidadão comum, mas também para os legisladores. Ao determinar as leis ou diretrizes a serem seguidas, um governo deve fazer o possível para maximizar a felicidade da comunidade em geral. (SANDELL, 2011, p.48)

Nesse contexto, o bem-estar seria o objetivo de todos os seres humanos, devendo o Estado ocupar-se em exercer seu poder com a finalidade de atingir o bem viver da coletividade. Por isso, esta teoria se adequa à atividade legislativa do caso em análise: facilitar o acesso ao composto promissor é maximizar a felicidade, permitindo a cura de indivíduos.

Por fim, tem-se a ideologia libertária como amparadora da Lei 13.269/16, defensora ao máximo da liberdade do indivíduo e contrária à interferência do Estado em suas escolhas individuais, pois o cidadão é livre para escolher o que considerar melhor para si. No caso em questão, a teoria se posicionaria no sentido de que não cabe ao poder judiciário impedir o acesso à substância, como o fez o STF, pois passaria a intervir numa esfera pessoal, cabendo a este a escolha que desejar:

Os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana. Sua alegação principal é de que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo. (SANDELL, 2011, p. 78)

Nesse sentido, torna-se claro que a referida lei encontra respaldo na Carta Magna, no Código Civil e na DUDH, bem como nas diversas teorias de justiça elaboradas ao longo da história do Direito, conforme de-

monstrado, entre as quais a socrática, aristotélica, kantiana, utilitarista e libertária, que fundamentam a referida lei, exaltam o exercício do poder legislativo e repugnam a admissão da inconstitucionalidade da norma pelo poder judiciário.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro está firmado sobre o princípio do Estado Democrático de Direito, como textualmente expresso no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “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: [...]” (grifo nosso). Significa, portanto, que o regime político adotado pelo país é o democrático, onde o povo é soberano para participar das decisões políticas, seja de forma direta ou através das eleições, pelo voto popular.

Nesse sentido, o parágrafo único do mesmo artigo consagra novamente o regime político do “governo do povo, para o povo, pelo povo”, a saber: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, confirmando que a soberania popular está prevista ao longo de todo o texto constitucional e é fundamento de todos os dispositivos nele contidos. Além disso, é importante lembrar que todos os direitos fundamentais têm como fim o princípio da dignidade humana, princípio posto na CF/88 como fundamento do Estado brasileiro no inciso III de seu artigo 1º:

Diante desse cenário, pode-se afirmar que o perfil estatal contemporâneo deve espelhar o modelo do chamado Estado Constitucional de Direito, ou seja, aquele em que os valores fundamentais da Constituição assumem uma posição de supremacia plena, notadamente no que tange ao princípio da dignidade humana, o qual impõe a ampliação da participação democrática dos cidadãos na condução do Estado e o respeito incondicional aos direitos e garantias fundamentais (BARRETO, Alex Muniz, 2015, p.41)

Logo, é inegável que o legislativo, bem como quaisquer dos três poderes no exercício de suas funções, não pode se abster de atender as reais necessidades dos cidadãos e ouvir as suas reivindicações. Ocorreram inúmeros protestos de repercussão nacional em favor da liberação do com-

posto químico, tais como os ocorridos em 2015 e 2016 nas cidades de Porto Alegre (RS); Leme (SP) e São Carlos (SP), cidade onde foi descoberta a pílula do câncer, além de intensas campanhas realizadas nas redes sociais causadas pela repercussão midiática da substância. A pressão social manifestada nesses eventos, portanto, não pode ser desconsiderada pelos poderes públicos, pois constituem fontes materiais do Direito, as quais “equivalem ao conjunto de fatos e valores históricos, sociais, psicológicos, políticos e econômicos, os quais influenciam o legislador na atividade de elaboração de normas.” (BARRETO, Alex Muniz, 2015, p.51). Sendo assim, tais fatores indubitavelmente contribuíram para a sanção da lei pela à época Presidenta, a Senhora Dilma Rousseff:

Essa participação dos cidadãos na Administração Pública apresenta-se como fundamental no processo de harmonização dos interesses coletivos por ela gerenciados, sendo, inclusive, um mecanismo inafastável entre os administrados e os entes estatais. É justamente esse direito à participação administrativa que torna possível aos indivíduos exercer influência nas decisões governamentais, e nesse norte, atuar de forma efetiva nas atividades que venham a lhes afetar direta ou indiretamente” (BARRETO, Alex Muniz, 2015, p.39)

Dessa forma, todos os atos do poder público devem ter como finalidade última o atendimento às exigências da sociedade, afinal, segundo Ferdinand Lassalle, a Constituição (entendida como toda a legislação do ordenamento jurídico do país) corresponde à soma dos fatores reais do poder, e caso não coincidam, o Texto Maior se tornará mera folha de papel, sem qualquer observância pela sociedade. Assim,

[...] os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (LASSALLE, 1993, p.17)

Fica evidente, portanto, que a legislação deve se adequar às exigências do povo, sob pena de tornar-se inativa e obsoleta, além de impor barreiras à sociedade em detrimento de atender aos seus anseios.

## Conclusão

Diante do exposto, concluiu-se que a promulgação da lei 13.269/16, fruto do trabalho conjunto dos poderes legislativo e executivo, com a elaboração e sanção da mesma, respectivamente, encontra amplo respaldo quando analisado sob a ótica jurídica. Apesar da ausência de registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia responsável pelo controle de qualidade dos medicamentos, liberar o uso de um composto químico que traz chances de cura é dar ao paciente acometido por neoplasia maligna a liberdade de escolha e de condução de sua vida privada, em atendimento ao direito fundamental à liberdade, à vida digna e à saúde, todos respaldados na Constituição Federal, no Código Civil e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Assim, a promulgação da lei que regula a fosfoetanolamina sintética é uma tentativa de solução de uma das doenças que mais acomete os cidadãos no Brasil: de acordo com o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (Inca), houve o registro de 600 mil novos casos de câncer por ano em 2018 e em 2019. Além disso, durante a realização dos estudos pela ICESP, uma paciente com melanoma, tumor agressivo na pele, obteve melhora em seu quadro clínico e redução de 30% da lesão, enquanto 20% (vinte por cento) dos enfermos com câncer colorretal, meta proposta a ser alcançada, obtiveram regressão de 30% (trinta por cento) da doença.

Ademais, tem-se os diversos relatos de pessoas que se curaram após com se tratarem com a substância em entrevistas e depoimentos nos canais de comunicação, ainda não transformados em dados estatísticos concretos diante da recente difusão do composto e das dificuldades que permeiam seu acesso com as instabilidades que a envolvem, principalmente no âmbito jurídico.

Soma-se a isso o fato de que a substância já existe no corpo humano e é naturalmente produzido no fígado e em alguns músculos específicos, havendo teses de que funcionaria como estimulante das próprias células do organismo a combaterem as células anormais, através de doses extras artificiais ingeridas pelo enfermo, ou através de ações anti-inflamatórias e apoptóticas, ou até mesmo agindo na carcinogênese, ou seja, tendo influência na formação do tumor. No entanto, seja qual for a tese científica-

mente comprovada, o fato de se tratar de uma substância natural diminui a possibilidade de produção de efeitos maléficos ao organismo humano.

Além disso, o principal argumento contrário seria o de que a mesma funcionaria como efeito placebo, ou seja, traria a cura porque afetaria o paciente apenas psicologicamente, com efeitos medicamentosos inertes, pois ele acreditaria estar sendo tratado, o que traria resultados positivos com relação à doença. A indagação que surge, portanto, é: sendo efeito placebo, mas atingindo-se a cura, quais os óbices em legalizá-la?

Dessa forma, as etapas a serem seguidas para a legalização de um medicamento, pelas quais a “*fosfo*” ainda não passou, devem ser relativizadas em face do direito à vida, à saúde e à liberdade, todos direitos fundamentais constitucionais. Além disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 15, protege a liberdade do paciente em escolher o tratamento que julgar adequado, o que foi reiterado na própria lei, posteriormente suspensa, a fim de ser preservada a liberdade individual.

Sendo assim, os direitos fundamentais dos cidadãos foram devidamente resguardados pelo legislador, mas ignorados pela instância máxima do poder judiciário, a Suprema Corte, ao suspender a lei.

Analisou-se, por fim, as teorias de justiça para resguardar o ato legislativo: segundo a teoria de justiça de Sócrates, a alma deve ter como objetivo o bem-viver, o que é conseguido utilizando-se a “*fosfo*”, que mesmo não atingindo a cura, consegue ao menos atenuar os efeitos maléficos da neoplasia maligna. Aristóteles, por sua vez, delineia o conceito de equidade, que coincide com o exercício da justiça, alcançada através da lei que se direciona especialmente aos acometidos pela doença, observando as necessidades especiais de cada grupo social, atingindo-se assim não a igualdade formal, mas material.

Em seguida, adentrou-se no universo das teorias modernas de justiça, com Immanuel Kant. Observou-se que permitir o acesso à substância é deixar o indivíduo se valer de um direito inato seu, a liberdade, pois cabe a ele fazer a escolha de se tratar ou não com o composto, desde que ciente da não conclusão dos estudos. Sendo, portanto, a dignidade um imperativo categórico, deve ser o fim de todas as condutas, inclusive da legislativa.

Após isso, viu-se de que forma o utilitarismo justifica a referida lei: maximizar a felicidade, conquistada através da cura, para o maior número de indivíduos, é o que se deve buscar sempre. Democratizar o acesso à

substância, desburocratizando os mecanismos de obtenção, é o papel do poder legislativo seguindo-se a ótica utilitarista.

Concluindo o estudo das teorias de justiça, analisou-se a teoria libertária, que sem dúvida, é a que melhor justifica a decisão legislativa e conseqüentemente se opõe ferreamente à revogação da lei pelo STF: o Estado não deve intervir na esfera individual, mas prezar pela máxima liberdade dos cidadãos. Assim, proibir o uso, comercialização ou prescrição da “pílula do câncer” é cercear a liberdade do ser humano de decidir o seu destino, de criar o seu próprio senso crítico acerca das alternativas que lhe são apresentadas, coibindo sua autodeterminação.

Por fim, viu-se que o regime político da democracia, ao qual o Brasil se filia, está diretamente ligado à referida lei. O anseio da sociedade de ter acesso ao seu uso, observado através de protestos, campanhas, relatos de usuários curados e inúmeros pedidos impetrados na justiça que pleiteavam sua liberação, inexoravelmente tiveram participação decisória na atividade legislativa, que deve em todos os casos servir à população, sob pena de não corresponder aos interesses da coletividade e perder a sua força cogente.

Sendo assim, não se deve cogitar que legalizar a “pílula milagrosa” abrirá precedentes no universo jurídico, implicando numa série de legalizações de outros compostos químicos que ainda não passaram por todas as fases de estudo, à medida em que, como anteriormente esclarecido, a substância em questão diferencia-se das demais por uma série de fatores, entre os quais o principal é a gravidade da enfermidade que se destina a curar.

Além do mais, não seria justo, como apreendido do estudo realizado das diversas teorias de justiça, penalizar a vida de inúmeros doentes pela não finalização das etapas burocráticas que cerceiam a regularização de um medicamento. Suspender a aplicação da Lei 13.269/16, dotada de conteúdo inovador, e que representa esperança para os doentes é, antes de mais nada, romper com o pacto democrático vigente no Estado brasileiro, tornando a CF/88 uma simples folha de papel, como preleciona Ferdinand Lassalle, com ausência de efeitos observáveis na sociedade por ela regida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<http://www>.

un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Administrativo Positivo**. 4<sup>a</sup> edição. São Paulo: CL EDJUR Editora e Distribuidora Jurídica, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil.

BRASIL. **Lei nº 13269, de 13 de abril de 2016**. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Márcio F. Elias, Marisa, F. Santos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/wcm/dmdc/2016/numeros-cancer-brasil.asp>>. Acesso em: 01 de agosto de 2019.

Disponível em: <<https://www.minhavidade.com.br/saude/materias/20219-fosfoetanolamina-sintetica-entenda-o-que-e-a-pilula-do-cancer>>. Acesso em: 01 de agosto de 2019.

Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/cancer-e-principal-cao-de-morte-por-doenca-entre-brasileiros-de-15-a-29-anos-aponta-inca.ghtml>>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/e-o-fim-da-fosfoetanolamina-a-pilula-do-cancer/>>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

Disponível em: <<https://cbdl.org.br/inca-solta-estimativa-de-numeros-de-cancer-no-brasil-em-2018-2019/>>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

*MICHAEL*, J. *Sandel*. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa?. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice M. 6° edição. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2011.

REALE, Miguel. **Os direitos de personalidade**, 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

SERRETTI, André Pedrolli. **O fundamento moral da Teoria do Direito em Kant**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7434](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7434)>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1**: Lei de Introdução e Parte Geral . 10ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

# MEDIDAS DE SEGURANÇA: A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA INTERSETORIAL DO PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO INFRATOR INIMPUTÁVEL (PAI-PJ)

*Gabriela Lopes dos Santos*

*Alcilene Lopes de Amorim Andrade*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versará o tratamento do Estado com aqueles que cometeram violação penal e são classificados como inimputáveis, conforme artigo 26 da legislação Penal Brasileira, frente às disposições apresentadas na Lei Antimanicomial, (Lei n.º 10.216/01), que estabelece um novo paradigma de intervenção aos portadores de sofrimento mental no Brasil.

Em relação à assistência em saúde mental, em linhas gerais, têm ocorrido esforços para o rompimento com o modelo tradicional, onde os portadores de transtornos mentais eram internados em instituições como manicômios e hospitais psiquiátricos, ficando isolados do convívio familiar. Os novos modelos são baseados na assistência extra-hospitalar, em um movimento de desinstitucionalização dos cuidados. A partir da década de 1990, preferencialmente a assistência em saúde mental passou a ser realizada junto às famílias, sem que os pacientes sejam afastados de seu convívio sociocultural. (GOULART, 2006)

Um importante programa para executar este novo modelo de assistência ao portador de sofrimento mental que tenha cometido infração pe-

nal será tratado nesse artigo, o denominado “Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ)”, um programa inovador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Assim, o objetivo deste estudo é apresentar os resultados positivos do PAI-PJ na luta por oportunizar ao paciente judiciário, o acesso aos direitos basilares fundamentais preconizados na Constituição da República Federativa Brasil

## 2. APONTAMENTOS SOBRE AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E SUA DURAÇÃO MÁXIMA

Segundo Carrara, (1998, p. 49), o primeiro Manicômio Judiciário no Brasil foi fundado em 1921, no Rio de Janeiro. Esses estabelecimentos são hospitais qualificados para receber portadores de sofrimentos mentais que cometeram crimes, os tidos inimputáveis. Por vezes considerados perigosos e estando à disposição da Justiça. No final do século XIX, ocorreu em diversas sentenças a premência de mudar a pena por outro meio de sanção, a chamada medida de segurança, com a finalidade de tratar os sujeitos autores de delitos. Essa sanção desvinculava-se da compreensão da punição, possuindo atribuição primordial de afastar o autor inimputável do meio social, tendo que sua formação biopsicológica, indicava perigo e ameaça à sociedade. (CARRACA, 1998)

Com o desenvolvimento da compreensão sobre a periculosidade, o sujeito foi alcançado por disposições de caráter punitivo, visto que ao realizar ato ilícito, seria um indicador de periculosidade e por força disso precisaria de ser submetido a tratamento que impedisse novos crimes. A ideia de periculosidade presta-se como base para explicar as medidas de segurança, e o fundamento basilar destas é a compreensão da periculosidade do sujeito reconhecida no ato ilícito praticado, apoiadas na concepção da tutela social, possuindo intuito de distanciar o sujeito perigoso da coabitação com a sociedade. (FILHO; PERES, 2011)

Segundo as considerações de Nucci (apud Monteiro, 2011, p.20), a medida de segurança é um meio de penalidade de natureza curativa e preventiva, objetivando prevenir que o sujeito inimputável ou semi-imputável, autor de infração penal, volte a realizar outro ato criminoso, obtendo tratamento apropriado.

A sentença que emprega a medida de segurança dá-se pela constatação da semi-imputabilidade (sentença condenatória) ou da inimputabilidade do autor (sentença absolutória imprópria), expondo que o sujeito efetuou o delito, mas reconhece a incapacidade de discernimento da qualidade ilícita do fato. (TÁVORA; ALENCAR, 2011)

O Código Penal Brasileiro dispõe que as medidas de segurança, sendo a internação ou tratamento ambulatorial, serão empregadas por tempo incerto e deverão prosseguir durante o tempo em que o sujeito é apontado como perigoso. Segue redação:

Art. 97§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (BRASIL, 2017)

Nota-se então, que a legislação previne o tempo mínimo para a medida de segurança, contudo, afirma que terá prazo indeterminado quanto à sua duração máxima, submetendo a sua cessação à extinção da periculosidade do autor do delito. (TÁVORA; ALENCAR, 2011)

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal já há algum tempo manifestava acerca da premência de limitar o tempo de duração das medidas de segurança. Haja vista que as medidas de segurança têm natureza de sanção penal, o STF reputava que tais medidas, à luz do art. 5º, XLII, b, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “não haverá penas de caráter perpétuo”, assim, careceria procurar estabelecer um limite máximo para a aplicação das medidas de segurança. (BRASIL, 2005)

Esse tratamento concedido ao inimputável dá-se como desigual e severo, visto que o sujeito imputável, recebe claramente uma limitação da atuação do Estado, não podendo ser superior a 30 anos, conforme determinado no artigo 75 do Código Penal:

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. § 2º - Sobrevindo condenação por

fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (BRASIL, 2017)

Baseando-se nos preceitos da proporcionalidade e da isonomia, o STF firmou a seguinte compreensão:

“(...) A prescrição da medida de segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, limitada, contudo, ao período máximo de 30 (trinta) anos, conforme a jurisprudência pacificada do STF. (...)” STF - RHC n.º 100383 AP-AMAPÀ, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe 4/11/2011. (BRASIL, 2011)

Revisando sua jurisprudência, o STJ antes afirmava que as medidas de segurança não teriam prazo máximo estipulado, permanecendo enquanto não findasse a periculosidade do sujeito. Baseando-se nos preceitos da proporcionalidade e da isonomia na sua nova orientação, criou-se a Súmula 527, com a seguinte disposição: “STJ/Súmula 527: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.” O lapso temporal de duração da medida de segurança deverá limitar-se ao máximo da pena abstratamente cominada ao delito cometido, perdurando enquanto houver a presença da periculosidade do sujeito, não ultrapassando 30 anos. (BRASIL, 2013)

O Poder Judiciário poderá determinar a interdição civil do agente em razão da doença mental grave, como também a internação compulsória. Artigo 6º da referida lei da Reforma Psiquiátrica, dispõe da seguinte forma:

Art. 6º. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro;

e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001)

E os artigos 1.767 e 1769, I do Código Civil, possuem a seguinte redação: Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos. (BRASIL, 2002)

“Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição: I – em caso de doença mental grave[...]”.

Assim, nos casos em que o agente submetido a medida de segurança alcance o tempo máximo e permaneça com alto grau de periculosidade consoante a perícia médica, poderá haver propositura de ação civil de interdição, embasado na Lei 10.216/01, dispõe o STJ:

“É admitida, com fundamento na Lei 10.216/01, em processo de interdição, da competência do Juízo Cível, a determinação judicial da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental perigoso à convivência social, assim reconhecido por laudo técnico pericial, que conclui pela necessidade da internação. Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 135271 SP 2009/0082035-2”. (BRASIL, 2013)

### 3. O PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL AO PACIENTE JUDICIÁRIO PORTADOR DE SOFRIMENTO MENTAL -- PAI-PJ

O Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental – PAI-PJ, criado por meio da Portaria Conjunta nº 25/2001, despontou por meio de uma pesquisa efetuada por estagiários que cursavam psicologia no Centro Universitário Newton Paiva, na cidade de Belo Horizonte- Minas Gerais. Verificaram processos criminais, no

qual os autores das infrações penais eram portadores de sofrimento mental. Foi implantada a Casa PAI-PJ, no mês de julho de 2002, em colaboração com o Centro Universitário Newton Paiva, deste modo, deu-se início aos acompanhamentos em todos os estágios do processo criminal do sujeito que manifestou prenúncio de doença mental, de maneira intersetorial, promovendo a responsabilização do infrator, sem restringir seus laços com a comunidade, acatando os princípios da Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei n.º 10.216/01. (BARROS-BRISSET, 2002)

O programa visa oportunizar o acesso aos direitos basilares fundamentais preconizados na Constituição da República Federativa Brasil, pretendendo alcançar o resgate dos laços sociais do sujeito. Sendo orientado pelas atribuições da Lei 10.216/2001, referente à reforma psiquiátrica, suscitando a substituição do modelo manicomial. Esse programa, no ano de 2010, passa a compor o Projeto Novos Rumos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com sua regulamentação na Resolução n.º 633/2010. O Programa Novos Rumos define o procedimento novo do TJMG no âmbito das execuções penais, favorecendo a humanização no momento de cumprir as penas privativas de liberdade, fomentando a justiça e reinserção social. (BARROS-BRISSET, 2002)

Segundo Barros-Brisset (2010, p. 12), buscou-se criar diretrizes para acompanhar o paciente judiciário. Por meio das pesquisas clínicas acerca da psicose, de ensinamento lacaniano, o crime de matar alguém, em princípio, é definido pela passagem ao ato, que busca resolver um sofrimento intolerável psicologicamente, compondo uma reação à angústia experimentada, quando este sujeito se desagrega do mundo. Ao acompanhar os casos, o programa segue as orientações clínicas lacanianas, priorizando o entendimento dos pacientes como pessoas aptas a responder por suas ações.

Composto por dois núcleos, o PAI-PJ dispõe de um núcleo supervisor e núcleos regionais, o primeiro possui sede na Comarca de Belo Horizonte e atuação em todo o Estado de Minas Gerais, monitorando e orientando as práticas nas regionais, e os últimos associados administrativamente aos diretores de foro das Comarcas em que foram colocados, possuindo equipes interdisciplinares de assistência psicológica, social e jurídica. Possui em seu quadro interdisciplinar: Coordenadores Clínicos; coordenadores administrativos; assistentes sociais judiciais; psicólo-

gos judiciais; estagiários de psicologia e servidores no setor administrativo. ((BARROS-BRISSET, 2010)

Consoante a sua divulgação no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, atribui-se ao Programa PAI-PJ<sup>26</sup>:

Acompanhar os processos criminais nos quais o réu ou sentenciado é ou apresenta indícios a ser portador de sofrimento mental, fornecendo subsídios técnicos para a prestação jurisdicional nas várias fases do processo.

Visa auxiliar a autoridade judicial na individualização da aplicação e execução das penas e medidas de segurança, de acordo com o previsto na legislação penal vigente.

Se orienta pelo princípio da reforma psiquiátrica, promovendo o acesso a tratamento em saúde mental na rede substitutiva ao modelo manicomial.

Trabalha no sentido de viabilizar a acessibilidade aos direitos fundamentais e sociais previstos.

Dar-se-á de modo intersetorial, promovendo a parceria do Judiciário, Ministério Público e o Executivo através da rede pública de saúde e da rede de assistência social, de acordo com as políticas vigentes, na atenção integral ao portador de sofrimento mental.

A equipe do PAI-PJ é composta por psicólogos, assistentes sociais e bacharéis em Direito, devidamente capacitados para atuarem no Programa.

As atividades desenvolvidas pelo PAI-PJ representam um avanço na execução da medida de segurança no Estado de Minas Gerais, na medida em que auxilia ao Judiciário e Ministério Público na individualização desta sanção penal, permitindo um tratamento adequado ao portador de sofrimento mental que comete infração penal.

O encaminhamento dos casos acontece por meio de ofício dos juízes criminais, pelos familiares, por instituições de acompanhamento em saú-

---

26TJMG: [http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai\\_pj/cartilha\\_final.pdf](http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/cartilha_final.pdf).

de mental, dentre outros, indicando que sejam assistidos pelo programa. Quando o sujeito encaminhado não dispõe de sentença de medida de segurança ou não tiver sido instituído no processo a incidência de sanidade mental, será efetuado análise clínica, jurídica e social do quadro e requerido ao juiz criminal permissão de assistir o caso. Recebendo a permissão, e ainda não estando em tratamento, será dirigido à Rede Pública de Saúde Mental. (BARROS-BRISSET, 2010)

De acordo com Barros-Brisset (2010, p. 29), realizando uma análise do caso, os assistentes sociais judiciais expõem aos pacientes os meios para sua reintegração na sociedade, buscando garantir os direitos fundamentais do sujeito. Quanto aos psicólogos judiciais, estes efetuam a assistência sistemática dos pacientes, visando dar atenção e acolhimento. Já os assistentes jurídicos analisam os autos, acompanhando os ritos processuais, comunicando aos pacientes judiciários acerca da sua condição processual, estando presentes nas audiências, realizam edição dos ofícios encaminhados para os juízes, embasando nas informações recebidas do quadro interdisciplinar do programa. Diante disso, o PAI-PJ, instituído no Estado de Minas Gerais destaca que há mais de um século o infrator, portador de sofrimento mental, tem sido segregado, distanciado dos familiares, sem a dignidade de ser um sujeito repleto de direitos.

O programa espelhou novos projetos, como Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAI-LI), instituído em outubro de 2006, em Goiás, pelos ministérios da Justiça e da Saúde. Conquistou com sua atuação, notoriedade Nacional e internacional. Em 2009, o PAI-PJ obteve o Prêmio Nacional de Cidadania com Segurança e Direitos Humanos, recebendo o 1º lugar na Conferência Nacional de Segurança Pública realizada em Brasília. (BRASIL, 2009)

Os resultados alcançados com o programa permitem quebrar com o mito que circunda os portadores de sofrimento mental. O índice de reincidência é praticamente zero, onde nenhum dos sujeitos condenados pelo cometimento de delitos violentos retornou a cometê-los. (BARROS-BRISSET, 2010)

Apresenta-se a seguir a entrevista realizada com a coordenadora do PAIPJ, divulgada mediante autorização da mesma conforme Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

#### 4. ENTREVISTA À FERNANDA OTONI DE BARROS-BRISSET

A Coordenadora do Programa PAI-PJ e psicanalista Fernanda Otoni de Barros-Brisset, concedeu entrevista no dia 25-09-2017. Ela é conhecedora dos preconceitos atribuídos ao sujeito portador de sofrimento mental, o tido “louco infrator”, definição utilizada para caracterizar o sujeito que cometeu delito e é inimputável. O Programa é um modelo em todo o mundo, rompendo com antigos paradigmas.

A Dra. Fernanda Otoni, é Membro da Escola Brasileira de Psicanálise e autora de várias produções referentes à sociedade atual e a loucura. Para ela, o maior benefício do Programa é o favorecimento do laço social a partir das singularidades de cada um, defendendo o convívio social.

#### 5. O Pai-PJ possui abrangência Nacional?

**Dra. Fernanda Otoni-** O Pai-PJ foi o primeiro programa no mundo ocidental, no nosso país a subverter a ideia de que a pessoa que comete crime em situação de sofrimento psíquico seja portadora de uma determinada periculosidade e por conta disso ela precise ficar em sistema de vigilância por tempo indeterminado. Essa suposição de que ela é uma pessoa perigosa, implica no entendimento de que a sociedade precisa se defender dela, e defendê-la dela mesma, nesse sentido, o Programa Pai-PJ desde final de 1998, iniciou suas pesquisas e em 2000 houve a instalação do Projeto piloto dentro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Foi o primeiro Projeto a pensar que essas pessoas poderiam receber um tratamento em saúde mental, conforme o estabelecido a todas as pessoas em situação de sofrimento mental, seguindo as diretrizes da saúde. Isso produziu essa subversão do sistema, primeiro em Belo Horizonte, depois em Minas Gerais através da resolução 633/2010. Com isso o programa interferiu nas políticas nacionais, desde a Conferência Nacional de Saúde Mental que ocorreu em 2001, já temos resoluções, orientações, para o portador de sofrimento mental diferente das de antes, já embasadas pelo PAI-PJ.

Em 2002 houve uma reunião para reorientação dos Hospitais de Custódia e treinamento adicional, onde o PAI-PJ foi indicado. Em 2011

o CNJ fez uma recomendação, onde ele reformula para todos os tribunais do País seguirem essa metodologia do PAI-PJ.

## 6. Diante do atual cenário do nosso País, o Programa tem sofrido alguma consequência?

**Dra. Fernanda Otoni-** A mesma consequência que tem tido para todos os programas públicos de cunho social. Tem tido uma ausência de recursos, e isso fragiliza a potencialidade do programa. Essa situação onde os projetos sociais não são considerados prioridades, não têm sido incentivados e o Pai-PJ também sofre com essas consequências.

## 7. Qual a visão que a sociedade tem em relação a esses indivíduos portadores de sofrimento mental que cometem os delitos?

**Dra. Fernanda Otoni-** A sociedade tem uma leitura de uma abrangência mais leiga, de alguma forma os mitos imaginários que circulam nas brechas dos discursos estabelecidos, eles encontram materialidade quando um crime dessa natureza acontece, então, todo estigma que por séculos acompanhou a pessoa em situação de sofrimento mental, que foi responsável pela internação dessas pessoas, com a Lei 10.216, há uma modificação desse cenário, ou seja, a loucura sai das instituições e vai para as ruas. Quando o crime acontece com pessoas que tem essa característica, é como se reativasse na sociedade todo esse de preconceito imaginário, como exemplo, o tido louco da cidade, o monstro, como se isso tudo ganhasse espelho, ganhasse face.

Existem pessoas, que são consideradas pela cidade perigosas, sem nunca cometeram um crime, e a cidade convive com ela a uns 20 ou 30 anos, e tem medo dela, apenas pelo fato de ser portadora de um comportamento bizarro em momento de crises.

O programa trabalha no sentido de promover o tratamento para situações de crise, esse comportamento muitas vezes considerado bizarro e antissocial, passa a ter uma certa receptividade, passa pela secretaria do programa, junto à comunidade e à família.

Segundo a Dra. Fernanda Otoni, o portador de sofrimento mental já responde pelo ato no momento em que ele comete esse erro. É uma

desconsideração do **REAL** quando o Direito diz que ele não é capaz de responder pelos seus atos, porque no Direito, se ele cometer um crime, ele é preso, ele vai pra cadeia, ele passa pelos exames de insanidade mental, se considerado inimputável, ele vai para o manicômio judiciário, ou seja, o corpo desse sujeito, responde, mas, do ponto de vista formal, ele é considerado sem condição de responder, e onde que incide essa presunção de que ele não tem condição de responder? Isso incide sobre o corpo dele, e logo, é uma violação dos seus direitos. Se o sujeito que é considerado capaz de responder pelos seus atos, possui uma pena e uma previsão máxima para esta, já o portador de sofrimento mental não, seria por tempo indeterminado só pela presunção da loucura, ou seja, é uma violação do direito e uma desconsideração do real.

## 8. O programa atende menor infrator portador de sofrimento mental?

**Dra. Fernanda Otoni-** Não atende. Houve por um tempo um programa chamado Catur, fazia o acompanhamento de adolescentes, de jovens nessa situação, mais fizeram a interrupção por cortes de recursos, feito em maio de 2016.

## 9. Quais são os dados quanto ao número de reincidência no Programa?

**Dra. Fernanda Otoni-** Muito baixos, 0,8 de reincidências de modo geral, houve apenas um caso de reincidência em crime de maior potencial ofensivo, e foi um caso em que não houve seguidamente o acompanhamento da rede de saúde, houve um intervalo. O Programa possui mais de 6000 mil casos acompanhados.

## 10. O que seria um indivíduo considerado de alta periculosidade?

**Dra. Fernanda Otoni-** Eu não conheço. Nunca encontrei, mais que a literatura psiquiátrica, Lombrosiana diz ser as pessoas que teriam intrinsecamente uma tendência a fazer o mal, como se fosse algo da sua

constituição, dando corpo a ideia secular do monstro. Isso que na literatura é a pessoa considerada perigosa.

Na prática existem **SITUAÇÕES** perigosas, situações de grande sofrimento são situações perigosas, independente do CID da pessoa, independente se ela é classificada dentro do manual internacional de saúde como tendo alguma manifestação de algum sofrimento psíquico ou não, mesmo uma pessoa sendo considerada normal, em situações de grande sofrimento, de crise, de estresse, de trauma, pode ser capaz de atos terríveis.

## 11. Quais seriam os benefícios do programa Pai-PJ para reinserção do portador de sofrimento mental no contato com a família e a sociedade?

**Dra. Fernanda Otoni-** O PAI-PJ é considerado um dispositivo conector, eles promovem a conexão do paciente, o laço com o sistema de justiça, com o sistema de saúde, com a família, com a sociedade, através daquilo que ele nos entrega como sendo o seu detalhe, a sua condição, a sua possibilidade.

É considerado no PAI-PJ o fato desses sujeitos participarem das audiências, serem ouvidos pelos juízes, visto que antes eles não participavam, os juízes não ouviam essas pessoas, apenas os peritos, assim, o fato de falar sobre isso, acarreta consequências, na própria relação desse sujeito com a responsabilidade, ele sabe que ele cometeu um crime, que isso tem consequências, que ele tem que responder por essas consequências, que a família e a sociedade perguntam sobre isso. Tudo isso vai estabelecendo condições de laços sociais ao sujeito.

Então eles favorecem que o paciente possa ter condições de demonstrar esse laço razoável, mesmo que seja um laço estranho, mais que ele possa demonstrar esse laço tanto respondendo por seu ato juridicamente, tanto com seu tratamento. Então o maior benefício é talvez favorecer o laço social a partir das singularidades, de cada um, que a cidade possa suportar a loucura de cada um.

## ANÁLISE ACERCA DA ENTREVISTA

Pode-se constatar através das informações obtidas pela entrevista a relevância da criação do Programa Pai-PJ, sendo este inédito no Brasil

com o intuito de subverter o entendimento sobre o sujeito que cometa um crime em situação de sofrimento mental seja portador de uma dada periculosidade e por esse motivo deva ser mantido em internação com duração indeterminada. Nessa perspectiva o Programa Pai-PJ desde os anos 1998 deu início as pesquisas para a posterior instalação do projeto dentro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O Pai-PJ foi o primeiro projeto a criar a ideia que esses sujeitos poderiam receber o tratamento em saúde mental seguindo as diretrizes da saúde, sendo humanizados, recebendo assistência multisetorial para se alcançar a possível reinserção desse sujeito no meio social e familiar.

Quanto ao índice de reincidência no Programa, verifica-se serem muito baixos, praticamente zero. Trabalhando na promoção de tratamentos para situações de crise, o programa se tornou uma importante ferramenta no Estado de Minas Gerais na busca dessa conexão do paciente e sua singularidade com o meio social, considerado um dispositivo conector, promovendo a conexão do paciente com o sistema de justiça, com o sistema de saúde, com a família, com a sociedade, através daquilo que o sujeito entrega como sendo sua possibilidade, e assim, oportuniza a conexão do paciente com tudo que compreende seus laços com a sociedade e o resgate da sua dignidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa para desinstitucionalizar a assistência a esses sujeitos portadores de sofrimento mental, busca inserir a família na atribuição de protagonista nessa caminhada, conjuntamente ao quadro de profissionais de saúde mental.

O acompanhamento multiprofissional nos cuidados dos pacientes inimputáveis, conjuntamente ao apoio familiar gera resultados positivos. O caráter preventivo, educativo e reintegrador ficou bastante evidente dentre as principais ações que podem ser realizadas pelas equipes multiprofissionais do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental – PAI-PJ.

Entende-se, portanto, que o processo de mudanças provenientes da Reforma Psiquiátrica, vem ocorrendo ainda aos poucos no ambiente de saúde pública, porém, nota-se a necessidade de ampliação dos trabalhos a serem realizados para efetivar o progresso assistencial da saúde mental.

Institucionalizar significa alienar as pessoas custodiadas, que se restringem a um cotidiano repleto de limitações que compõem a prática dos Hospitais de Custódia.

Nota-se também a necessidade de adequação da Lei Penal Brasileira às novas demandas sociais concernentes aos portadores de doença mental, objetivando ressocializá-los e tutelar seus direitos.

Os pacientes judiciários são sujeitos repletos de direitos. O PAI-PJ, destaca-se nesse cenário de conexão do paciente com tudo que compreende seus laços com a sociedade em que vive e o resgate da sua dignidade, auxiliando o Judiciário na individualização da medida de segurança, norteado pelos preceitos da reforma psiquiátrica, objetivando alcançar a humanização do tratamento aplicado aos pacientes judiciários.

## REFERÊNCIAS

BARROS-BRISSET, F. O. **Um programa de atenção integral ao louco infrator**. Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal, Belo Horizonte – Ed. Del Rey, v. 05, p. 23-34, 2002.

BARROS-BRISSET, F. O. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <[http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai\\_pj/livreto\\_pai.pdf](http://ftp.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/livreto_pai.pdf)>. Acesso em 01 de junho 2019.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Rideel. 25ª edição. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 160734**. São Paulo. STJ – Voto do Rel. Min. JORGE MUSSI no AgRg. 5ª TURMA, DJe 08.10.2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24352665/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-160734-sp-2010-0015753-5-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em 12 de abril 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 135271**. SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, DJe 04.02.2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870498/habeas-corpus-hc-135271-sp-2009-0082035-2-stj/inteiro-teor-24870499?ref=juris-tabs>>. Acesso em 12 de abril 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 102.489** RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 22.11.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1688131>>. Acesso em 10 de abril de 2019.

BRASIL. **Ministério Público do Estado (MPE)**, Secretaria da Saúde do Estado (SSE). Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI). Informações gerais sobre a implementação da reforma psiquiátrica na execução de medidas de segurança. Goiânia/Goiás: MPE, SSE; 2009. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude-mental/cartilhado-pailli.pdf>>. Acesso em 10 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.219**. Relator Ministro MARCO AURÉLIO, 1ª Turma, DJ 23.9.2005. São Paulo. 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763647/habeas-corpus-hc-84219-sp>>. Acesso em 12 de abril de 2019.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Lei nº 10.216, Lei da Reforma Psiquiátrica de 06 de abril de 2001**. Diário Oficial da União. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10216-6-abril-2001-364458-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 09 de maio de 2019.

CARRARA, Sérgio. **Crime e Loucura**. O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro e São Paulo: Eduerj/Edusp, 1998.

FILHO, Antônio Nery; PERES, Maria Fernanda Tourinho. **A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança.** 2011. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/doen%C3%A7a-mental-no-direito-penal -brasileiro-inimputabilidade-irresponsabilidade-periculosidad](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/doen%C3%A7a-mental-no-direito-penal-brasilero-inimputabilidade-irresponsabilidade-periculosidad)>. Acesso em 10 de abril de 2019.

GOULART, Maria Stella B. **A construção da mudança nas instituições sociais: a reforma psiquiátrica.** Pesquisas e Práticas Psicossociais, v. 1, n.1, São João Del Rei, jun. 2006. Disponível em: <[https://ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/revistalapip/A\\_Construcao\\_da\\_Mudanca\\_nas\\_Instituicoes\\_Sociais...\\_-MSB\\_Goulart.pdf](https://ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/revistalapip/A_Construcao_da_Mudanca_nas_Instituicoes_Sociais..._-MSB_Goulart.pdf)>. Acesso em: 09 de abril 2019.

MONTEIRO, Carolina Barroso da Silva. **A aplicabilidade das Medidas de Segurança no Direito Penal brasileiro.** Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bits-tream/handle/10438/10447/Carolina%20B.%20da%20Silva%20Monteiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 de abril 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11<sup>a</sup> ed. Editora: Jus Podivm, 2016.

# SISTEMA AQUIFERO GUARANI: IMPLICAÇÕES SÓCIAS - JURÍDICAS, HUMANAS E AMBIENTAIS NO BRASIL

*Vilma Maria Inocência Carli*

## - INTRODUÇÃO

Como, existe uma tradição no país de descuido e uso descontrolado dos recursos hídricos, mas mesmo assim esse atual abastecimento de água potável às populações do Brasil e dos demais países onde se encontra o Sistema Aquífero Guarani, em quantidade e qualidade adequadas, que ainda pode ser considerado como um indicador básico de uma boa qualidade de vida.

Mas em história recente a humanidade encontra-se desperta para essa preocupação global sobre as questões que envolvem a preservação do meio ambiente e a utilização sustentável e racional dos recursos hídricos, é de suma importância para a vida no planeta.

Entende-se que um dos maiores problemas para a preservação dos recursos hídricos nos dias atuais seja a falta de consciência da sociedade, o que traz grande preocupação é principalmente com relação à vulnerabilidade desse recurso, vez que é alimentada, seguramente, pelo descaso de muitos governantes com relação aos problemas relacionados à gestão dos recursos hídricos, e o uso com sustentabilidade por todos.

Mas é necessário de imediato que seja feito um alerta à população sobre uma possível crise da água, não só de sua escassez, mais sim de um futuro incerto e sem vida, e que seja feito através de campanhas Municí-

país, Estadual e Federal permanente, e ainda que haja implementação de todos os projetos que são voltados diretamente para a educação ambiental, e a proteção da água, dos mananciais, das nascentes, do Sistema Aquífero Guarani.

E que as campanhas de orientação e prevenção quanto ao uso indevido ou exagerado da água potável, se faz necessário uma tomada de medidas no sentido de que seja elaborada e veiculada por todos os Municípios e o Estado de Mato Grosso do Sul, e que se possa traçar uma nova política ambiental de proteção e preservação da água doce e potável, tendo como base a cisterna do aquífero que se encontra banhando todo o solo do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acredita-se que se houver uma contribuição social, municipal, governamental no sentido de que a população possa se conscientizar de que a água é um bem fundamental para a atual e as próximas gerações, além de ser essencial para manter toda a vida no planeta.

E a atitude a ser tomada de imediato por toda sociedade no sentido de se evitar ou amenizar o uso excessivo e desnecessário da água potável, para que não haja escassez desse recurso num futuro próximo, então essa procura no sentido de se obter soluções concretas e eficazes e que todos façam uso da consciência ambiental com o intuito de melhorar a qualidade de vida, e a sustentabilidade do Aquífero Guarani que é um precioso bem para uso de todos.

## - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO SISTEMA AQUIFERO GUARANI

O artigo tem por objetivo demonstrar o Aquífero Guarani é de grande importância para a manutenção de toda a vida do planeta, que não pode existir sem a água, é de relevância porque as novas gerações devem viver e pensar sustentável, para que se possa pensar em futuro seja com base nos Direitos Humanos, e a Legislação Constitucional que o protege, seja no meio ambiente, com seus regramentos em Direito Ambiental, em pensar ecologicamente correto. (MILARÉ, 2006)

Que essa nova forma de visualizar a realidade atual no sentido de que a água potável é um bem fundamental para toda a espécie de vida e do ecossistema, e o descumprimento das leis de proteção por parte da socie-

dade, que possa sofrer algumas formas de sanção na existência de impactos que possam gerar prejuízos de toda ordem a todos os habitantes seja do Estado, ou do planeta, e ainda responder civil e criminalmente por esses impactos nocivos. (MACHADO 2016),

Lembrando, de que o mais importante é que as novas gerações sejam despertas e consciente que sua atuação nesse mundo, para que se possa assegurar ou não um futuro sustentável, principalmente quanto ao uso e as formas de desperdício da água potável, e do Aquífero Guarani, que tem sua maior reserva no Estado de Mato Grosso do Sul.

Pois bem, o Sistema Aquífero Guarani, que é considerado uma das maiores cisternas natural de água doce do mundo, localiza-se sob os territórios do Brasil, Paraguai e Uruguai, e o seu volume de água é capaz de abastecer o dobro da população brasileira atual, cerca de 360 milhões de pessoas. (ANTUNES, 2005).

O aquífero é uma manta de rocha porosa, que se encharca de água da superfície e a filtra, o que permite que ela seja puxada pela força da gravidade. Em algumas áreas, essa camada de rocha aflora na superfície, como uma espécie de filtro captador exposto.

A maioria dos poços que explora o Aquífero Guarani foi feita justamente onde ele é protegido apenas pela rocha porosa de arenito. Por isso, esses poços necessitam de proteção permanente na sua entrada, para evitar a contaminação por água com dejetos de animais ou com esgoto doméstico.

Para evitar contaminação futura, os poços têm de ser lacrados quando o cano se estraga, o que ocorre ao redor de 30 anos de uso. Nas regiões agrícolas, é que existe a preocupação com relação a aplicação na lavoura de adubos químicos, herbicidas e pesticidas, que podem entrar pela rocha porosa e contaminar a água subterrânea. (MACHADO, 2016)

E ainda para monitorar e regulamentar a retirada da água, os países onde se localiza o aquífero iniciaram conversações sobre o assunto na década de 1990. Em fevereiro de 2000, um primeiro documento foi assinado pelos Presidentes dos quatro países envolvido, em Foz do Iguaçu (PR). Em 22 de maio de 2003, foi assinado em Montevideu, no Uruguai, o Projeto Aquífero Guarani. No Brasil, o órgão de acompanhamento do aquífero é a Agência Nacional de Águas, onde são expostos os instrumentos de gestão ambiental e a pertinência em deslocar para o bloco de países a coordenação do uso do Sistema Aquífero Guarani – SAG. (FREITAS, 1995).

Conhecer a disponibilidade do SAG e a qualidade de suas águas é primordial para que possa se estabelecer políticas de gestão das águas subterrâneas no Estado e nos Municípios onde o aquífero partilha esse imenso reservatório hídrico interior e que futuramente não devem enfrentar dificuldades para abastecimento populacional ou para outros usos da água.

A origem do Sistema Aquífero Guarani, e de todas as regiões do aquífero eram historicamente compostas por um deserto pré-histórico, que com o passar do tempo, por questão de deslocamento ambiental, os ventos soprando acabaram por acumular grandes depósitos arenosos que se situavam na Bacia Sedimentar do Paraná, e representava como um extenso campo de dunas e que foi recoberto por um dos mais volumosos episódios de vulcanismo intra-continental do planeta, cuja lava solidificada originou a Formação Serra Geral, que vem a ser uma capa protetora do Aquífero Guarani. (MACHADO, 2016).

Esses mecanismos geológicos é que originaram as rochas, e justamente nessas formações geológicas, em cujos poros armazenam-se as águas do Aquífero Guarani, é que se encontra distribuído por uma área de cerca de 1.196.500 km<sup>2</sup>. Situado na porção Centro-Leste do continente sul-americano, e que se distribui pelo território de quatro países do Cone Sul, todos os membros do MERCOSUL: Argentina, com 225.500 km<sup>2</sup>; Paraguai, com uma área de 71.700 km<sup>2</sup>; Uruguai, onde ocupa cerca de 58.500 m<sup>2</sup>; e Brasil, país onde chega a algo em torno de 840.800 km<sup>2</sup>). (EDUCAÇÃO, 2017)

O aquífero que banha o Estado de Mato Grosso do Sul, além de conter a maior parte das reservas subterrâneas, se pode observar que existem muitas áreas de recarga, o que lhe confere não só ao Estado de Mato Grosso do Sul, mas também ao Brasil, uma posição estratégica, e de fácil acesso, é certo que o aquífero se dispersa ao longo de oito Estados da Federação: Mato Grosso do Sul, com uma área de 213.200 km<sup>2</sup>; Rio Grande do Sul, com 157.600 km<sup>2</sup>; São Paulo, com 155.800 km<sup>2</sup>; Paraná, com 131.300 km<sup>2</sup>; Goiás, com 55.000 km<sup>2</sup>; Minas Gerais, com 52.300 km<sup>2</sup>; Santa Catarina, com 49.200; e Mato Grosso, com 26.400 km<sup>2</sup>. (EDUCAÇÃO, 2017).

Convém esclarecer ainda de que o Sistema Aquífero Guarani resulta de diversas formações geológicas situadas no Período Triássico onde ocorreram todas as Formações Piramboia e até o do Rosário do Sul, no Brasil, além da Formação *Buena Vista*, no Uruguai, já no Período Jurássico-

co remontam que houveram as Formações Botucatu, situadas no Brasil, as *Misiones*, no Paraguai, e a *Tacuarembó*, que ocorreu na Argentina e no Uruguai. (ROCHA, 2017).

Ocorre que os arenitos do Período Triássico tiveram sua origem Fúlvio-lacustre e que chega a alcançar uma porosidade média de 16%, em razão dos elevados índices de argila, e justamente isso é que vem dificultar o fluxo de água no interior da rocha, já os arenitos do Período Jurássico teve sua origem eólica apresentando uma porosidade média de 17%, e foram nesses dois períodos históricos que ocorreram os melhores reservatórios de água do sistema. (D'ANTONA, 2011).

As rochas arenosas saturadas de água estão entremeadas por rochas basálticas da Formação Serra Geral que resultaram de intrusões desse material, sendo que a espessura desse pacote de rocha arenosa oscila entre 200 e 800 m. Porém, além de aflorar em diversos pontos do território dos países citados, ela chega a atingir 1.800 m de profundidade.

Por isso, existe uma variação importante na temperatura da água, que em alguns pontos chega a 65°C e, em outros, aflora a temperatura ambiente oscilando próximo a 20°C.

A área de ocorrência do Sistema Aquífero Guarani se caracteriza por concentrar as zonas agropecuárias mais importantes de cada país, seja Brasil, Uruguai, Argentina, e Paraguai, e que possuem grandes impactos ambientais, os quais não são tratados devidamente conforme dispõe a legislação ambiental. (MARTINE, 2012).

Além disso, essas regiões se caracterizam por possuírem terras muito férteis e solos com altos índices de produtividade onde em geral são desenvolvidas as culturas de soja, milho, trigo, cevada, sucroalcooleira, algodão, e outras, e com excelente potencial de desenvolvimento da pecuária de corte de grande diversidade de raças, além de uma indústria bastante diversificada, destacando-se a automobilística e a de beneficiamento de produtos agropecuários, ou seja, a agroindústria, a indústria frigorífica, e a indústria de laticínios. (ANTUNES, 2017).

Existe muita água, de boa qualidade, sob nossos pés, sob os pés das populações de quatro países da América do Sul, que não são usadas com sustentabilidade, mas acontece que o Aquífero Guarani que ocupa 1,2 milhões de quilômetros quadrados sob parte dos territórios do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, ainda não possui uma legislação própria para

coibir os abusos que são causados ao meio ambiente e aos recursos hídricos que se encontram ainda em comum. (GUIMARÃES, 2007).

Convém esclarecer de que o Aquífero Guarani, no Brasil, está em maior profusão sob os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Goiás, abrangendo uma área de cerca de 840 mil metros quadrados.

E que segundo os especialistas, se trata de um dos maiores mananciais de água do mundo, com 45 trilhões de metros cúbicos, o equivalente a um milhão e quinhentos mil lagos de Itaipu, e isso nesse momento de crescimento global do consumo de água potável e doce, se trata na realidade atual que deve ser considerado como um dado estratégico. (AQUÍFERO GUARANI, 2017).

## - AGUA POTÁVEL E AS NOVAS FORMAS DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL.

As medidas legislativas de proteção do meio ambiente e dos recursos hídricos no Brasil, e ainda a construção de novas formas de promoção do meio ambiente, bem como o a implantação e aproveitamento melhor dos recursos hídricos, que é feito atualmente por medidas institucionais específicas, principalmente no sentido e para que ocorra uma melhor gestão do Aquífero Guarani. (PAIM, 2003).

E que ainda para que as leis sejam mais eficaz e menos demorada e que se possa fazer uma captação de água potável para o consumo da população, praticamente com custo zero, e como forma de acelerar o desenvolvimento humano, social, político e cultural, com base no Código de Águas, Constituição Federal de 1988, Código Civil Brasileiro, Legislação Ambiental, e outras que se fizerem necessárias. (MORAES, 2013).

Dessa forma o objetivo que é o de contribuir diretamente com a sociedade, e ainda com a possibilidade de uma nova alternativa de captação de água potável para o consumo humano e também para outros fins, mas com a utilização de menos recursos financeiros e num espaço de tempo menor, de modo a acelerar o desenvolvimento, sendo que mesmo influencie diretamente no abastecimento público, industrial, na geração de empregos, e outros, e principalmente nas regiões onde ocorre o aquífero deve ser uma prioridade estadual, e municipal. (GUIMARÃES, 2007).

Mesmo porque é dever da sociedade em ressaltar e valorizar os meios já existentes, que são resultados de todas as reuniões e grande esforço Municipal, Estadual e Federal, e que não implicam reconhecer que não são suficientes para levar a bom termo o uso sustentável de recursos hídricos subterrâneos, que se encontram a disposição para uso de maneira sustentável, para ser usado hoje, mas com vistas no futuro das próximas gerações. (EDUCAÇÃO, 2017).

Em relação às políticas de abertura e exploração de poços, são de responsabilidade dos Governos Estaduais, acontece que alguns pesquisadores entendem que se os políticos tivessem uma percepção maior dessa potencialidade, e a disponibilidade da água doce praticamente sem custo, com uso sustentável dessa forma pode-se entender de que alguns Estados do Brasil, não sofreriam tanto com secas e falta de água potável.

Por isso é de grande relevância social, ambiental e jurídica identificar os impactos ambientais, constitucionais e legais que devem ser o ponto de partida para avançar no entendimento das políticas pública de preservação e prevenção dos estoques subterrâneos estratégicos que o Sistema Aquífero Guarani representa para o Estado, a Nação e ao Mundo. (MORAES, 2013).

Sempre no sentido de levantar alguns aspectos ligados aos danos ambientais se existentes provocados pelo uso de herbicidas, pesticidas, chorumes, lixões, levando em conta, à prevenção e reparação das lesões provocadas ao meio ambiente e ao Sistema Aquífero Guarani, e, à repressão e responsabilização civil dos responsáveis pelos abusos praticados. (MILARÈ, 2001).

É certo que se devem avaliar todos os impactos ao meio ambiente e aos recursos hídricos a partir do ponto de vista jurídico, social e legal sob a possibilidade de implantação de programas de educação e conscientização, seja nas escolas, nas instituições, nos órgãos municipais, estaduais em diversas comunidades do Estado, principalmente onde se encontram o Sistema Aquífero Guarani, para que não se produza impactos desastrosos aos recursos hídricos e humanos, porque a água é fonte de vida e prosperidade. (MACHADO, 2016).

Uma das formas de combate ao desperdício da água potável do Aquífero Guarani até o momento foi no sentido de se promover reuniões com todas as lideranças, os Órgãos Estaduais, e Governamentais, esclarecendo a importân-

cia para que seja feita uma proteção do meio ambiente e um aproveitamento mais eficaz dos recursos hídricos, com sustentabilidade imediata.

Como se pode observar a promoção da proteção do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos hídricos principalmente do Sistema Aquífero Guarani, por meio de instrumentos que possam ser elaborados pela esfera Estadual e Federal no sentido de resguardar e manter a sustentabilidade regional, mediante a Coordenação de políticas setoriais com base nos princípios fundamentais da pessoa humana, e o uso consciente e equilibrado da água do Sistema Aquífero Guarani. (FREITAS, 2014).

Ainda há de se levar em conta a grande importância do uso da água do Sistema Aquífero Guarani, e no desenvolvimento socioeconômico não somente do Estado de Mato Grosso do Sul, mais sim do Brasil, e ainda levando em conta os Países Uruguai, Argentina e Paraguai, sempre cuidando da promoção do desenvolvimento sustentável da água, por meio do apoio recíproco entre os setores municipais e estaduais ambientais e econômicos, evitando a adoção de medidas que restrinjam ou distorçam de maneira um tratamento prioritário e integral às causas e a fontes dos problemas ambientais. (CARLI, 2012).

É necessária a promoção da efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais; da conscientização da responsabilidade civil quanto aos crimes ambientais quanto praticados principalmente levando em conta a disposição do Art. 225 da CF/88, e o desenvolvimento sustentável da água conservando-a para as futuras gerações. (PAIM, 2003).

O grande desafio dos próximos anos em todo o globo terrestre é diminuir e fazer uso dos recursos hídricos com consciência entendendo que é um bem vital para a sobrevivência da espécie humana. E que deve ser feito reuniões de organizações da sociedade civil, com foco especial para esse grande problema ambiental, que necessita ser associada ao princípio como o poluidor-pagador, e a responsabilidade civil, complementada por regulamentação específica. (ANTUNES, 2005).

E que possa haver a harmonização das diretrizes gerais da Legislação vigente e dos Tratados Internacionais, qual seja manter o desenvolvimento econômico e conservar o meio ambiente e os recursos hídricos para as futuras gerações de forma sustentável gerando desenvolvimento, economia atraente, grandes planejamentos com metas de redução ao uso indevido da água potável.

É claro que a vida útil do SAG está diretamente ligada a preservação com isso em mente e uma boa dose de consciência ambiental, é necessária um investimento em pesquisas para desenvolver a única metodologia do mundo de uso e o desenvolvimento sustentável da água doce. (MARTINE, 2012).

Além da economia do Estado avance junto com as medidas de sustentabilidade, porque não há prosperidade numa região carente e inconsciente dos danos que causa ou pode causar as futuras gerações, inibindo as iniciativas voltadas para a melhoria da educação, saúde e bem estar dos habitantes, isto é de uma vida saudável. (ALMEIDA, 1996).

Para que impactos ambientais e sociais dos recursos hídricos sejam destacados como uma Gestão sustentável, estes também podem estar relacionados a outras áreas, como a qualidade de vida e planejamento ambiental, que estabelece o saneamento básico e a água potável como focos de atenção, e instrumentos de política ambiental, em especial nos que tratam, respectivamente, de legislação ambiental.

Além do uso efetivo dos instrumentos econômicos disponíveis, da educação ambiental e dos instrumentos de controle ambiental, a ideia principal agora é adotar e aplicar a sustentabilidade, e, por conseguinte medir o consumo de água, e conseguir um modelo de eficiência ao consumir menos.

O essencial seria praticar um trabalho junto ao Sistema Aquífero Guarani, mas que fosse feito dentro dos padrões e das políticas globais que se encontram previstas no Tratado de Kyoto, porque aplicar a sustentabilidade, e manter a qualidade da água potável, além de desenvolver estratégia empresarial, mantendo a qualidade da água produzida, e produzindo baixo impacto ambiental, lembrando de que essa forma pode ser economicamente mais vantajosa. (FREITAS, 2014).

É certo de que o Ordenamento Jurídico Brasileiro possui uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e os cidadãos na proteção e preservação do meio ambiente e dos recursos hídricos, por isso pensar sobre o Direito Ambiental importa em refletir sobre seus infinitos ecossistemas e correlações, em cuja totalidade insere-se a vida humana, o bem estar social, e a promoção de negócios sustentáveis. (MORAES, 2013).

Mesmo porque quando se aproveita a demanda dos consumidores, e de quebra se preservar o meio ambiente, e ainda a satisfação em saber

que o dinheiro está sendo usado em práticas que respeitam a sociedade, as garantias fundamentais do ser humano e o meio ambiente, é o primeiro passo para a modificação do meio social e humano, da vida, da água.

Usar a água para fins nobres, como a preservação da vida é contribuir para a preservação de um recurso finito, que é essencial para a vida humana na terra, convém lembrar que existem outros meios de uso da água, cita-se outro uso dos recursos do aquífero, que é a exploração da energia geotérmica. Ela foi estimada em cerca de 280 mw ano/km<sup>2</sup> e pode ser utilizada para secagem de grãos e aquecimento de água, entre outros fins.

Como se pode observar uma das formas de contribuir diretamente com a sociedade, e a possibilidade de uma nova alternativa de captação de água potável para o consumo humano e também para outros fins, com a utilização de menos recursos financeiros e num espaço de tempo menor, de modo a acelerar o desenvolvimento, sendo no abastecimento público, industrial, geração de empregos, e outros, e principalmente nas regiões onde ocorre o aquífero, seria um sonho realizado por todos os brasileiros. (PAIM, 2003).

**Por isso o trabalho de conscientização da opinião pública sobre o uso sustentável da água, e dos agrotóxicos, pesticida, e que seja feita através de políticas Municipal, Estadual, e ainda por meio de cursos em escolas e universidades, a feitura de palestras para a sociedade, com o uso de material impresso, filmes, gravações via internet, que é essencial para se garantir a alta eficiência dos recursos hídricos e humanos para esta e as futuras gerações.** (MARANDOLA, 2010).

Discutir sobre desenvolvimento sustentável, seus conceitos e legislação; e a existência ou não de projetos ambientais, jurídicos e sociais, e ainda identificar os planos de ação sustentável do uso da água potável, elaborados entidades sociais, Municípios, Estado e outros, com vistas como uma questão de sobrevivência, da saúde financeira, e de uma ação sustentável. (SILVA, 2013)

Quanto aos recursos hídricos, e a economia consciente da água potável do Aquífero Guarani são fundamentais, sendo que a quantidade de água doce que e encontram armazenadas no aquífero seria capaz de abastecer a população mundial por mais de cem anos, e se numa possível falta

de água doce no futuro, este recurso será de extrema importância para a humanidade.

## - CONCLUSÃO

A Educação para a Sustentabilidade, e o encorajamento para se conseguir mudanças de comportamento que criem um futuro sustentável em termos de integridade ambiental, viabilidade econômica, justiça social e o uso da água do Sistema Aquífero Guarani, ou qualquer água potável extraída de rios, lagoas, cachoeiras e outros mananciais que sejam preservadas com o uso sustentável para que as gerações presentes e futuras.

Assim com base neste aprendizado e com a assimilação de todos os conhecimentos, valores e das habilidades necessárias para se integrar realmente em uma educação ambiental com base nos direitos fundamentais da pessoa humana, as mudanças são sempre bem vindas, no sentido de se conseguir uma forma de vida mais saudável, com o uso sustentável da água potável, tão importante para a manutenção da vida humana no planeta.

Como o homem deve se conscientizar de que é parte da natureza e que depende do meio ambiente saudável e da água potável para sua subsistência, dessa forma se espera que a proposta de uso sustentável da água do Aquífero Guarani e de todos os mananciais, seja sempre relacionada à educação em todos seus graus, em especial as Instituições de Ensino Superior, que têm o papel de inovar o sistema educacional vigente, de forma a atrelar a formação acadêmica aos princípios do desenvolvimento sustentável.

Em geral, a mudança para uma sociedade mais justa, consciente e sustentável se inicia pela compreensão da sustentabilidade em sua forma integral, atrelada as três dimensões: social, ambiental e econômica.

Assim se faz necessário que alunos e docentes compreendam o tema para promover mudanças de comportamento, e principalmente no uso com parcimônia e responsabilidade da água potável, imprescindível para a vida no planeta.

Convém esclarecer que por meio desse estudo foi possível se concluir que, embora muito discutido teoricamente, o significado do termo sustentabilidade não é claro para a maioria dos homens, o que impede a ocorrência de transformações práticas e efetivas em prol da sustentabili-

dade em todo o ecossistema, e principalmente o uso sustentável da água doce que existe no Estado e no Brasil, de forma consciente com vistas para um futuro saudável.

Espera-se que este trabalho possa servir de motivação para que toda a sociedade continue na busca incansável no sentido de alcançar a plenitude dos direitos fundamentais que se encontram dispostos na Constituição Federal de 1988, nas disposições legislativas de proteção ao meio ambiente como um todo.

E principalmente com o respeito à disposição constitucional disposta no Art. 225, VI da Constituição Federal de 1988 que dispõe que: “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”.

Observa-se de que a disposição do VI do artigo 225 da CF/88, que dispõe no sentido de que é dever de todos: “VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”, por isso é de grande importância que demonstrar social e juridicamente as legislações específicas em vigência no País e no Estado do Mato Grosso do Sul, e que se unem o crescimento da economia, a conscientização da população diante do Sistema Aquífero Guarani, os perigos do aquecimento global, e da escassez de água potável, que é um problema global de sobrevivência do homem na terra.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo, Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. **A Obrigação Legal de Preservar o Meio Ambiente**. ME Editora: Campinas. 2012.

CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. **Derechos humanos y medio ambiente**. Revista de Direito Ambiental; n. 39, Doutrina Internacional. p. 189 ss.

D'ANTONA, Álvaro de Oliveira. **População, ambiente e sustentabilidade: desafio à demografia ambiental**. Rev. bras. estud. popul. [online]. 2011. HOGAN, D. J.

EDUCACÃO AMBIENTAL- **Aquífero Guarani**.

(<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/aquifero-guarani-aguas-subterraneas-tambem-estao-em-risco.htm>. captado em 22 de julho 2017.

FREITAS, Vladimir Passos. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 2ª tiragem, Curitiba, Juruá, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba, Juruá, 2014.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. **Desafios Jurídicos na proteção do sistema Aquífero Guarani**, LTR, São Paulo. 2007.

MACHADO, José Luiz Flores (2006). «**A redescoberta do Aquífero Guarani**». Scientific American Brasil. Consultado em 2 de novembro de 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2016.

MARANDOLA Jr, E. OJIMA, R. (org.). **População e ambiente: desafios à sustentabilidade**. São Paulo, SP: Blucher, 2010.

MARTINE, G. (ed.); Ojima, R. (org.). **População e sustentabilidade na era das mudanças ambientais globais: contribuições para uma agenda brasileira**. Belo Horizonte, MG: Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2012.

MILARÉ, Édís, **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência**, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Édís. **Estudo Prévio de Impacto Ambiental**. São Paulo: RT, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

PAIM, Maria Augusta Fonseca. **Direitos humanos e o meio ambiente**. Revista Jurídica, Campinas, v 19, n.1, p. 59-78, 2003.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. **Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho. Ebook-** [www.ltreitoria.com.br/e-book-direito-ambiental-e-meio-ambiente-do-trabalho-7916-](http://www.ltreitoria.com.br/e-book-direito-ambiental-e-meio-ambiente-do-trabalho-7916-) captado em 30 de julho 2017.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 2013.

# ADOÇÃO INTERNACIONAL: ALTERNATIVA À INSTITUCIONALIZAÇÃO DE LONGA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

*Pâmela Hamerschmidt*

## 1 INTRODUÇÃO

A cultura de institucionalizar crianças e adolescentes no Brasil está longe de ser um instituto em processo de extinção, condenando-os a superarem a infância e adolescência em uma entidade, privados do exercício de direitos fundamentais.

A partir da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o acolhimento institucional transformou-se em medida provisória e excepcional. Contudo, esses atributos comumente não são observados, deixando-se de reintegrar os acolhidos à família de origem ou de inseri-los em uma substituta.

Assim, com respaldo nestas legislações, em estudos doutrinários e dados estatísticos dos Cadastros Nacionais de Crianças Acolhidas e de Adoção, do Conselho Nacional do Ministério Público e Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, bus-

cou-se averiguar quais são os fatores que contribuem para a perpetuação de crianças e adolescentes em instituições e se a adoção internacional é alternativa viável a essa problemática.

## 2 REVISÃO HISTÓRICA DO ACOLHIMENTO EM INSTITUIÇÕES NO BRASIL

Atualmente, há decisiva atuação governamental para proteger crianças e adolescentes, garantir-lhes vida digna e tratá-los como sujeitos de direitos. Porém, o primórdio dessa relação com o Estado foi marcado por conturbações, pois, até a promulgação da Constituição de 1988 eram submetidos a abusos e privações e tratados como objetos alheios à salvaguarda jurídica.

No decorrer da história brasileira, a assistência à criança e adolescente foi realizada de forma marginalizante pelo Estado, com a inserção em instituições não sob a justificativa de protegê-los, mas sim de cessar a ameaça que causavam à sociedade.

Em 1551 foi criada a primeira casa de recolhimento de infantes. Nesta época, a maioria dos atendimentos era realizada por entidades religiosas, sem intervenção do Estado. Em menor escala, esta responsabilização era conferida às câmaras e hospitais.

Mais tarde, as Santas Casas de Misericórdia passaram a prestar assistência a crianças abandonadas. Em 1726, foi criada a “roda dos expostos”, cujo nome

[...] provém do dispositivo onde se colocavam bebês que queriam abandonar. Sua forma cilíndrica, dividida ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior e em sua abertura externa, o expositor depositava a criança que enjeitava. A seguir, girava a roda e ela já estava do outro lado do muro. (Marcílio, 1997, p. 55).

Nessas entidades a criança recebia cuidados essenciais e o anonimato da família que a rejeitava era preservado, o que despertava nas classes altas interesse adotivo. Todavia, nem todos os infantes eram inseridos em lar substituto e devido às péssimas condições de vida faleciam com pouca idade. (MARCÍLIO, 1997).

No século XIX, com a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1830, meninos órfãos e expostos eram recolhidos em locais que desenvolviam atividades de guerra e os ingênuos (filhos de escravos nascidos depois da Lei do Ventre Livre) eram entregues ao Estado, incumbindo-lhe mantê-los e educá-los. (FACHINETTO, 2004).

Entre o término deste século e início do XX, São Paulo e Rio de Janeiro vivenciaram profundo crescimento urbano, industrial e populacional, o que resultou na intensificação de crises sociais, da marginalidade e do número de infantes vivendo nas ruas. Foi necessária a intervenção do Estado às categorias desveladas. (KREUZ, 2012).

Assim, em 1927 foi editado o Código de Menores (Mello Mattos – Decreto n.º 17.943), que excluiu a roda dos enjeitados, instituiu a internação como correção às patologias sociais e autorizou o Estado a intervir no envio de infantes aos internatos. Foram construídos reformatórios para “menores em situação irregular”. (SAUT, 2008).

Em poucos anos “este modelo institucionalizante da infância pobre saturou-se, pois não chegou a dar conta da demanda que criou”. Em resposta, o Governo instituiu o Serviço de Assistência ao Menor, que também falhou por fraudes, abusos sexuais, maus-tratos, precariedade e superlotação. (FACHINETTO, 2004, p. 28).

A partir de 1962 foram implantadas as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs), para o internamento de crianças abandonadas e de adolescentes infratores, cujo método era assentado na disciplina militar, o que resultava em mortes, rebeliões e fugas dos acolhidos. Infelizmente, foi mais um sistema fadado ao fracasso.

Vigorava, à época, a doutrina da situação irregular, com base na qual o juiz determinava tratamentos terapêuticos e internação de infantes pela via punitiva, e não pedagógica, intitulado-os como objetos de intervenção estatal. (SAUT, 2008).

Em razão do contexto dos anos 70, foi publicada, em 1979, a segunda versão do Código de Menores (Lei n.º 6.697), a qual, contudo, surgiu obsoleta, pois consistiu no prolongamento da anterior, manteve a institucionalização como medida definitiva e não abrangeu conquistas internacionais que obrigavam o Brasil a instituir mecanismos de proteção à família e garantia de direitos infantojuvenis.

Diante dessa defasagem, especialistas acordaram sobre a falência do Código e criticaram a forma como infantes eram punidos por estarem em situação irregular, proveniente da pobreza de suas famílias e da falta de políticas públicas.

Nesse ínterim adveio a Constituição da República de 1988, que obrigou o Estado a amparar crianças e adolescentes em “peculiar desenvolvimento”, não mais menores em “situação irregular”. Também, foram instituídos dispositivos legais de garantia de direitos e mecanismos para efetiva assistência.

Com esse aperfeiçoamento legal e difusa mobilização popular, tornou-se inevitável a permuta do Código de Menores para uma legislação condizente com a nova Constituição. Assim, em 13 de julho de 1990 foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069), que introduziu o paradigma da proteção integral, dando nova roupagem à política infantojuvenil e à garantia de direitos. (SAUT, 2008).

Ademais, considerou crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, assegurando-lhes pleno desenvolvimento através da articulação de políticas sociais universais. Atenção especial foi dirigida à reintegração de infantes ao núcleo de origem ou à colocação em família substituta, tornando o acolhimento institucional excepcional e provisório, sujeito a maior fiscalização pelo Estado. (FACHINETTO, 2004).

Mesmo após a publicação do Estatuto e das inovadoras alterações legais é um erro afirmar que a institucionalização tornou-se um instituto em processo de extinção, pois ainda é adotada como alternativa às situações de risco pessoal e social.

### 3 MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

A Carta Magna e o ECA instituíram mecanismos de orientação, apoio e promoção à família, a fim de manter os vínculos biológicos e garantir que o infante seja criado no âmago de origem. Com o advento das Leis n.º 12.010/09, 13.257/16 e 13.509/17 aprimorou-se o sistema de salvaguarda do direito à convivência familiar, prevalecendo as medidas que mantenham ou reintegrem crianças e adolescentes na família natural ou extensa, junto à qual devem permanecer.

Entretanto, não raras vezes, a família coloca em risco a segurança física e emocional do infante ou não consegue receber a proteção necessária para assegurar a subsistência e bem-estar de seus integrantes, antes de instalada a vulnerabilidade.

Quando presentes tais hipóteses é necessária intervenção estatal, a qual, em alguns casos, implica na retirada da criança do seio familiar e

colocação em uma entidade (art. 101, VII, ECA), até o regresso ao lar de origem ou inserção em substituto.

### 3.1 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA MEDIDA

As medidas de proteção à criança e ao adolescente serão aplicadas quando seus direitos forem ameaçados ou violados pela sociedade ou Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável ou em virtude da própria conduta dos atendidos (art. 98, ECA).

Conforme dados do Conselho Nacional do Ministério Público, obtidos em 2013, a maioria dos acolhidos figuravam em situações de negligência familiar e dependência química dos genitores; possuíam pais falecidos e outros familiares não queriam ou não tinham condições de se responsabilizarem por eles; foram abandonados ou vivam nas ruas.

TABELA 1 - Motivo do Ingresso da Criança/adolescente na Instituição de Acolhimento

Motivos	%
Abandono	78%
Ausência dos genitores por doença	14%
Ausência dos genitores por prisão	30%
Carência de recursos materiais	26%
Orfandade	25%
Pais dependentes químicos	81%
Pais portadores de necessidades especiais ou transtornos mentais	7%
Pais sem condições para cuidar de adolescente gestante	4%
Pais sem condições para cuidar de criança/adolescente com necessidades especiais	15%
Violência doméstica (física e psicológica)	57%
Abuso sexual praticado pelos pais ou responsáveis	44%
Negligência na família	81%
Submetido à exploração sexual (prostituição, pornografia)	23%
Submetido à exploração no trabalho, tráfico e/ou mendicância	17%
Vivência de rua	35%
Outros	6%

Fonte: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011**: Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País. Brasília: CNMP, 2013. p. 43-44.

Nota: A retirada de algumas crianças e adolescentes de seu âmbito familiar foi justificada com mais de um motivo, o que ilustra o excesso do percentual, ultrapassando 100% do total.

A violência doméstica (física e psicológica) e a sexual também ocuparam posições significativas dentre os motivos que resultaram nos acolhimentos.

Outrossim, a maior parte das institucionalizações foi justificada por mais de uma causa, figurando entre elas a pobreza. Todavia, é inadmissível o acolhimento baseado apenas na miserabilidade da família, bem como a insuficiência de recursos materiais, por si só, não é motivo para a perda ou suspensão do poder familiar.

Em razão destas causas, resta aos acolhidos a vivência em entidades por tempo superior ao legal, porque comumente não mantêm contato com as famílias ou os parentes não se esforçam para suprimir os fatores que ocasionaram o afastamento.

Conforme o Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, 93,5% dos acolhidos possuíam família, dos quais 61% sustentavam vínculos com parentes. (BRASIL, 2011). A continuidade do acolhimento destes decorre do desejo dos pais em vê-los “progredirem e de legar aos mesmos uma condição melhor do que a sua própria”, considerando a medida “como opção de garantia dos direitos básicos dos filhos”, o que dificulta a reintegração. (SILVA, E., 2004, p. 58-62).

Por outro lado, 24% não nutriam liames e 8,5%, embora possuíssem famílias, estavam impedidos de contatá-las. Essas situações fragilizam os vínculos parentais e reduzem as chances de reinserção, aumentando-se a permanência no acolhimento.

### 3.2 CARÁTER EXCEPCIONAL E PROVISÓRIO

A Constituição Federal de 1988, ao introduzir nas ações infantojuvenis a proteção integral e elencar o direito à convivência familiar como fundamental, inseriu em último plano o acolhimento institucional.

Com a publicação do ECA, esta medida protetiva adquiriu formalmente caráter provisório e excepcional, sendo utilizada como forma de transição para a reintegração familiar ou colocação em família substituta. Portanto, antes de optar-se por ela, devem ser empreendidos esforços para manutenção da criança na família.

Sem êxito, o acolhimento deve perdurar somente até que os familiares superem a dificuldade que resultou na retirada do infante do âmbito

doméstico e recuperem a capacidade de resguardar, e não mais violar, os direitos de seus filhos. Enquanto durar a medida, as instituições devem colaborar com os demais integrantes da rede de proteção para o sustento dos vínculos familiares e para uma reintegração bem-sucedida.

Porém, muitas entidades ainda funcionam como local de guarida permanente. Por esta razão, a Lei n.º 12.010/09 introduziu no ECA o artigo 19, §2º, que previa o limite de dois anos para a permanência na entidade. Posteriormente, a Lei n.º 13.509/17 alterou para dezoito meses, ressalvada hipótese que atenda ao melhor interesse do acolhido.

Apesar destas previsões legais, comumente a medida é aplicada na primeira situação de ameaça ou violação de direitos, resultando num número significativo de crianças e adolescentes acolhidos – **41.344** em fevereiro de 2019. (CNJ. CNCA, 2019).

Com relação à permanência no acolhimento, não foi possível, até então, a colheita de dados atuais. Conquanto, em 2013, de 29.321 acolhidos, cerca de 35% (mais de 10 mil) encontravam-se na instituição há mais de dois anos. (CNMP, 2013).

A morosidade administrativa e judicial é um dos fatores que contribui para a delonga da estadia nas entidades. Conforme levantamento realizado em 2014, 15% dos acolhidos estavam a mais de seis meses na instituição sem o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar; cerca de 10% contavam com ação em andamento; e apenas 6% dos genitores foram destituídos deste poder-dever. (FREIRE, 2015).

Não se discorda que definir o momento da decretação da perda do poder familiar é uma tarefa árdua. Porém, a demora resulta na impossibilidade de colocação da criança em uma família substituta, já que, com tanta espera, contará com um perfil etário avançado que não condiz com o desejo dos pretendentes nacionais à adoção.

Ademais, embora seja essencial encaminhar a família a programas de promoção, este não deve ser o único objetivo perquirido, pois tentativas infrutuosas de reinserção, a espera pela recuperação dos pais quando sequer são adeptos aos tratamentos, a colocação do infante sob guarda de parentes sem condições de assisti-lo ou que não o desejam são alternativas que resultam no retorno à entidade e na intensificação de traumas psicológicos. (KREUZ, 2012).

Diante dos entraves à permanência de crianças e adolescentes na família, deve-se recorrer à colocação em lar substituto, a fim de garantir o

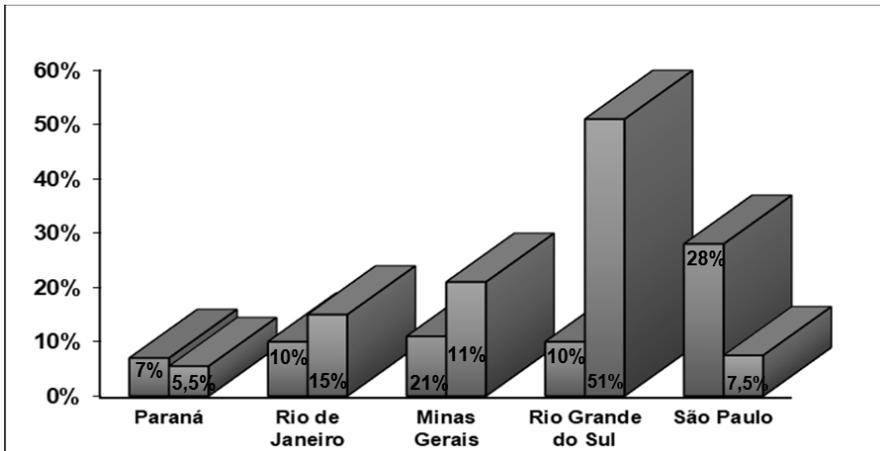
direito à convivência familiar, evitando-se o uso indiscriminado do acolhimento e o seu prolongamento.

### 3.3 PERFIL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ACOLHIDOS

Em fevereiro de 2019 havia **47.148** acolhidos no Brasil, em 4.497 instituições, número que aumenta a cada ano.

A região Sudeste contava com o maior número de acolhimentos (51%). A Sul, embora três vezes menor que a Sudeste, apresentava índice significativo (21%), sendo o Paraná a quinta unidade da federação em quantidade de institucionalizações (7%).

GRÁFICO 1 – Quantidade de Crianças e Adolescentes Acolhidos



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

No que se refere ao perfil dos acolhidos, a predominância era do sexo masculino (52%) e entre 6 a 15 anos (48%), sendo que apenas 21% contavam com até 5 anos e cerca de 14% com 0 a 3 anos. Outrossim, 3% estavam com 18 anos e 9% superavam esta faixa etária.

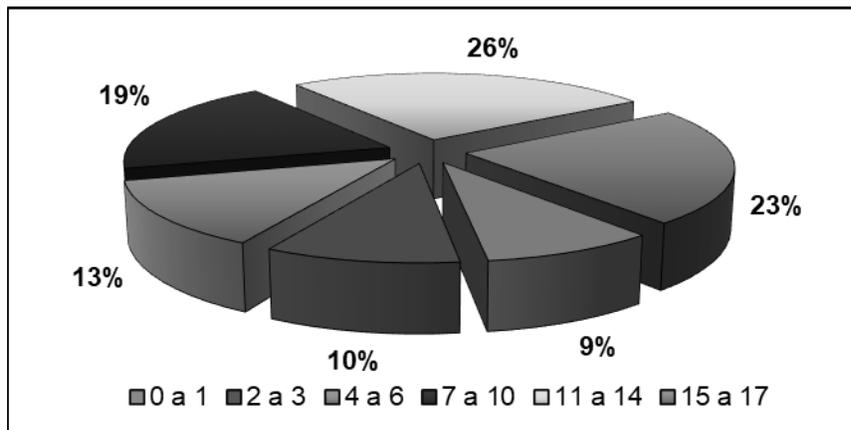
### 3.4 PERFIL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES APTOS À ADOÇÃO

Até fevereiro de 2019, apenas 9.379 dos acolhidos encontravam-se inseridos no Cadastro Nacional de Adoção, sendo 30% da região Sul e 10% do Paraná. Dos cadastrados, somente 4.999 estavam disponíveis à adoção. (CNJ. CNA, 2019).

Em relação ao sexo e cor da pele dessas crianças e adolescentes, a predominância era do sexo masculino (54%) e de pardos (49,8%), em detrimento de 46% do feminino e de 32,7% brancos, 16,9% negros, restando um pequeno índice de indígenas e amarelos. Em contrapartida, na região Sul o contingente de brancos ultrapassava o de pardos (55,9% - 32,6%), devido ao perfil étnico dos brasileiros que ocupam os respectivos Estados.

No tocante à faixa etária, 49% contavam com mais de 10 anos - um entrave à adoção. Em contrapartida, apenas 19% estavam com 0 a 3 anos, idade desejada pela maioria dos pretendentes nacionais.

GRÁFICO 2 – Faixa Etária das Crianças e Adolescentes Aptos à Adoção



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Adoção**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/publico/relatorioEstatistico.php>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Ademais, cerca de 56% foram acolhidos com irmãos, situação que representa, igualmente, obstáculo à concretização de adoções, eis que 62% dos pretendentes nacionais recusavam-se a adotar grupos familiares.

## 4 COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA

A criança ou adolescente possui o direito de ser criado no seio de sua família, com a inserção em uma substituta em **situações excepcionais**, quando esgotados os recursos de manutenção na família natural ou ampliada.

Dentre as modalidades de colocação em família substituta, a adoção prefere às demais, devido à maior segurança jurídica que transmite ao acolhido e à concessão da condição de filho, desprendendo-o dos vínculos com seus pais biológicos.

Envolto ao ato de adotar encontra-se o de amparar uma pessoa estranha ao lar, que não carrega as características genéticas da família, mas necessita de afeto e assistência. Portanto, a adoção figura como alternativa ao acolhimento institucional e permite assegurar a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar.

Contudo, as exigências dos pretendentes nacionais à paternidade quanto ao perfil da criança ou adolescente contribuem para o atraso da adoção e constituem-se como obstáculo à redução da enorme fila de espera.

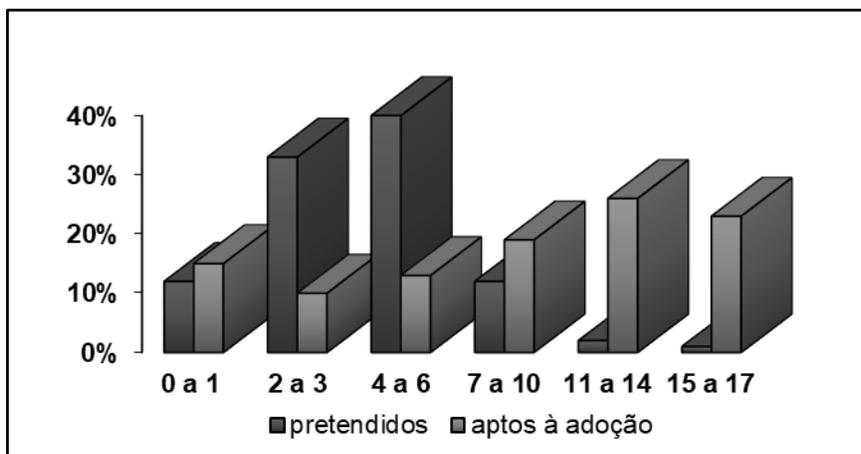
### 4.1 PERFIL EXIGIDO PELO PRETENDENTE NACIONAL À ADOÇÃO

Consoante o Cadastro Nacional de Adoção, até fevereiro de 2019 existiam 45.713 pretendentes cadastrados no país, ou seja, para cada criança disponível havia em torno de oito inscritos para adotá-la. Mesmo com essa discrepância, as institucionalizações permanecem, em decorrência da falta de correlação entre o perfil do acolhido e o desejado pelos candidatos.

Nesta toada, 64,7% eram indiferentes ao sexo, porém, entre os que optavam pelo gênero, a preferência era por meninas (27%), contrariamente a maioria dos acolhidos que eram do sexo masculino.

No tocante à faixa etária, cerca de 45% pretendiam adotar crianças entre 0 e 3 anos, desejo incompatível com o perfil dos aptos à adoção, que possuíam, em sua maioria, mais de 10 anos. Além disso, 75% preferiam crianças com até 5 anos, porém apenas 27% comportavam este perfil etário. (CNJ. CNA, 2019).

GRÁFICO 3 – Preferência do Candidato Nacional em Relação à Idade da Criança/Adolescente



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Adoção**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/publico/relatorioEstatistico.php>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Os adolescentes, por sua vez, não estavam compreendidos nos interesses das pessoas ou casais brasileiros, uma vez que somente 2% dispunham-se a acolhê-los.

Outra exigência de 62% dos pretendentes, em contraste com a realidade avistada nas entidades, era a adoção de apenas uma criança, enquanto cinco em cada dez (56%) tinham pelo menos um irmão institucionalizado.

Por outro lado, a raça dos acolhidos deixou de ser um dos principais entraves à adoção, pois, em fevereiro de 2019, mais da metade dos habilitados (23.012) demonstravam-se indiferentes a este aspecto e apenas 15% aceitavam adotar somente crianças brancas.

Para corroborar essa assertiva convém destacar que em 2013 aproximadamente 39% dos candidatos aceitavam adotar infantes de qualquer cor de pele, ao passo que 32% desejavam apenas acolhidos brancos. Em 2015 esses percentuais eram 45% e 27%, restando claro que o preconceito racial vem diminuindo ao longo dos anos.

Apesar desses avanços, a maioria dos candidatos nacionais ainda aguarda pela adoção de apenas uma criança, com idade entre 0 e 3 anos. Nesta esteira, a “adoção internacional tem-se revelado uma opção interessante, em especial para crianças maiores e adolescentes, grupos de irmãos

e pessoas com necessidades especiais”, que não se enquadram no perfil idealizado pelos brasileiros (KREUZ, 2012, p. 128).

## 4.2 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A colocação de criança ou adolescente em família substituta estrangeira é prevista no artigo 227, §5º da Constituição da República de 1988, o qual dispõe que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (grifo nosso).

O instituto foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que admite sua aplicação **excepcionalmente**. Assim, antes de recorrer aos estrangeiros serão exauridas as probabilidades de inserção em família substituta nacional.

Ademais, para que a adoção internacional seja concretizada o pretendente deverá preencher requisitos específicos previstos no artigo 52 do ECA, além dos gerais que também são exigidos do candidato nacional.

A redação atual deste dispositivo foi instituída pela Lei n.º 12.010/2009, a qual atendeu à Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Convenção de Haia), que prevê a cooperação entre os países envolvidos na adoção e institui mecanismos para sua concretização no mesmo patamar de garantias das nacionais.

Atendendo às exigências legais, o pretendente deverá habilitar-se à adoção por meio de pedido à Autoridade Central do local de sua residência. Ao órgão compete verificar se ele encontra-se apto para o intento adotivo, através de relatório precedido de estudo social, que abordará aspectos de sua convivência familiar e pretensões com a acolhida de criança brasileira (FIGUEIRÊDO, 2011).

Em posse de documento expedido por tal autoridade, o estrangeiro deverá requerer sua habilitação no Brasil, junto à Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) do Estado que pretende adotar. Preenchidos os requisitos, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, com validade de, no máximo, um ano.

Constatada a existência de acolhido apto a essa modalidade adotiva, com perfil equivalente ao desejado pelo estrangeiro habilitado, a CEJA

emitirá relatório à Autoridade Central do país de acolhida, para que o pretendente formalize o pedido de adoção perante a autoridade judiciária brasileira e estabeleça o primeiro contato com o adotando, em estágio de convivência cumprido no Brasil por, no mínimo, trinta dias. Deferida a adoção, a criança ou adolescente somente estará autorizado a deixar o país após o trânsito em julgado da decisão.

Posteriormente, serão obtidas informações do país de acolhida, a fim de verificar se o adotado se adaptou ao novo contexto familiar e se seus direitos são observados. Esse controle contribui para a segurança jurídica do instituto e para uma permanência válida e legal do infante naquele território, em lar com condições dignas de desenvolvimento e exercício do direito à convivência familiar, que por muito tempo foi violado.

#### 4.3 PERFIL DOS PRETENDENTES ESTRANGEIROS À ADOÇÃO

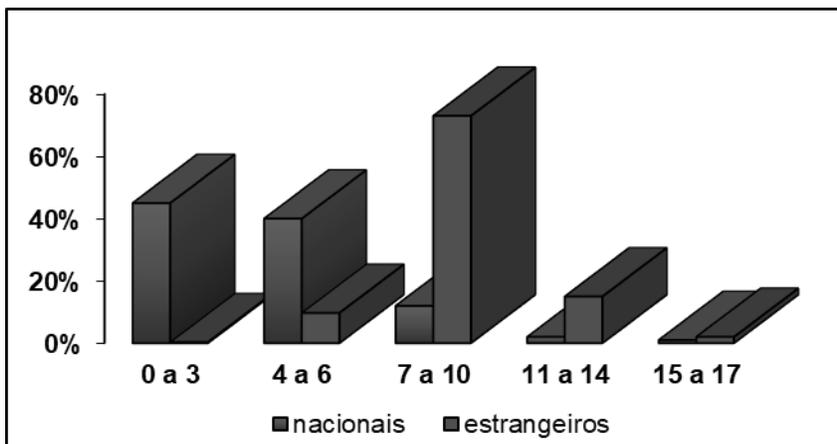
No início de 2019 havia 287 pretendentes estrangeiros à adoção de crianças e adolescentes brasileiros, habilitados majoritariamente em Santa Catarina (17%), Minas Gerais (17%) e São Paulo (14%). (CNJ. CNA, 2019).

Diferentemente dos nacionais, quase a totalidade dos estrangeiros não estipulavam exigências com relação ao gênero (90,6%) e à raça (93,7%) do acolhido, bem como 60% apresentavam disponibilidade em acolher irmãos.

A adaptação de infantes em um país estranho a sua cultura, língua e costumes torna-se mais fácil quando se encontram em companhia de seus irmãos, pois, embora insertos em nova família, o referencial consanguíneo e afetivo contribui para que não percam a identidade ou intensifiquem os transtornos emocionais vivenciados.

No tocante à idade, cerca de 73% dos estrangeiros demonstravam interesse em crianças de 7 e 10 anos e 17% entre 11 e 17. Nessas faixas etárias se enquadra a maioria dos acolhidos aptos à adoção (68%), a qual está entre os desejos de apenas 15% dos nacionais.

GRÁFICO 4 – Preferência do Candidato Estrangeiro em Relação à Idade da Criança/Adolescente



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Adoção**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/publico/relatorioEstatistico.php>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Ao contrário dos pretendentes pátrios, os estrangeiros não apresentam exigências que destoam imensamente dos perfis dos acolhidos. Muitos autores justificam essa flexibilidade quanto ao biótipo ao fato de que se assim não se comportarem será mais difícil realizarem o sonho da paternidade, em virtude da preferência legal dada aos casais nacionais.

Inobstante essa motivação exista, a discrepância entre as opções de nacionais e estrangeiros ocorre em maior escala porque estes realizam adoções motivados pela ajuda humanitária, demonstrando interesse social e solidariedade, enquanto boa parte dos brasileiros ainda recorre ao instituto para suprir a falta de filhos biológicos.

Diante disso, infantes suportam institucionalizações definitivas, enquanto o número de habilitados nacionais, preocupados “em atender as suas expectativas, mais do que em oferecer uma família para uma criança, priorizando grupos de acordo com seus interesses”, só aumenta. (ROMERA; SANTANA, 2010, p. 10).

Deste modo, a esperança dos acolhidos em novamente fazer parte de um núcleo familiar está na possibilidade de colocação em família substituída estrangeira.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trato destinado a crianças e adolescentes no País somente adquiriu nova roupagem a partir da Carta Magna de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ambos, pautados na proteção integral, reconheceram àqueles como sujeitos de direitos e destinatários de amparo e proteção pela família, sociedade e Estado.

As políticas públicas voltaram-se ao atendimento do melhor interesse de crianças e adolescentes, deixando-se de imputá-los a responsabilidade por figurarem em uma esfera de abandonos, oriunda da pobreza das famílias e da insuficiência dos serviços ofertados pelo Estado. Deste modo, aboliu-se a doutrina da situação irregular e a prática do acolhimento institucional como forma de correção às patologias sociais.

A família foi elevada a primeiro núcleo socializador, primordial ao desenvolvimento do infante e incumbida de garantir-lhe o exercício de direitos fundamentais, recebendo, para tanto, orientação, assistência e proteção do Estado.

Assim, crianças e adolescentes adquiriram o direito de serem criados e educados no âmbito familiar de origem, devendo prevalecer as medidas que os mantenham ou reintegrem à família biológica. Porém, quando esta não apresenta estrutura adequada para proporcioná-los cuidados essenciais, bem como submete-os a risco, incumbe ao Estado intervir nas relações familiares, com a aplicação de medidas protetivas, dentre elas o acolhimento institucional.

Entretanto, mesmo após a edição do ECA, a institucionalização de crianças e adolescentes não se tornou um instituto em processo de extinção. Contudo, adquiriu caráter excepcional, devendo ser aderida quando as demais medidas protetivas não são apropriadas ou não foram eficazes para cessar o risco ou a vulnerabilidade gerada.

Além de extraordinária, deve ser provisória, perdurando até que os familiares superem os aspectos negativos que resultaram no afastamento do infante do lar, permitindo a reintegração ou, na impossibilidade desta, até a inserção em família extensa ou substituta.

No entanto, tais previsões legais não são atendidas, visto que até fevereiro de 2019 existiam **41.344** crianças e adolescentes acolhidos no país. Se a medida não fosse empregada na primeira constatação de ameaça ou

violação de direitos ou se o prazo de dezoito meses fosse observado esse número não seria tão estrondoso.

Dentre os principais fatores que contribuem para o prolongamento da medida destacam-se a busca incansável pela reintegração familiar quando os genitores não demonstram interesse em suprimir os fatores nocivos que resultaram no acolhimento e as tentativas infrutuosas de entrega da criança a parente que não mantém com ela afetividade e afinidade ou não a deseja, o que acentua o risco de retorno à instituição.

Além disso, a quantidade ínfima de aptos à adoção encara outro empecilho para a inserção em nova família, consistente em apresentar um perfil que destoava do idealizado pelos pretendentes nacionais.

Neste viés, para cada acolhido disponível havia, no início de 2019, em torno de oito inscritos no Cadastro Nacional de Adoção para acolhê-lo. Isso porque, dos 47.713 pretendentes, 75% aceitavam adotar apenas crianças entre 0 e 5 anos e 2% almejavam acolher adolescentes. Ainda, 62% desejavam somente uma criança.

As exigências divergem da realidade encontrada nas entidades, eis que a faixa etária predominante está entre 11 e 17 anos, bem como cinco a cada dez acolhidos possuem pelo menos um irmão institucionalizado.

Essa prática desvirtua o intento assistencial e solidário da adoção, que consiste na concessão de uma família ao infante abandonado, e não no acolhimento de uma criança estereotipada para suprir a falta de filhos biológicos. Quando o intuito é este, provavelmente o processo de adaptação não será exitoso, o que pode intensificar os traumas psicológicos vivenciados pelo adotado.

Diante disso, embora o ideal seja que crianças e adolescentes desenvolvam-se na família de origem ou em uma substituta nacional, a adoção transfronteiriça revela-se como opção para garantir-lhes o direito à convivência familiar, incompatível com a prolongada vivência em instituições.

Em contraste aos habilitados pátrios, quase a totalidade dos estrangeiros não estipulavam exigências com relação ao gênero e à raça do acolhido, bem como 60% apresentavam disponibilidade em acolher irmãos. No tocante à idade, cerca de 73% demonstravam interesse na adoção de crianças entre 7 e 10 anos e 17% entre 11 e 17.

Por óbvio, não se pode incorrer no erro de supervalorizar as escolhas desses pretendentes, tendo em vista que, devido à preferência legislativa

concedida aos nacionais, ao transfronteiriço só resta optar por crianças mais velhas, adolescentes e grupos de irmãos, pois se pretender concorrer nas categorias mais procuradas não efetivará a adoção.

Inobstante a impossibilidade de apontarem exigências em relação ao perfil pretendido, continuam manifestando o desejo de possuírem **um filho**, e não de encontrarem uma criança com características idealizadas, permitindo que adoções especiais se concretizem e uma família seja detectada para quem tanto necessita.

Deste modo, a adoção internacional é alternativa viável ao delongamento da institucionalização de algumas crianças e adolescentes, permitindo que voltem a ter esperanças de integrarem uma família e de exercerem plenamente seus direitos fundamentais. Todavia, ainda existe no país repúdio ao instituto, calcado nas práticas repugnantes ocorridas no passado, como tráfico internacional, rapto, fraudes e lucro no processo de adoção.

Essa aversão deve ser superada, pois, preocupado com o futuro de crianças e adolescentes abandonados e com o incentivo à formação de novos vínculos familiares, o Brasil ratificou a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que prevê a cooperação entre os países envolvidos nessas adoções e institui mecanismos para a concretização no mesmo patamar de garantias das nacionais.

A partir da publicação da Lei n.º 12.010/2009, as disposições da Convenção foram observadas, sendo estipuladas várias exigências ao estrangeiro para cumprimento antes do envio do adotado ao país de acolhida, como, por exemplo, habilitação prévia em ambos os territórios e cumprimento de estágio de convivência no Brasil.

Ademais, foi previsto um controle posterior à saída do adotado, devendo a Autoridade Central e a agência credenciada estrangeiras repassarem à Comissão Estadual Judiciária de Adoção informações creditáveis sobre a adaptação no novo contexto familiar e social.

Deste modo, adoções transnacionais seguras, sem o objetivo de captação de crianças e adolescentes para o tráfico internacional, são possíveis e devem ser corroboradas no país, em especial pelas autoridades judiciárias que ainda se mostram irredutíveis ao seu emprego.

Isso porque, enquanto brasileiros não estão preparados para uma paternidade adotiva responsável, livre de condicionamentos ideológicos ou

interesses estigmatizantes, a adoção internacional é alternativa para amenizar o alto índice de abandonos de crianças/adolescentes em instituições, permitindo que realizem o sonho de novamente integrem uma família.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei nº 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, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990/D99710.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 03 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/2017/Lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2017/Lei/L13509.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://aplicacoes>.

mds.gov.br/sagi/dicivip\_datain/ckfinder/userfiles/files/LIVRO\_Levantamento%20Nacional\_Final.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Cadastro Nacional de Adoção**, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011**: Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País. Brasília: CNMP, 2013.

FACHINETTO, Neidemar José. **Medida protetiva de abrigo**: análise dialética e sua transformação social. Porto Alegre, 2004. 217 f. Monografia (Especialização em Direito da Criança e do Adolescente). Fundação Escola Superior do Ministério Público.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção internacional**: a Convenção de Haia e a normativa brasileira – uniformização de procedimentos. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

FREIRE, Tatiane. **Cerca de 3,5 mil crianças e adolescentes acolhidos foram reintegrados à família nos primeiros seis meses do ano**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62023-cerca-de-35-mil-criancas-e-adolescentes-acolhidos-foram-reintegrados-a-familia-nos-primeiros-seis-meses-do-ano>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado**. Barueri: Minha Editora, 2011.

LEITE, Geraldo Neves. O acolhimento institucional como medida de proteção. **Tribunal de Justiça do Estado do Pará**, 2011. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/Arquivo?idArquivo=7215>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Coord.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997.

ROMERA, Valderes Maria.; SANTANA, Carolina Benicio. Acolhimento institucional: uma questão de enfrentamento para o serviço social. **Revistas Eletrônicas Toledo Presidente Prudente**. Presidente Prudente, v. 06, n. 06, p. 01-15, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/view/2277>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

SAUT, Roberto Diniz. **O novo direito da criança e do adolescente: uma abordagem possível**. Blumenau: Edifurb, 2008.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

# SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O CONTEXTO VIVENCIADO PELAS MULHERES NO MEIO CARCERÁRIO

*Ana Paula Lemos Grinchpum*

*Vera Martins Veiga Rios*

## INTRODUÇÃO

Inicialmente há de se destacar a relevância e a atualidade do tema em questão, ou seja, as condições sub-humanas a que são submetidas às mulheres no sistema carcerário brasileiro, bem como as várias formas de violação dos Direitos Humanos no sistema penitenciário feminino brasileiro. Analisando de forma ampla poderemos facilmente perceber que o sistema prisional brasileiro, não foi pensado e construído com base na diferença de gênero, sua estrutura foi construída especificamente para os homens.

Neste estudo buscamos trazer à tona a forma que a mulher encarcerada é tratada nos presídios do país, como vivem, suas angústias e medos, relatos de uma vida diária de repressões e sofrimentos tanto físicos como psíquicos. Para tanto, abordaremos os relatos que a escritora e jornalista Nana Queiroz trás em sua obra intitulada, “Presos que Menstruam”. Faremos uma breve análise descritiva sobre alguns desses depoimentos colhidos nas inúmeras entrevistas realizadas com presas, em vários presídios femininos brasileiros.

A proposta desse trabalho em nenhum momento é verificar a inocência ou a culpabilidade dessas mulheres aqui citadas, até porque, não cabe a nós esse tipo de pré-julgamento. Procuramos sim, averiguar a realidade

em que vivem na prisão, sob a condição do ser mulher, sob o olhar protetor dos Direitos Humanos, e da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, o objetivo é de se criar uma visão crítica neste contexto, contribuindo de forma plena para maximizar a compreensão do sistema penitenciário brasileiro e as questões das diferenças de gênero. Ou seja, procurou-se evidenciar o tema, da mulher no cárcere com suas peculiaridades e sua distinção em relação aos homens.

Para tanto, utilizou-se para a realização do presente trabalho o método de abordagem indutivo, e como método de procedimento o monográfico, como técnica de pesquisa o método indireto, através de pesquisa bibliográfica, fontes secundárias e doutrina no que diz respeito ao sistema carcerário.

## 1 AS MULHERES NAS PENITENCIÁRIAS DO BRASIL

Em um primeiro momento faremos uma análise, com base nos dados apresentados pelo Ministério da Justiça sobre a população carcerária feminina no Brasil e seu perfil. A seguir, verificar-se-á, como vivem as mulheres grávidas nas prisões brasileiras e as condições específicas de vulnerabilidade relacionadas ao gênero.

Conforme a segunda edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, INFOPEN Mulheres, realizado em 2016 e publicado em 2018, pelo Ministério da Justiça a população penitenciária feminina no Brasil apresentou um aumento de 656% entre 2000 e 2016. O relatório é baseado nos dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciária (INFOPEN) e contém dados de 1.418 unidades prisionais dos sistemas penitenciários estaduais, registradas até 30 de junho de 2016 (INFOPEN, 2016). Tendo como base o supracitado relatório, é possível afirmar que a população carcerária feminina no Brasil em junho de 2016 eram de 42.355 detentas.

Observa-se que, não estão incluídos nesse levantamento, os dados de mulheres que estão em prisão domiciliar, assim como, não fazem parte desse relatório as informações referentes às menores infratoras que se encontram reclusas.

O estudo mostra, em números absolutos, que o Brasil ocupa o quarto lugar na lista dos 12 países com maior população prisional feminina no mundo em 2016, atrás dos Estados Unidos 211.870, China 107.131 e Rússia 48.478. A pesquisa também revela o perfil da população feminina

presa no Brasil e mostra que cerca de 50% têm entre 18 a 29 anos. Observou-se, ainda, que 62% dessas mulheres são negras, ou seja, duas em cada três mulheres presas, é negra.

Outro ponto importante observado são as causas da prisão, o encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos, comparados aos do público masculino. Cerca de 26% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, enquanto que para as mulheres essa proporção chega a 62%. Também revela que, o número de crimes de roubo registrados para homens é duas vezes maior do que para mulheres (INFOPEN, 2016).

Com relação à estrutura, o referido relatório mostra que nos estabelecimentos voltados para às mulheres ou mistos, 55 unidades tem estrutura adequada para gestantes, ou seja, menos da metade. Quanto a berçários ou centros de referência materno-infantil, para bebês até dois anos, apenas 14% das unidades femininas ou mistas confirmaram ter esses espaços e, somente 3% das unidades prisionais declararam possuir creches para crianças a cima de dois anos (INFOPEN, 2016).

Percebe-se através deste relatório o crescimento no número de mulheres presas, e o despreparo por parte do Estado para com a situação de vulnerabilidade em que se encontram. Já com relação ao perfil destas mulheres, e a razão de estarem presas, verifica-se que, como regra, são às mulheres pobres que vivem em situação de miséria e que por absoluta falta de opção, acabam se voltando para o crime. Em sua grande maioria detidas por tráfico de entorpecentes, muitas foram levadas para o crime e envolveram-se neste meio por causa da influência de seus namorados, maridos e companheiros.

Com a prisão de seus respectivos parceiros, são obrigadas a assumir o lugar desses no tráfico, pra dar o sustento a seus filhos, sendo esse, um dos maiores motivos pelos quais a maioria está presa hoje. Comércio que muitas ainda fazem, para manter o vício dentro dos presídios.

A prisão é uma experiência em família para muitas mulheres no Brasil [...]. Em geral é gente esmagada pela penúria, de áreas urbanas, que buscam o tráfico como sustento. São na maioria, negras e pardas, mães abandonadas pelo companheiro e com ensino fundamental incompleto. (QUEIROZ, 2015, p.62).

Também é possível constatar que, são três os tipos de mulheres que as redes de tráfico utilizam como meio, as que foram enganadas completamente e não sabiam o que estavam fazendo, as que sabiam o que estavam fazendo e tinham consciência de seus atos ilegais e, aquelas que são profissionais na área e no crime.

Resta-nos ainda, no que se refere às mulheres no sistema carcerário, a situação de vulnerabilidade no que se refere à presa gestante. A Lei de Execuções Penais (LEP) em seu art. 14, § 3º garante que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (BRASIL, 1984). Mas o que se pode constatar é que na realidade, não se aplica no caso concreto, conforme relacionado acima. A falta de pré-natal adequado é um grave problema nas penitenciárias, várias mulheres presas, mesmo estando em avançado estado gestacional nunca tiveram atendimento médico, nem antes, nem depois de estarem presas.

A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra, pois eram pobres e desinformadas demais. Como em todo o país só existem 39 unidades de saúde e 288 leitos para gestantes e lactantes privadas de liberdade, na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou ou não se importou que ela, estava com dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio. (QUEIROZ, 2015, p. 74).

Em 2011 entrou em vigor a Lei nº 12.403 que prevê em seu art. 318, inciso IV, que “a prisão preventiva pode ser substituída por prisão albergue domiciliar para gestantes a partir do 7º mês, aplicável também no caso de ser a gravidez de alto risco” (BRASIL, 2011). Entretanto, na execução, a substituição permanece sendo uma faculdade do juiz. “Para a substituição, o juiz exigirá, prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo,” art. 318, parágrafo único da referida lei (BRASIL, 2011).

Ou seja, não basta a simples alegação feita pela presa de que se encontra em uma das situações previstas no referido artigo para que o juiz conceda a substituição da prisão preventiva, pela prisão domiciliar. Portanto deverá a presa gestante, em situação de risco decorrente da gravidez, através de seu representante legal, provar suas alegações apresentando laudo médico relatando esse fato.

Alguns ativistas têm sugerido que as mães de bebês até um ano fiquem em prisão domiciliar, com tornozeleiras eletrônicas, enquanto amamentam. Assim a criança vive [Sic], em um ambiente mais saudável [...]. Ao fim do período, a mãe voltaria a cumprir pena em regime fechado. Uma preocupação, porém, é a de que esse tipo de benefício levassem as presas a engravidar propositalmente. (QUEIROZ, 2015, p. 117).

Relatos revelam à realidade em que vivem às mulheres que se encontram aprisionadas no Brasil, grávidas que são violentamente espancadas dentro das delegacias por policiais, e nos presídios, pela segurança interna. De acordo com Queiroz, uma detenta depois de ser flagrada, tentando contribuir para a fuga do companheiro, dentro da delegacia, foi presa em flagrante e relatou que, quando da apresentação dos objetos que contribuiriam para a fuga, no momento de lavar o flagrante, junto ao celular e a serra, que seria usada para serrar as grades, para seu espanto, haviam seis pacotes de cocaína. Ela, no entanto, nega que tivesse em sua posse qualquer tipo de droga, e que não assumiria um crime que não cometera.

Confessou que tentara sim, ajudar seu companheiro fugir, reconhecendo todos os objetos sobre a mesa, mas que, não iria pagar por um crime que não cometera “a droga não era dela, alguém havia plantado, para incriminá-la”. Motivo esse que a levou a retrucar a escrivã, e por consequência a ser agredida. Segundo a interna (a escrivã pediu que o policial a segurasse encurvada e encheu suas costas de socos, o que fez com que quase perdesse seu bebê) (QUEIROZ, 2015, p. 123-129).

Nesse caso, os seis pacotes de cocaína caracterizaram o tráfico de drogas. Não se discute, no entanto, se o flagrante foi armado ou não, não cabe a nós fazermos essa análise. Recordamos que o tráfico de drogas é um crime, equiparado a hediondo. O art. 33, da Lei 11.343 de 2006, as-

sim preceitua: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 2006). A pena para quem incorrer no tipo penal é de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

Aquele que preenche os tipos penais dos art. 33 e 34, ainda que seja pequena a quantidade de droga apreendida, não pode valer-se do denominado crime de bagatela, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública e o traficante raramente se contenta em materializar o crime uma só vez. (NUCCI, 2014, p. 334).

Portanto, o crime de tráfico de drogas não admite fiança, a presa não teve direito a aguardar o julgamento em liberdade, mesmo estando no quinto mês de gestação.

No Centro de Reeducação Feminina (CRF), em Ananindeua, no estado do Pará, conforme Queiroz, uma presa declara à jornalista que “estava grávida e havia perdido o bebê há aproximadamente dez dias que, havia sangrado muito e, mesmo assim, não havia sido tomada nenhuma providência de cuidado e de consulta médica. Relatava estar com muita febre e que provavelmente o feto estaria apodrecendo dentro dela”. (QUEIROZ, 2015, p. 183).

Muitas mulheres perdem a guarda de seus filhos enquanto estão presas e, tantas outras, perdem a guarda permanente, as crianças tem seu destino decidido na vara da infância e juventude enquanto as mães têm seus destinos traçados em varas criminais. Durante o processo os fóruns enviam as intimações para o endereço que constam em seus arquivos, “sem saber do processo de destituição do poder familiar, as presas não tem conhecimento de que foram convocadas para comparecer em juízo para depor e com isso manifestar seu interesse em manter a guarda de seus filhos” (CONECTAS, 2012, P.4). O Estado entende esta ausência, como um desinteresse da parte da mãe e a criança acaba indo para o ineficiente e burocrático sistema de acolhimento institucional brasileiro onde aguardará a adoção.

A falta de informação sobre as condições e local em que as crianças se

encontram e os cuidados que estão recebendo é um fator que gera muita angústia, para às mães que se encontram presas. Em alguns casos quando saem da prisão precisam de ajuda para recuperar a guarda de suas crianças, o que nem sempre será possível.

[...] Quando terminam de cumprir a pena, elas têm que pedir a guarda dos filhos de volta a justiça. Nem todas conseguem. Para provar-se capaz de criar uma criança, é preciso ter comprovante de endereço e de emprego. Esse é um salto muito mais difícil de ser dado pelas mulheres com antecedentes criminais. Quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir o seu. (QUEIROZ, 2015, p.77).

Os homens enquanto presos, recebem visitas frequentes de suas esposas e companheiras, enfim, elas se preocupam em estar presentes em suas vidas, mesmo eles estando na prisão. Em contrapartida, às mulheres presas quase não recebem visitas de seus companheiros, geralmente seus namorados, maridos e/ou companheiros comparecem nas primeiras visitas e aos poucos acabam se afastando, simplesmente não aparecem mais. Geralmente tomam para si uma nova companheira, e com esse novo relacionamento constroem uma nova família, se desfazendo dos laços que tinham anteriormente.

O presídio da cidade de Guaíba, no Rio Grande do Sul, de acordo com Queiroz, “é visto, como um dos presídios mais seguros do país, seguranças e câmeras de monitoramento estão por todos os lados, às prisioneiras são vigiadas 24 horas por dia, onde a disciplina é extremamente rígida e as presas para circular nos corredores internos são algemadas” (QUEIROZ, 2015, p. 176). No entanto, alerta que:

É preciso não se deixar enganar pela bela unidade de saúde, os corredores ventilados e celas limpas [...]. O que predomina ali é um tipo bem sofisticado de crueldade: a psicologia. [...] em caso

de faltas graves, são isoladas em solitárias por até dez dias. Ali, são comuns os casos de pânico, transtornos de ansiedade, depressão e até episódios de psicose. (QUEIROZ, 2015, p. 175).

A rigidez do presídio provoca um fenômeno peculiar que chamamos de institucionalização da pessoa, essas mulheres ficam tão regradadas à prisão, que acabam incorporando o aprisionamento como regra e não conseguem mais sair disso. “Em alguns casos quando são informadas da progressão no regime às presas se auto boicotam, até cometerem uma infração considerada grave, para que sua pena seja aumentada novamente” (QUEIROZ, 2015, p. 176).

Assim, por mais que existam leis que tratem das questões relacionadas à mulher no sistema prisional, sabe-se que muitas vezes na prática não são aplicadas em razão das violências sofridas pelas presas no cárcere. Deste modo, essa situação nos leva a abordar o tema em tela, sobre o olhar dos Direitos Humanos.

## 2 OS DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM RELAÇÃO A MULHER NO SISTEMA CARCERÁRIO

Inicialmente abordaremos o Princípio da Dignidade Humana e os Direitos Humanos e posteriormente as “Regras de Bangkok” traçadas na 65ª Assembleia da Organização das Nações Unidas em 2010 (ONU 2010), que estão relacionadas com o tratamento das mulheres presas.

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, foi introduzido na constituição brasileira como princípio fundamental, funciona como um esteio de todo o ordenamento do Estado Democrático de Direito. Trata-se, portanto, de um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, é um conceito sem definição, porque, parte de uma ação complexa a “indignidade”, ou seja, conseguir reconhecer quando ela acontece. Sarlet, explica que:

[...]Princípio da dignidade da pessoa humana, não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade

não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em verificar as situações em que é espezinhada e agredida. [...] Neste contexto costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. (SARLET, 2003, p. 108).

Tal preceito constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito, que está elencado no rol de Direitos Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988, espelhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Para Costa e Dias, “a Constituição de 1988, além de institucionalizar a instauração de um regime político democrático no Brasil, introduziu inegáveis avanços na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira” (COSTA; DIAS, 2013, p. 69).

Cabe salientar que, Direitos Humanos são diferentes de Direitos Fundamentais, o primeiro está em uma órbita internacional e tem que ser protegido pela comunidade supranacional desde que estejam protegidos por tratados e documentos internacionais. O segundo são direitos internos, ou seja, nacionais que dizem respeito ao Estado e as escolhas do legislador dentro da Constituição, “definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 24). Sarlet salienta que:

Em que pesem sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “Direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao

passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente com sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2003, P. 34).

Convém ressaltar que a dignidade está na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º. É algo intrínseco ao ser humano, sendo inalienável e irrenunciável, pois conceitua o ser humano como tal não podendo ser separada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é próprio.

Desse modo, ao debruçar-se, sobre a expressão “direitos humanos”, a proposta em tela, conduz-se a um conjunto de valores superiores compreendidos como elementos intrínsecos ao indivíduo humano e, portanto, pretéritos quando em comparação ao Estado, o qual não estaria concedendo algo, mas tão somente reconhecendo, sendo por seu caráter indispensável à vida humana, ou pela visão de universalidade, o relevante é a sua imposição e respeito por todos, onde quer que se encontrem. (COSTA; DIAS, 2013, p. 68).

As condições degradantes a que são submetidas às presidiárias é de evidente desrespeito ao princípio da dignidade humana e ainda aos direitos humanos, motivo pelo qual se faz necessário a aplicação de políticas públicas para que seja inserida uma justa medida que reduza essas atrocidades, uma vez que às presa não podem ter seus direitos básicos essenciais como acesso a justiça e a saúde, extirpados enquanto cumprem suas penas, principalmente no que se refere às mulheres em situação delicada no período gestacional, que não têm se quer suas necessidades básicas de saúde atendidas.

Durante a Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 2017, o Brasil recebeu centenas de recomendações relacionadas a violações a Direitos Humanos, muitas dessas recomendações dizem respeito ao sistema prisional, entre elas as questões de gênero. No que se refere a situação das mulheres encarceradas a preocupação foi “a situação das detentas nos presídios em especial às condições de mulheres grávidas e, crianças presas juntamente com suas mães. Tam-

bém foi sugerido o aumento do número de médicos ginecologistas disponíveis nas prisões” (ONU, 2017). Desta forma, a precariedade do sistema prisional brasileiro feminino é reconhecida internacionalmente. São ignoradas totalmente as circunstâncias de que as mulheres são diferentes dos homens, pois elas precisam de cuidados específicos na maternidade.

Em 2011, o estado do Rio grande do Sul, preocupado com a grande elevação da criminalidade feminina, decidiu montar a primeira coordenação penitenciária da mulher no país. O novo departamento começou a fazer estudos para descobrir quem eram as mulheres detidas no estado. Descobriu-se através de pesquisas que só a penitenciária Madre Pelletier em Porto alegre e a Penitenciária de Guaíba tem unidade materno-infantil no Rio Grande do Sul, isso obriga as presas de diversas cidades do interior do estado a deixarem de receber a visita de seus filhos mais velhos, para poder amamentar seus bebês.

Ou seja, as presas que estão prestes a dar à luz, são transferidas dos presídios mistos para a penitenciária Madre Pelletier ou para o presídio feminino de Guaíba, e durante o período de amamentação que em regra é de seis meses, não tem contato com as crianças maiores, pois a distância dificulta e, muitas vezes, impossibilita que as crianças possam ser levadas até elas, “algumas delas decidem abrir mão do período com o bebê, voltando assim para as cadeias públicas para ficarem perto dos demais ao menos nos dias de visitas” (QUEIROZ, 2015, p. 76).

Outro ponto importante destacado pelos estudos feitos pela coordenação revelou que não haviam exames médicos e, que, os kit de higiene eram totalmente insuficientes. Para ter acesso a produtos como papel higiênico, creme dental, xampu e absorventes entre outros produtos, a presa fica limitada a família que se encarrega de comprá-los e levar nos dias de visita. As presas que não tem família ou não recebem visitas, o que não é raro, passam todo o mês acumulando pedaços de pão para improvisar absorventes.

Após as pesquisas o Rio Grande do Sul voltou à vanguarda dos presídios femininos no Brasil. Foi instalado no Madre Pelletier um ambulatório invejável, com ginecologista, nutricionista, dentista, psicóloga, enfermeira e clínico geral. Hoje 90% das detentas trabalham ou estudam. Foi criado até mesmo um programa de micro crédito para ajuda-las a começar pequenos negócios, para terem uma fonte

de renda legal quando saírem em liberdade. Os pátios foram decorados com pinturas coloridas e brinquedos educativos para que os filhos se distraíam nos dias de visita. [...] No Madre Pelletier as próprias internas cozinham umas para as outras [...]. Um salão de beleza foi construído, para que elas possam fazer cursos e cuidar da aparência, tratando assim da auto estima. (QUEIROZ, 2015, P. 133).

Apesar da maioria desses programas terem sido implantados, há um certo tempo, seus resultados ainda não foram medidos, mas, a administração do presídio acredita que com o decorrer do tempo a taxa de reincidência irá diminuir. “a penitenciária ainda tem muitos problemas como celas abafadas, sujas e sem ventilação, um ambiente dominado por ratos e revistas constrangedoras. Mas sente-se ali, um clima de evolução que, infelizmente separa a Madre Pelletier, neste momento da história do resto do Brasil” (Queiroz, 2015, p. 134).

Realizada no ano de 2010, a 65<sup>a</sup> Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU, 2010), foram traçadas algumas normas relacionadas com o tratamento das mulheres presas chamado de “Regras de Bangkok”. Essa aprovação significa que o Brasil não é o único país que precisa de ajustes no que se refere a execução penal, esse documento, de extrema relevância, reconhece a real necessidade das mulheres receberem uma atenção diferenciada, constituí um grande avanço na construção de diretrizes no atendimento das mulheres encarceradas. O governo brasileiro participou das negociações de elaboração e aprovação da norma, no entanto, ela ainda não foi internalizada na legislação nacional, até o presente momento.

O documento apresenta uma decisão paradigmática de autoria do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski. A decisão foi concedida em caráter de urgência durante o plantão de recesso do STF no início de 2015. Citando expressamente as Regras de Bangkok, o ministro observa que a acusação de tráfico de entorpecentes não é suficiente para sustentar a prisão provisória da gestante, considerando as condições pessoais da acusada “e do próprio nascituro, a quem certamente não se pode estender os efeitos de eventual e futura pena” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 71-77).

Outro ponto importante que traz este documento é o que estabelece o não uso de algemas na mulher durante o parto, humanizando esse momen-

to importante para mulher. Nesse sentido, foi promulgada em abril de 2017 a Lei 13.434 que tornou expressa a vedação do uso de algemas no parágrafo único do art. 292 do Código de Processo Penal, “é vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato” (BRASIL, 2017).

Além disso, a súmula vinculante nº 11 do STF, por si só, já não justifica o uso de algemas durante o parto, essas só devem ser utilizadas como medida excepcional, devendo ser usada apenas quando for indispensável (BRASIL, 2008). Desta forma, é vedado sob pena de responsabilidade, o uso de algemas durante o trabalho de parto da presa, assim como no período de sua internação em estabelecimento de saúde após o parto.

As “Regras de Bangkok” não visam apenas melhorar as condições das unidades prisionais, neste caso bastaria a construção de prisões mais bem equipadas, mas visa sim, a sociedade como um todo, fazendo com que haja uma maior aproximação da prisão do domicílio da detenta e a tratamento de saúde específico a presa que está gerando um filho. Ou seja, o conjunto de orientações incentiva aos países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) a buscar meios e, alternativas ao regime fechado no que se refere à mulheres grávidas que se encontram presas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, após verificar todo o contexto vivenciado pelas mulheres no sistema prisional, percebemos ao analisar o relatório apresentado pelo Ministério da Justiça que, embora tenhamos uma legislação interna que garante que à mulher deverá cumprir sua pena em um local adequado a sua condição de mulher, as cadeias mistas ainda são uma realidade. Melhor dizendo, a maioria das mulheres, que cumprem pena no Brasil, estão, em estabelecimentos prisionais mistos, ou seja, estabelecimentos masculinos (mal)adaptados para presas mulheres.

No que se refere às presas gestantes, devido à singularidade que é ser mãe, entendemos que devem merecer especial atenção do Estado, para que não ocorram abusos e nem sejam esquecidas em suas celas a mercê do acaso e do descaso. Que tenham acompanhamento médico durante a gestação e, que, possam ter seus filhos com dignidade e humanidade em

um ambiente hospitalar e salubre, são medidas humanitárias necessárias, pois, é o que nos distingue dos animais e nos torna seres racionais.

É preciso, pois, pôr em prática os compromissos que o Estado assumiu na 65ª Assembleia das Nações Unidas (ONU), visando assim, a humanização das penas, no tocante à mulher no sistema carcerário. É dever do Estado brasileiro, realizar ações imediatas para minorar as violações que sofrem às mulheres encarceradas, sem perder a perspectiva da necessidade de realizar políticas públicas de médio e longo prazo visando melhorias das condições das presas no Sistema Penitenciário Brasileiro.

A discussão é relevante, pois nossa legislação é ampla no que se refere ao sistema carcerário e as questões de gênero, mas, infelizmente a lei não é acompanhada de meios para o seu cumprimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 25 de jun. de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.403 de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas-Sisnad: prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13434.htm)>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STF - Súmula Vinculante nº 11 de 13 de agosto de 2008.

Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=11.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

CNJ. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caa\\_fa6086.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caa_fa6086.pdf)>. Acesso em 25 de jun. de 2019.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas\\_versaofinal1.pdf](http://carceraria.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf)>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Sistema Punitivo e Gênero:** Uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos.- 1.Ed.-Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em:** <>. Acesso em 25 de jun. de 2019.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** Infopen Mulheres. 2ª ed. Brasília-DF. 2018. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em 23 de jun. de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** – 8ª. Ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONU. Brasil recebe centenas de recomendações para combater violações aos direitos humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-recebe-centenas-de-recomendacoes-para-combater-violacoes-aos-direitos-humanos/>>. Acesso em 25 de jun. de 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <>. Acesso em 29 de jun. de 2019.

# VIOLÊNCIA LINGUÍSTICA E HATE SPEECH: UMA ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA DO DISCURSO DE ÓDIO EM TERRAE BRASILIS

*Vinicius de Almeida Santana Melo*

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é estabelecida como um dos mais importantes direitos fundamentais hodiernos, motivo pelo qual o encerramento do regime autocrático brasileiro e a consequente gênese da Constituição Federal de 1988 oportunizou uma ampla tutela normativa da liberdade de expressão. Houve a correta asserção de que deve ser disponibilizado aos governados um ciclo libertário de disposição de ideias.

*A contrario sensu*, em viés exacerbador desta prerrogativa jurídica, a violência cultural vitimiza os grupos sociais que se colocam como historicamente marginalizados na narrativa de um território e fundamenta a existência de diversas condutas opressoras. No âmbito linguístico, o *hate speech* constitui-se como espécie discursiva que facilita a marginalização e a desigualdade comunitárias.

Considerando o que foi pretextado, despontam os seguintes questionamentos: como a Constituição Federal de 1988 trata a liberdade de expressão? A violência linguística oferece bases para a ocorrência de discurso de ódio no âmbito jurídico-filosófico? Qual a específica regulamentação brasileira sobre o *hate speech*?

O trabalho relacionará a manifestação de pensamento e os sistemas de violência cultural para determinar as nuances filosóficas concernentes ao fenômeno do *hate speech*, partindo *a posteriori* para o tratamento do tema na legislação brasileira. Esta base norteará todo o trabalho monográfico, o qual possuirá recorte epistemológico a (in)efetividade do sistema pátrio.

Precipuamente, serão explicitadas as normas constitucionais brasileiras que tratam sobre a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, enfatizando a importância condicionada pelo Constituinte sobre a matéria. Esta janela proporcionará a (in)existência de limites materiais da prerrogativa *in fine*.

Por conseguinte, serão opostos entendimentos sobre a questão da violência linguística e sua possível relação com o discurso de ódio, explicitando o que averba legislação infraconstitucional brasileira. Os excessos orais serão investigados jurídico-filosoficamente com o objetivo de concluir a (in)existência de uma dominação ideológica que acentua a prática de opressão das minorias sociais.

Desta maneira, chegar-se-á ao epílogo da (in)efetividade do ordenamento jurídico pátrio no combate ao discurso de ódio e de que maneira o mesmo consubstancia ou não uma perspectiva complacente com a liberdade de opressão em *terrae brasílis*.

## 2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em oposição a precedente, a atual Carta Magna emergiu numa tutela que busca frutificar as liberdades públicas. Sua melhor hermenêutica ambicionou o retorno das características democráticas destituídas pelos militares, bem como concretizou normativamente uma plena e plural emancipação popular, o que fomentou uma melhor aplicabilidade dos direitos fundamentais.

O artigo 5º, inciso I, circunscrito no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), positivou uma cláusula geral de liberdade pública para assegurar a obrigação de o Estado e os particulares a tutelarem diretamente. É mister salientar que a mudança efetivada pelo Constituinte, o qual trouxe-a para

o início do Texto, marcou uma importante mudança de concepção quanto a matéria<sup>27</sup>.

A liberdade de expressão e manifestação pensamento percebeu sua primeira redação no seio do artigo 5º, inciso IV, regra que sustou a possibilidade de restrição ideológica e vedou o anonimato. O direito de resposta foi teorizado no inciso seguinte, sem prejuízo de indenização correspondente, fato que denota a elevação da dignidade da pessoa humana para a justa tutela dos sujeitos de direito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

A vedação de exteriorizações preconceituosas, discriminatórias e racistas foi transposta para uma seara ainda mais importante, qual seja a parte dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É o que se constata no artigo 3º, inciso III e inciso IV, as quais compeliram o Estado a erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades socio-regionais e promover o bem de todos.

O inciso VI do artigo 5º regulamentou a liberdade de consciência e de crença, bem como o livre exercício dos cultos religiosos sem opor condicionamento ou viés restritivo quanto a moral e os bons costumes. Essa igual alternativa pela laicidade estatal prelecionou contornos mais seguros para as minorias sociais, principalmente ao povo negro, e consignou um ambiente um ambiente mais autônomo para o exercício da liberdade religiosa (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 32).

---

27 A revogação da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 pode ser exemplificada como prova da mudança de paradigma efetivada pela nova ordem constitucional. Positivada em 1967, trazia consigo preceitos restritivos e incondizentes com uma ideologia libertária.

O inciso IX do artigo 5º permitiu que as atividades intelectuais, artísticas, científicas e comunicativas fossem prestadas de forma soberana, vedando a censura e a licença prévias. Em lógica correlação ao inciso anterior, o qual obstruiu a privação de direitos por conta de convicções ideológicas, foi oferecida uma maior securitização para os indivíduos em todas as facetas da liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Por sua vez, o artigo 220, §§1º e 2º, introduzido no Capítulo V (“Comunicação Social”), conduz para a área jornalística a mesma inteligência oposta no artigo 5º, pois a imprensa detém papel fundamental na consolidação de um Estado Democrático de Direito. A passagem expõe a obrigatoriedade de o Poder Público conferir-lhe uma satisfatória liberdade de atuação, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade material da Lei de Imprensa (BRASIL, 2009).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Juntamente ao direito a vida e a integridade física, as liberdades públicas foram cunhadas como uma das mais importantes prerrogativas constitucionais. Percebe-se uma efetiva reação ao histórico exercício de restrições político-ideológicas, dotando-a natureza de cláusula pétreia consoante o viés do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, justamente para explicitar a tangente importância.

Melhor interpretação das normas transcritas demonstra que, não obstante o prestígio do instituto para o engendramento de uma sociedade popularmente soberana, foi reconhecida a necessidade de o Estado pautar-se como veículo corretor dos excessos discursivos. Frente o potencial lesivo que as verbalizações detêm na *práxis*, houve uma razoável perspectiva limitadora de acordo com a orientação do artigo 5º, inciso X.

O contemporâneo entendimento sobre a consonância fática do instituto para com os objetivos queridos pela Carta Magna, em todas as espécies, é realizado casuisticamente pelo Poder Judiciário. A análise da lesão de cunho extrapatrimonial, a qual sofre insigne tutela pelo ordenamento jurídico, ainda gera singelas dificuldades para a verificação da admissibilidade discursiva.

### 3 VIOLÊNCIA CULTURAL E HATE SPEECH

Na esteira do direito fundamental à liberdade de expressão, uma gravosa problemática contemporânea tange a necessidade de estabelecer-lhe limites materiais. Trata-se de inescusável debate científico, haja vista que, embora o instituto detenha acentuada importância para o desenvolvimento social, o patrimônio jurídico afeto a dignidade da pessoa humana preleciona que condutas discursivas injustas não sejam autorizadas pelo ordenamento jurídico

A Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas aduz a necessidade de a manifestação do pensamento ser possibilitada ausente desproporcional intervenção dos entes estatais ou dos particulares. Acompanhada posteriormente pela vedação de seu exercício abusivo, o Documento reforça a ideia de que as prerrogativas jurídicas não podem ser interpretadas de forma absoluta.

Artigo XIX. 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.

[...]

Artigo XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Concordando com tal assertiva, a Declaração de Princípios sobre a Tolerância da Organização das Nações Unidas positiva seu apreço a diversidade cultural e suas variáveis. Promulgada com grande prudência, este Diploma não oportuniza desrespeitos aos direitos universais da pessoa humana ou a liberdades fundamentais, denotando a mesma natureza visualizada na transcrição acima

#### Artigo 1º - Significado de tolerância

1.1 A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas do nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.

1.2 A tolerância não é concessão, condescendência, indulgência. A tolerância é, antes de tudo, uma atitude ativa fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro. Em nenhum caso a tolerância poderia ser invocada para justificar lesões a esses valores fundamentais. A tolerância deve ser praticada pelos indivíduos, pelos grupos e pelo Estado.

Baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da autonomia privada, essas Declarações encerraram a busca por uma sociedade pautada em razoáveis valores multiculturais. Para operá-la em seara comunicacional, a perspectiva de absoluta aplicabilidade da liberdade de expressão e manifestação do pensamento mostra-se inexecutável, haja vista que inviabilizaria a sua conciliação para com o direito de estar livre de verbalizações preconceituosas, discriminatórias e racistas (WEBER, 2009, p. 01).

Não obstante exista corrente intelectual que advoga a necessidade de os discursos não serem censurados independentemente de sua natureza (ANDRADE, 2017, p. 103), assiste melhor razão a tese de que a natureza absoluta do instituto constitui um potencial modelo de opressões ideológicas. A busca pela total separação entre sujeito e objeto impossibilitaria o combate às segregações ideológicas que recepcionaram importância científica no decorrer do século XX.

Contrariamente ao que é defendido pelos liberais, a linguagem distancia-se do mero conjunto de representações da realidade para firmar-se como veículo (re)produtor de práticas de controle e de dominação (VAN DJIK, 2005). Existe uma intrínseca relação entre a dinâmica do conflito de classes e a consolidação de uma ordem social igualitária, realidade que dificulta a real consolidação do Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2006, p. 31).

Segundo uma visão marxista, os filósofos da linguagem ressaltam a importância da ideologia para a configuração dos significados existenciais. O valor semiótico que legitima a construção da consciência coletiva, bem como os pressupostos de importância oferecidos num sistema de poder para os diferentes discursos ideológicos, envolve convicções político-econômicas e crenças filosóficas competentes a atribuição até mesmo de violência física.

A língua não é o reflexo das hesitações subjetivo-psicológicas, mas das relações sociais estáveis dos falantes. Conforme a língua, conforme a época ou os grupos sociais, conforme o contexto presente tal qual ou qual objetivo específico, vê-se dominar ora uma forma ora outra, ora uma variante ora outra. O que isso atesta é a relativa força ou fraqueza daquelas tendências na interorientação

social de uma comunidade de falantes, das quais as próprias formas linguísticas são cristalizações estabilizadas e antigas. Se, em certas condições bem determinadas, uma forma qualquer se encontra relegada a segundo plano (por exemplo, certas variantes do discurso indireto do romance russo contemporâneo, que são justamente de tipo racionalista dogmático), isso testemunha então a favor do fato de que as tendências dominantes da compreensão e da apreciação da enunciação de outrem têm dificuldade em manifestar-se sob essas formas, pois estas últimas as freiam, não lhes deixando campo suficiente (BAKHTIN, 2006, p. 142).

Malgrado o vocábulo “violência” possa denotar suposta restrição a contextos de agressão física, sua correta abordagem demonstra maior abertura semântica. Esse termo pode significar, do mesmo modo, intimidação moral ou exercício opressivo sobre outrem, circunstância elementar que também aufere sanção punitiva por parte do Estado.

À mesma gravidade presente nas investidas físicas, as agressões verbais violentam a consciência de indivíduos e de comunidades de modo arbitrário. Desta maneira, a linguagem, entendida como instrumento de ação e construção, firma-se como veículo proporcionador de condutas ilícitas imateriais – injúria e racismo – e materiais – lesões corporais e homicídios (BUTLER, 1997).

Sem prejuízo de os Estados utilizarem os fatores linguísticos como meios legitimadores de sua estruturação legal e de sua constituição jurídica, os indivíduos podem se valer da violência verbal contra outros em tendência segregacionista. Cria-se um ambiente vicioso que se baseia em caracteres preconceituosos, discriminatórios e racistas, para opor um sem número de marginalizações e segregações (BUTLER, 1997, p. 50).

Essa espécie de dominação social encontra-se incursa na gênese de uma ordem gnosiológica composta por dissensos e consensos provindos do capital simbólico. A perspectiva em tela provê a construção de um mundo consoante os interesses e perspectivas da classe dominante, a qual estabelece fronteiras e divide as pessoas por meio de suas características coletivas.

O poder sobre o grupo que se trata de trazer à existência enquanto grupo é, a um tempo, um poder de fazer o grupo impondo-lhe

princípios de visão e de divisão comuns, portando, uma visão única da sua identidade, e uma visão idêntica da sua unidade. O facto de estar em jogo, nas lutas pela identidade – esse ser percebido que existe fundamentalmente pelo reconhecimento dos outros –, a imposição de percepções e de categorias de percepção explica o lugar determinante que, como a estratégia do manifesto nos movimentos artísticos, a dialética da manifestação detém em todos os movimentos regionalistas ou nacionais.

[...]

Nada há de menos inocente do que a questão, que divide o mundo douto de saber se se devem incluir no sistema dos critérios pertinentes não só as propriedades ditas <<objetivas>> (como a ascendência, o território, a língua, a religião, a actividade económica, etc.), mas também as propriedades ditas <<subjectivas>> (como sentimento de pertença, etc.), quer dizer, as representações que os agentes sociais têm das divisões da realidade e que contribuem para a realidade das divisões (BORDIEAU, 1989, p. 116-120).

Esse ato de marginalização é exercido indivíduos de mais alto gabarito socioeconômico, os quais igualmente definem as regras e os fundamentos comunitários por meio do ato discursivo. Seguidamente, os cidadãos refletem os conflitos e contradições insertos no plano social para reverberarem a reprodução do que lhes foi imposto (RODRIGUES, 2012, p. 55).

Se mostra inegável que a narrativa histórica remete as minorias sociais ao patamar das mais vulneráveis vítimas de violência linguística (CHAVES, 1970, p. 150-151). Não se afigura possível a existência de neutralidade discursiva, como assim deseja a parcela filosófica liberal, pelo fato de que as intrínsecas desigualdades não proporcionam uma equânime posição de debate ideológico, necessitando assim que o Estado proceda à tutela protetiva.

Nesse viés de maior criticidade, a Teoria da Análise de Discurso (ACD) referencia-se como um raciocínio interpretativo que descreve o funcionamento relacional entre língua, história e metodologia para compreender como as relações exteriores fundamentam a materialidade ideológica. Suas reflexões sobre os processos políticos, jurídicos e sociais que pautam a rejeição de comunidades específicas refutam a ideia de pretensa neutralidade declaratória (ORLANDI, 2013, p. 117).

A ideologia dominante condiciona as práticas de (re)produção e transformação das condições sociais, consolidando a maneira de sentir um objeto num dado momento histórico (SOUZA, 2017, p. 42). O fornecimento desse conteúdo de poder imaterial, para além de produzir um querido resultado, intervém na consciência coletiva com o intuito de proporcionar os fundamentos de validade das ideias que circundam na comunidade política (PECHEUX, 2009, p. 146).

Introito nesse âmbito de violência linguística, uma das maiores problemáticas contemporâneas é afeta a questão do *hate speech* ou discurso de ódio. Ausente detrimento de outras possíveis definições, faz-se possível conceitua-lo como explanações dirigidas a grupos sociais, étnicos, históricos, culturais ou religiosos, que envolvam conteúdo preconceituoso<sup>28</sup>, discriminatório<sup>29</sup> ou racista<sup>30</sup>.

O instituto possui complexa identificação jurídica no território pátrio, levando em conta a carência de legislação específica. Diferentemente da França e da Alemanha, países que assumiram *per si* o compromisso de combater diretamente estes episódios (UNIÃO EUROPEIA, 2008), o Estado brasileiro ainda um regramento generalista da matéria

O *hate speech* possui uma instrução materialmente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, afetando a convicção de pertencimento dos indivíduos e dos grupos a sociedade como um todo. A principal consequência dessa espécie de agressividade circula o rebaixamento da capacidade de participação e contribuição das vítimas para o desenvolvimento comunitário.

---

28 Define-se o preconceito como equivocado juízo que não se submete ao crivo da razão, o que impossibilita sua desconstituição por racionais argumentos intelectuais. A superficial crença nos seus pressupostos de admissibilidade mantém firme seu substrato ideológico, fomentando marginalizações irracionais no plano social (BOBBIO, 2011, p. 103).

29 Por sua vez, a discriminação circunscreve-se no estereótipo de determinados grupos em função de suas características particulares, p. ex. étnicas, sexuais ou políticas (ANDRADE, 2017, p. 108).

30 Etapa mais grave do *hate speech*, sugere argumentos de ordem pseudocientífica para fundamentar sentimento de suposta superioridade racial. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil, a elimina de pronto direito a posteriori experiência nazifascista no decorrer do século XX (MEYER-PFLUG, 2009, p. 117).

O referenciado paradigma acarreta numa desarrazoada hierarquização de sujeitos, conduta que não encontra guarida nos objetivos estabelecidos pelo Constituinte na Carta Magna de 1988. Pelo fato de destacar-se em nítido viés principiológico, as lides dessa natureza são resolvidas casuisticamente pelo Poder Judiciário de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Por conta de os casos de discurso de ódio não auferirem os devidos contornos científicos frente a manifesta ausência de correlação entre a linguagem e os caracteres histórico-culturais, os quais condicionam poder simbólico *ex ante* referenciado, os Magistrados brasileiros demonstram falta de fundamentação antropológica em suas decisões judiciais. Há um insensível exame dos acontecimentos postos à apreciação, fato que oferece azo para a continuidade delitiva.

A desigualdade entre os seres humanos advém de suas próprias diferenças socioculturais, no entanto a Constituição Federal de 1988 impede que seja executado um sentimento de hostilidade com fulcro na mesma. Esse irracional ato valorativo demanda tutela específica do Poder Público para que seja proporcionada igualdade material no âmbito fático, consoante com os documentos internacionais e com a ordem jurídica pátria.

## 4 REGULAMENTAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL

A ordenação legal brasileira não é uma das mais felizes no que toca a regulação sancionatória do *hate speech*, pois há escassez de legislação específica sobre a matéria. Em que pese o Texto Constitucional tenha erigido vedação às práticas preconceituosas, discriminatórias e racistas de direitos e liberdades fundamentais, bem como alçado o racismo a elementar de crime inafiançável e imprescritível, o que inegavelmente constitui-se como explícito avanço social, há vagueza científica quanto ao instituto.

A Lei Federal nº 7.716/89 foi um dispositivo originado com o objetivo de punir os delitos resultantes dos preconceitos e discriminações de raça e cor. Em sua redação, o discurso de ódio é regulamentado no seio do artigo 20, *caput*, passagem que tipifica as práticas, induções e incitações a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

O § 1º do artigo 20, deveras importante frente o resgate dos ideais nazistas em fins do século XX e início do século XXI, proíbe a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação da ideologia nazista. Ao receber intervalo sancionatório mais elevado que o *caput*, o legislador demonstrou sua preocupação para com o racismo e os argumentos pseudocientíficos de superioridade étnico-racial.

Não menos importante, o § 2º qualifica os delitos previstos no *caput* quando as condutas criminais se deem através de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, dotando a mesma tutela penal do parágrafo anterior. Ouvido o Ministério Público competente ou ao pedido do mesmo, o magistrado poderá determinar, mesmo antes do inquérito policial, sob pena de desobediência, o recolhimento ou a busca e apreensão de exemplares, a cessação das transmissões e a interdição das mensagens ou páginas de informação – havendo completa destruição do material respectivo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do racismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III – a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Não obstante os louros em intentar a promoção de saudável coexistência étnico-social no plano fático, observa-se que o legislador não se atentou para a contribuição dos caracteres histórico-culturais nos exercícios de *hate speech*. A ausência de conceitos sociais e a falta de definição do que se entende pelos mesmos inviabiliza que o exame judicial examine as características supramencionadas e as dinâmicas de poder incursas à sua esfera, fato que traduz grande vulnerabilidade jurídica.

Objetivando a regulação da seara com maior cientificidade, o Projeto de Lei nº 7.582/14, de autoria da deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), propôs a definição dos crimes de ódio e de intolerância, bem como a gênese de mecanismos para coibi-los, assegurando de melhor maneira o princípio da dignidade da pessoa humana e os preceitos advindos da igualdade material.

Embora arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, recepcionou desarquivamento no corrente ano, com fulcro em seu parágrafo único, através de despacho autorizador no Requerimento nº 48/2019. Atualmente, encontra-se em tramitação perante a Comissão de Direitos Humanos e Minorias.

O artigo 2º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 7.582/2014 conceitua os diversos institutos que podem influenciar na existência de *hate speech* e possibilitou que os Juízes detenham melhor possibilidade de acerto em suas decisões. De forma razoável, foi estabelecido que as particularidades tangentes a cada condição identitária devem ser consideradas no exame dos crimes de ódio e intolerância.

Por sua vez, o artigo 4º, inciso I, e o artigo 5º do Projeto de Lei nº 7.582/2014, respectivamente, colacionaram o que se entende por violência psicológica e posicionaram caracteres específicos sobre o discurso de ódio nos âmbitos da prática, do induzimento e da incitação à discriminação ou ao preconceito. O § 1º do artigo 5º permitiu que a pena fosse

aumentada de um sexto até a metade em caso de a ofensa proporcionar quaisquer das espécies de crime de ódio ou intolerância previstos na lei ou qualquer outro delito.

Art. 4º Constituem crimes de intolerância, quando não configuram crime mais grave, aqueles praticados por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência, quando a prática incidir em:

I – violência psicológica contra a pessoa, sendo esta entendida como condutas que causem dano emocional e diminuição da auto-estima ou que prejudiquem e perturbem o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e autonomia, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

[...]

“Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência.

Pena – Prisão de um a seis anos e multa.

§ 1º - aumenta-se a pena de um sexto a metade se a ofensa incitar a prática de crime de ódio ou intolerância, conforme definido nesta lei, ou a prática de qualquer outro crime.

Percebe-se, neste Projeto de Lei, uma maior maturidade no que toca o combate aos crimes de ódio e intolerância, embora ainda não seja o ideal

por conta da diminuta atenção dirigida a específica seara do instituto. Até que seja ou não aprovado, atente-se o(a) leitor(a) que deve continuar sendo aplicado o ainda vigente artigo 20 da Lei Federal nº 7.716/89.

## 5 CONCLUSÃO

A promulgação da atual Carta Magna hodierna possibilitou a abrupta e plural circulação ideológica na *práxis*, fenômeno dificilmente visualizado na história constitucional brasileira. Tal perspectiva possibilitou a gênese de inúmeros conflitos semântico-materiais, haja vista o fenômeno do *hate speech* encontrar-se incurso numa dinâmica cultural de poder.

O centro desta desse arquétipo é que as disposições socioeconômicas se colocam como vigorante fator de vinculação ideológica e convencimento de terceiros, advogando melhor corrente que as ideias majoritárias, principalmente quando revestidas de autoridade pública, podem pautar a maneira em que a consciência coletiva reconhece certas identidades raciais e sua importância para o contexto social.

Nesse sentido, os discursos preconceituosos e discriminatórios promovem um vicioso círculo segregacionista, pois inviabilizam o pluralismo político e a participação de todas as parcelas comunitárias no plano argumentativo. A regulamentação brasileira, como perceptível, ainda se encontra longe de ser a ideal no combate a seara do discurso de ódio, principalmente considerando a perspectiva generalista disposta no artigo 20 da Lei Federal nº 7.716/89.

Para preservar a autodeterminação das vítimas, as responsabilizações devem ser pautadas em searas preventiva e repressiva. O pensamento *a contrario sensu* possibilita um esmerado ambiente de marginalização linguística das minorias como um todo, aí insere a histórica e socialmente consideradas.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Rogério de Pinho. **O exercício da tolerância frente ao discurso de ódio**: uma análise da *práxis* judicial do STF no caso Ellwanger a partir da concepção de justiça de John Rawls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito,

Universidade Federal do Maranhão, São Luís, Maranhão, 2017. Disponível em: <<https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/1983/2/Jose%20Rogerio%20de%20Pinho%20Andrade.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS EM PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BAKHTIN, Mikhail. VOLOSHÍNOV, Valentin Nikolaevich. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Trad. M. Lahud e Y. F. Vieira. 12 ed. São Paulo: Hucitec, 2006. Disponível em: <[http://hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/Bakhtin-Marxismo\\_filosofia\\_linguagem.pdf](http://hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/Bakhtin-Marxismo_filosofia_linguagem.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011. Disponível em: <[https://docgo.net/viewdoc.html?utm\\_source=elogio-da-serenidade-e-ou-tros-escritos-morais-norberto-bobbio&utm\\_campaign=download](https://docgo.net/viewdoc.html?utm_source=elogio-da-serenidade-e-ou-tros-escritos-morais-norberto-bobbio&utm_campaign=download)>. Acesso em: 04 fev. 2019

BORDIEAU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Disponível em: <[http://lpeqi.quirmica.ufg.br/up/426/o/BOURDIEU\\_\\_Pierre.\\_O\\_poder\\_simb%C3%B3lico.pdf](http://lpeqi.quirmica.ufg.br/up/426/o/BOURDIEU__Pierre._O_poder_simb%C3%B3lico.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF. 5 jan. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 7.582/2014**, define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso

III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF. 20 mai. 2014. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1254961&filename=PL+7582/2014](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1254961&filename=PL+7582/2014)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 17**, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF. 21 set. 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%206-2019.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Arguinte: Partido Democrático Brasileiro. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

BUTLER, Judith. **Excitable speech: a politics of the performative**. New York: Routledge, 1997. Disponível em: <[https://monoskop.org/images/5/54/Butler\\_Judith\\_Excitable\\_Speech\\_A\\_Politics\\_of\\_the\\_Performative\\_1997.pdf](https://monoskop.org/images/5/54/Butler_Judith_Excitable_Speech_A_Politics_of_the_Performative_1997.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

CHAVES, Luís de Gonzaga. Minorias e seu estudo no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 1, n. 1, 1970. Disponível em: <[http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v2n1/rcs\\_v2n1a8.pdf](http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v2n1/rcs_v2n1a8.pdf)>. Acesso em: 04 fev. 2019

CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. 16 nov. 1995. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000131524>>. Acesso em: 14 abr. 2019

DIJK VAN, Teun A. **Discurso, notícia e ideologia**: estudos na Análise Crítica do Discurso. Porto: Campo das Letras Editores S.A, 2005. Disponível em: <[http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/cecs\\_ebooks/article/view/2319/2235](http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/cecs_ebooks/article/view/2319/2235)>. Acesso em: 14 abr. 2019.)

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso** – princípios e procedimentos. Campinas: Pontes Editores, 2013.

PECHEUX, Michel. **Semântica e discurso**: uma crítica à afirmação do óbvio. Campinas: Editora da UNICAMP, 2009. Disponível em: <[https://docgo.net/doc-detail.html?utm\\_source=pecheux-michel-semantica-e-discurso-uma-critica-a-afirmacao-do-obvio](https://docgo.net/doc-detail.html?utm_source=pecheux-michel-semantica-e-discurso-uma-critica-a-afirmacao-do-obvio)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

PRADO, Fernando Correa. **A ideologia do desenvolvimento e a controvérsia da dependência no Brasil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Economia Política Internacional). Programa de Pós-Graduação em Economia Política Internacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <[http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pepi/dissertacoes/Fernando\\_Correa\\_Prado.pdf](http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/pepi/dissertacoes/Fernando_Correa_Prado.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019

RODRIGUES, Paulo César Cabral. **Atos de fala e ideologia** – a violência linguística no discurso da revista VEJA sobre as favelas. Dissertação (Mestrado em Linguística Aplicada). Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2012. Disponível em: <<http://www.uece.br/posla/dmdocuments/PauloCesarCabralRodrigues.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2019

SOUZA, Mariana Jantsch de. **O discurso de ódio na democracia brasileira**: uma análise discursiva do processo de rejeição e de destituição da presidenta Dilma Rousseff. Tese (Doutorado em Letras). Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <<http://>

pos.ucpel.edu.br/ppgl/wp-content/uploads/sites/4/2018/05/Tese-Mariana-Janstch-de-Souza\_ok.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Decisão-quadro 2008/913/JAI do Conselho.** Bruxelas, 28 nov. 2008. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008F0913>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

WEBER, Anne. **Manual on hate speech.** Paris: *Council of Europe Publishing*, 2009, p. 01. Disponível em: <[http://icm.sk/subory/Manual\\_on\\_hate\\_speech.pdf](http://icm.sk/subory/Manual_on_hate_speech.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988.** Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito do Estado, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02042013-112226/en.php>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

# MEIO AMBIENTE E BENS CULTURAIS SOB A ÓTICA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*Ana Claudia Moreira Miguel Philippini*

*Renato Augusto de Alcântara Philippini*

## INTRODUÇÃO

O dinâmico movimento de construção jurídica revela que, à medida que a sociedade se desenvolve, são estabelecidos novos tipos de conflitos de interesses, de tal forma que surge a necessidade de que o direito material seja reordenado com o reconhecimento de novos direitos subjetivos, bem como o direito processual seja capaz de introduzir mecanismos para resolução dessas novas modalidades de conflitos.

Neste sentido, o Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos foi aos poucos incorporando ações específicas em diversos campos, como o direito à educação, à saúde, à moradia, ao meio ambiente, à cultura, ao lazer, entre outros.

É fato que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi o ponto de partida do processo gradual de formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos e, face às necessidades de proteção, os tratados de direitos humanos foram aumentando conforme se revelavam as necessidades inerentes aos seres humanos. Entre essas necessidades encontra-se a proteção do meio

ambiente, desenvolvimento sustentável e proteção aos bens culturais, temáticas cada vez mais entrelaçadas.

Campos e Muchagata (2017) afirmam, inclusive, que para o pleno gozo dos direitos e garantias inerentes ao ser humano é necessário um contexto ambiental sadio. Consequentemente, existe uma clara interrelação e interdependência entre os direitos humanos e o direito ambiental.

Com a proteção socioambiental permeando o campo da proteção dos direitos humanos, houve também a necessidade de salvaguardar os bens culturais. Dentro deste contexto, afirma Pires (1994) que a globalização trouxe um quadro que se denomina de colonialismo intelectual, ou seja, uma alienação cultural no que diz respeito à integração e à autonomia dos povos. Com isso, para a proteção do direito de autodeterminação dos povos, foi inserido no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos o direito à herança cultural, quer pela perspectiva dos indivíduos quer pela perspectiva da sociedade, o que possibilita a expressão e a vivência coletiva desses valores.

Assim sendo, a presente investigação tem por objetivo analisar a ampliação do Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos no que diz respeito ao meio ambiente e aos bens culturais.

## MEIO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente é tema recente, uma vez que até o final do século XIX não havia consciência desta necessidade de preservação da natureza e dos seus recursos naturais. Segundo Guido (2003), esse Sistema de Proteção começou a ser desenhado com a finalidade estritamente econômica, desconsiderando as relações ecológicas sistêmicas e a conservação ambiental.

Por esta razão, as primeiras regulamentações tinham por objetivo a proteção dos estoques de recursos naturais<sup>31</sup>, não com vista para a proteção do meio ambiente, mas para sua utilização econômica e comercial.

Na realidade, existia o pensamento de que o desenvolvimento material deveria se sobrepor a qualquer outro valor, de modo a desconsiderar que esse processo pudesse, de alguma forma, prejudicar o meio ambiente.

---

31 Silva (2013) cita como exemplos o caso das focas para extração de peles no Mar de Behring, de 1893 e a Convenção de Paris para a proteção das aves úteis, de 1902.

Para Souza (2010), essa despreocupação com a questão ambiental é fruto de fatores de diversas matrizes, como a científica, política, econômica e sociológica. Além disso, até o início do século XX existia o entendimento generalizado de que o meio ambiente seria capaz de absorver todos os resíduos industriais sem que a natureza sofresse qualquer consequência.

É fato que a inexistência de problemas ambientais graves contribuía para perpetrar esse pensamento. No entanto, com o surgimento dos primeiros casos concretos de degradação ambiental já nas primeiras décadas do século XX, foi necessário implementar medidas de forma conjunta com outros Estados.

Surgem, então, as primeiras tentativas de consolidar um sistema jurídico internacional de proteção do meio ambiente. De acordo com Silva (2002) esse sistema não era dotado de coercibilidade, de modo que os Estados signatários poderiam ou não cumprir os compromissos assumidos.

Soares (2003) ensina, ainda, até o final da Segunda Guerra Mundial, faltava um conjunto coerente e sólido de regras sobre o meio ambiente no âmbito internacional. Todavia, a percepção sobre a necessidade de interdependência e cooperação começou a adquirir forma e importância por meio de tratados e conferências.

A ameaça nuclear no período pós-Segunda Guerra Mundial fez surgir alguns tratados neste sentido: o Tratado de Moscou (1963), a Convenção do Espaço Cósmico (1967), o Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (1968), o Tratado de Proibição de Colocação de Armas Nucleares e outras Armas de Destruição Maciça no Leito do Mar e do Oceano e nos Respective Subsolos, (1971) (SOARES, 2001).

Entretanto, o marco para o movimento em busca de um desenvolvimento sustentável foi a Conferência de Estocolmo, também denominada Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada no ano de 1972, com a participação de cento e treze países, além de duzentos e cinquenta organizações não governamentais e organismos da própria Organização das Nações Unidas (ONU, 2018).

Como o pensamento havia mudado e o meio ambiente não era mais visto como fonte inesgotável de recursos, a Conferência teve como objetivo discutir as consequências da degradação ambiental. Entraram em discussão os seguintes temas: mudanças climáticas, qualidade da água, uso de pesticidas na agricultura, quantidade de metais pesados na natureza,

além das possibilidades de se reduzir os desastres naturais e a modificação da paisagem, com o escopo de traçar as bases para o desenvolvimento sustentável.

O resultado da Convenção de Estocolmo foi a elaboração da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, representando um manifesto com as bases para a nova agenda ambiental do Sistema ONU de proteção.

Colaço (2009) afirma que a Conferência de Estocolmo introduziu a base de sustentação para o Direito Ambiental Internacional<sup>32</sup>, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os vinte e seis princípios contidos na Declaração tratam dos direitos e obrigações dos Estados e dos indivíduos no que se refere à preservação do meio ambiente. Destacam-se: o artigo 1º, que traz expresso o direito ao meio ambiente de qualidade que permita aos seres humanos uma vida digna com liberdade, igualdade e condições adequadas de vida; os artigos 2º e 5º, que tratam das responsabilidades em relação às gerações, o artigo 21 que diz respeito ao direito de um Estado de explorar seus recursos de acordo com suas políticas ambientais e obrigação de não provocar prejuízos transfronteiriços; e o artigo 22, que traz a obrigação dos Estados de cooperarem para desenvolver uma legislação internacional que trate de responsabilidade e indenização por prejuízos extraterritoriais (ONU, 1972).

Como dado importante desta Conferência, Soares (2003) destaca a existência de dois grupos antagônicos: os países desenvolvidos defendendo uma maior regulação para a poluição das águas, solos e atmosferas e os países em desenvolvimento, cuja maior preocupação era seu desenvolvimento econômico.

Dentro deste contexto, o relatório da Comissão Interministerial para preparação da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CIMA) foi bem claro:

---

32 O Direito Ambiental Internacional não se confunde com o Direito Internacional do Meio Ambiente. Enquanto o primeiro é um ramo do conhecimento jurídico atinente às relações entre o Direito Ambiental e as Relações Internacionais e que trata da dinâmica de equacionamento dos problemas ambientais complexos, de modo a promover a relação dos Estados e das Organizações Internacionais, o segundo é um ramo do Direito Internacional Público que traça o arcabouço de normas jurídicas internacionais firmadas pelos Estados (SILVA; REI, 2014).

Para os primeiros, o desenvolvimento seria a causa de problemas ambientais. Para os últimos, seria o veículo de correções dos desequilíbrios ambientais e sociais. A melhoria da qualidade ambiental dos países em desenvolvimento dependeria da obtenção de melhores condições de saúde, educação, nutrição e habitação apenas alcançáveis através do desenvolvimento econômico. As considerações ambientais deveriam, portanto, ser incorporadas ao processo de desenvolvimento integral. A recuperação dos desequilíbrios ambientais e a proteção do meio ambiente deveriam ser responsabilidade dos países desenvolvidos. O compromisso prioritário dos países em desenvolvimento deveria continuar a ser com o desenvolvimento acelerado (BRASIL, 1991, p. 181).

Soares (2003) compara a importância da Declaração de Estocolmo para a proteção do meio ambiente à Declaração Universal dos Direitos Humanos para a proteção dos direitos humanos, por servirem de parâmetros mínimos e serem ponto de partida para o Sistema de Proteção Internacional.

Outra Conferência que se destacou por trazer de volta o tema do meio ambiente com a mesma preocupação da necessidade de ação global foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992. A Conferência ficou conhecida pelos seguintes nomes: Cúpula da Terra, ECO 92 ou Rio 92.

Com foco para o desenvolvimento sustentável, os Estados envolvidos detalharam o programa denominado Agenda 21 para direcionar suas atividades de modo a protegerem e renovarem os recursos ambientais. Eram ações voltadas à proteção da atmosfera, o combate ao desmatamento, a perda de solo e a desertificação, além da prevenção da poluição da água e ar e promoção da gestão segura dos resíduos tóxicos (ONU, 2018).

Além disso, a CNUMAD abordou questões relacionadas aos padrões de desenvolvimento que causam danos ao meio ambiente, tais como a pobreza, a dívida externa dos países em desenvolvimento, produção e consumo, pressões demográficas e estrutura econômica internacional (ONU, 2018).

Como consequência, foi criada em dezembro de 1992, a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, que dentro da estrutura funcional do

Conselho Econômico e Social da ONU, tem a incumbência de dar apoio aos objetivos traçados pela CNUMAD.

A CNUMAD também ensejou a adoção de duas convenções: a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica, de 1992, e a Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação em Países que sofrem com a Seca e/ou a Desertificação, Particularmente na África, de 1994 (ONU, 2018b).

Campos e Muchagata (2017) acrescentam, ainda, como decorrentes da CNUMAD, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, a Declaração de Princípios sobre Florestas e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Na sequência, em 1994, foi realizada em Barbados a Conferência Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável dos Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento. Nela foram estabelecidas políticas, ações e medidas em todos os níveis para promover o desenvolvimento sustentável (ONU, 2018).

Para revisar a Agenda 21, foi realizada uma sessão especial na Assembleia Geral da ONU em 1997. Esta sessão foi chamada de Cúpula da Terra +5, cujo documento final recomendou a **adoção de algumas metas juridicamente vinculativas, com o objetivo de reduzir as emissões de gases de efeito estufa, bem como para implementar uma maior movimentação dos padrões sustentáveis de distribuição de energia**, produção e uso. Teve também como foco a erradicação da pobreza como pré-requisito para o desenvolvimento sustentável (ONU, 2018).

Além da Cúpula da Terra +5, também ocorreu no ano de 1997 a III Conferência das Partes (COP-III), com o objetivo de estipular metas qualitativas de redução das emissões de gases de efeito estufa, resultando na elaboração do Protocolo de Kyoto. Nele foi definido que os países desenvolvidos e aqueles com economia em transição firmariam compromisso de reduzir as emissões dos gases de efeito estufa, tais como dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorcarbono, perfluorcarbono e hexafluoreto de enxofre, em níveis, no mínimo, 5% inferiores aos de 1990, durante os anos de 2008 e 2012 (COLAÇO, 2009).

Mais adiante, no ano de 1999, assim como ocorreu com a Agenda 21, as políticas estabelecidas pela Conferência de Barbados (1994) foram revistas em sessão especial da Assembleia Geral da ONU, que adotou um

novo programa de iniciativas para o desenvolvimento sustentável dos pequenos Estados insulares em desenvolvimento.

Na sequência, no ano de 2000 teve destaque a Cúpula do Milênio realizada na cidade de Nova York com o objetivo de garantir a sustentabilidade ambiental (ONU, 2018).

Com o escopo de transformar as metas, promessas e compromissos assumidos pela Agenda 21 em ações concretas, foi realizada em 2002 em Johannesburgo a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, também conhecida com Rio+10, Rio Mais 10, por ter sido ocorrido após dez anos da CNUMAD, ou, ainda, Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável. Como resultado, foram elaborados dois documentos a Declaração de Johannesburgo sobre Desenvolvimento sustentável e o Plano de Implementação detalhando as prioridades para as ações.

Para revisar novamente o Programa de Barbados, a comunidade internacional reuniu-se nas Ilhas Maurício no ano de 2005 e desta reunião foi aprovada a Estratégia de Maurício, abordando questões como: mudanças climáticas, elevação do nível do mar, desastres naturais e ambientais, gestão de resíduos, entre outros (ONU, 2018).

Após dez anos da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio +10) e vinte da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), o Rio de Janeiro voltou a ser sede de uma Conferência para definir uma agenda para o desenvolvimento Sustentável para as próximas décadas: a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), de 2012, também conhecida como Rio +20.

Além de ser um meio de renovar os compromissos com o desenvolvimento sustentável firmados nas Conferências anteriores, a CNUDS teve dois temas principais: a economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza; a estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável (RIO+20, 2018).

De acordo com Campos e Muchagata (2017, p.36):

A erradicação da pobreza permaneceu no centro do debate dos compromissos assumidos pelos Estados, alinhada à proteção e garantia dos direitos humanos. O documento final da Rio +20, “O Futuro que Queremos”, reafirmou a importância do respeito pelos direitos

humanos, incluindo o direito ao desenvolvimento, a um padrão de vida adequado, à alimentação e à água, à igualdade de gênero, ao Estado de direito, de forma a que se construam sociedades mais justas, equitativas e inclusivas. Esses resultados, indubitavelmente, deram força à Declaração Universal dos Direitos Humanos e às outras convenções internacionais relativas a direitos humanos.

Por fim, cumpre mencionar a 21<sup>a</sup> Conferência das Partes (COP21) ocorrida no ano de 2015, em Paris. Segundo Barros e Caúla (2017), com objetivo de fornecer a resposta global à ameaça da mudança climática, foi firmado o primeiro pacto universal da história das negociações sobre o clima: o Acordo de Paris. No Tratado foi fixado um limite máximo para emissões de gases de efeito estufa e estabelecido um sistema de financiamento para a adaptação dos países hipossuficientes a essas mudanças climáticas em suas economias.

O Acordo de Paris, que foi aprovado pelos cento e noventa e cinco Estados, que firmaram compromissos de manter o aquecimento global abaixo de 2°C, bem como envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5 ° C acima dos níveis pré-industriais. No entanto, para entrar em vigor, o Acordo necessita ser ratificado por pelo menos cinquenta e cinco países responsáveis por 55% das emissões de gases de efeito estufa (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2018).

## BENS CULTURAIS

A Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972, além de servir de base para a nova agenda ambiental do Sistema ONU de proteção, deu início a uma série de avanços em relação à proteção cultural.

No entanto, é preciso ter em mente que, quando se fala em cultura, não é possível dissociá-la do meio ambiente. Fiorillo (2003) ensina, inclusive, que existe uma divisão clássica no Direito Ambiental dividindo o meio ambiente em meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente do trabalho e meio ambiente cultural.

Enquanto o meio ambiente natural é aquele constituído pelos recursos naturais e pela correlação de seus elementos, o meio ambiente artificial é aquele constituído ou alterado pelo ser humano. Como extensão

do meio ambiente artificial, tem-se o meio ambiente do trabalho, que é constituído dos fatores que se relacionam às condições de trabalho, como o próprio local, as ferramentas e máquinas, os agentes químicos, físicos e biológicos envolvidos, entre outros. Por outro lado, o meio ambiente cultural engloba o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico, podendo ser constituído tanto de bens de natureza material, como lugares, objetos e documentos de importância para a cultura, como de natureza imaterial, como os idiomas, as danças, os cultos religiosos e os costumes em geral (FIORILLO, 2003).

Por conseguinte, os direitos humanos englobam em sua amplitude o meio ambiente cultural, sendo ele constituído de bens de natureza matéria ou imaterial, seja na perspectiva dos indivíduos, seja na da sociedade.

De acordo com Pires (1994), a cultura refere-se à identidade. Ela não é uma mera expressão da carga valorativa herdada, visto que esta carga é fruto de um processo indenitário e de fruição.

O Sistema de Proteção Internacional aos direitos culturais também teve respaldo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seus artigos 22 e 27 estabeleceu o direito de cada indivíduo exigir do Estado à satisfação dos direitos culturais, podendo, inclusive, participar da vida cultural da comunidade.

Assim como a Declaração Universal, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais colocou o direito à cultura como essencial à dignidade humana, tendo o Estado o dever de garantir aos seus indivíduos a plena realização desses direitos.

Soares (2009) afirma que os direitos culturais se desenvolvem numa dinâmica social na qual os instrumentos utilizados (políticos, jurídicos, sociais, econômicos e culturais) têm a finalidade de garantir o seu amplo acesso. Para tanto, não basta à garantia formal, mas da garantia real, que se revela pelo aparato normativo nacional ou internacional estabelecido para a sua fruição deste direito.

Com relação ao aparato normativo internacional para proteção aos direitos culturais, destaca-se a Convenção para proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados, de 1954, por ter sido o primeiro documento internacional a tratar da saída ilícita de bens culturais. Além disso, estabeleceu regramentos mínimos para tratamento dessa espécie de bem em casos de conflitos armados (UNESCO, 1954).

Nos termos da Convenção, são considerados bens culturais:

Artigo 1º (...)

- a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;
- b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;
- c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados “centros monumentais”. (UNESCO, 1954, p. 2)

Outro documento internacional importante é a Convenção da UNESCO sobre as medidas que devem ser adotadas para proibir e impedir a importação, a exportação e a transferência de propriedade ilícitas de bens culturais, de 1970.

Destacam-se, ainda, os seguintes tratados: Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972; a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras, de 1997, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, de 2001, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: edição especial com perguntas e respostas, de 2007.

Para auxiliar na formulação e operacionalização de políticas públicas ligadas à cultura, as Nações Unidas estabeleceram como agência especializada da proteção a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO, sigla em inglês).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado desta análise perfunctória da literatura acadêmica, conclui-se que o ponto de partida do processo gradual de formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, porém devido às necessidades de proteção, os tratados de direitos humanos foram aumentando conforme se revelavam as necessidades inerentes aos seres humanos, sendo a A proteção ao meio ambiente e proteção aos bens culturais são uma dessas novas necessidades.

Observou-se, ainda, que as bases para o Sistema de Proteção Internacional do meio ambiente foi inicialmente traçado pela Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, de 1972, seguida por uma série de Conferências e tratados de proteção ambiental, enquanto o sistema de proteção aos direitos culturais foi traçado de forma mais específica, a começar pela Convenção para proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados, de 1954.

Os estudos desenvolvidos sobre o tema detiveram-se ao debate conceitual e documental do meio ambiente e dos bens culturais sob a ótica do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Por conseguinte, a presente pesquisa apresenta uma abordagem sintética do tema, de modo a demonstrar que a necessidade de aprimoramento do sistema de proteção.

## REFERENCIAS

BARROS, A.; CAÚLA, B. Q. Tributos verdes aplicados no caso concreto: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS no Estado do Ceará. In: TRINDADE, A. A. C.; LEAL, C. B. (Coord.). **Direitos humanos e meio ambiente**. Fortaleza: Expressão, 2017.

BRASIL. Comissão interministerial para preparo da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: o desafio do desenvolvimento sustentável. Brasília: CIMA, 1991.

- CAMPOS, B. P. C.; MUCHAGATA, M. Direitos humanos e meio ambiente: avanços e contradições do modelo de desenvolvimento sustentável brasileiro e a agenda internacional. In: TRINDADE, A. A. C.; LEAL, C. B. (Coord.). **Direitos humanos e meio ambiente**. Fortaleza: Expressão, 2017.
- COLAÇO, B. M. A. **O direito internacional do meio ambiente e as mudanças climáticas**. 2009. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2009/relatorio/dir/barbara.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/barbara.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Acordo de Paris. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em 29 ago. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Brasil). A ONU e o meio ambiente. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- \_\_\_\_\_, **CNUMAD**. 2018a. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html>>. Acesso em 29 ago. 2018.
- \_\_\_\_\_, **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- PIRES, M. C. S. **A proteção do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RIO+20. **Sobre a Rio+20**. 2018. Disponível em: <[http://www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20.html](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html)>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- SILVA, D. M.; REI, F. **Direito internacional do meio ambiente (DIMA) e Direito ambiental internacional (DAI): novos atores em cena**. 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=257>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

SILVA, G. E. N. **Direito ambiental internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole, 2003.

SOARES, I. V. P. **Direito ao patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, A. S. R. **O meio ambiente como direito difuso e a sua proteção como exercício de cidadania**. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n25p22/3956>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

UNESCO. Convenção para proteção dos bens culturais em caso de conflitos armados. 1954. Disponível em: <[http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_decreto\\_44851\\_11\\_11\\_1958\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_11_11_1958_por_orof.pdf)>. Acesso em 30 ago. 2018.

\_\_\_\_\_, **Convenção relativa às medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais**. 1970. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001606/160638por.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2018.

# O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL SOB A ÉGIDE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – UM ESTUDO SOBRE O CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL PELA CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

*Ester de Souza Barreto*

*Wagner Wilson Deiró Gundim*

## INTRODUÇÃO<sup>33</sup>

Embora passados mais de 130 anos desde a vigência da Lei Áurea, verifica-se que a gênese do trabalho escravo permanece enraizado na sociedade, a despeito de no Século XXI se apresentar sob um novo formato.

A origem da escravidão contemporânea é fruto do século 19, em decorrência da abolição da escravidão tradicional ou *chattel slavery*, por meio da qual os escravos conquistaram a liberdade, mas não conquistaram um trabalho digno. A principal consequência disso foi que, em diversos lu-

---

33 O presente trabalho foi fruto de pesquisa desenvolvida no âmbito do Programa Institucional de Bolsa de Iniciação Científica da Universidade Anhembi Morumbi (PIBIC/AM).

gares do mundo, a escravidão permaneceu, porém, sob uma nova roupagem: disfarçada de trabalho regular. E uma das principais razões para a manutenção da gênese escravagista foi que, embora sob o prisma jurídico a escravidão não fosse mais admitida, o seu ideal permanece ativo em função da mentalidade de que “se ele não quis fazer então será forçado a fazer” (THOMASSEN, 2015).

Até mesmo a Organização das Nações Unidas, que substituiu a antiga Liga das Nações, tem fracassado na consecução de seus objetivos primários, quais sejam a manutenção da paz, à propagação da igualdade e à concretização da dignidade humana (LOUREIRO, 2018a).

Isso porque, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) há mais indivíduos em situação análoga à escravidão atualmente do que em outro momento histórico; são aproximadamente 21 milhões de crianças, mulheres e homens que vivem em situação de escravidão contemporânea, o equivalente a 3 em cada 1.000 pessoas no mundo. Ainda, segundo estimado pela OIT, os lucros anuais da exploração do trabalho escravo no mundo é de aproximadamente 150 bilhões de dólares (BRYSK; CHOI-FITZPATRICK, 2012; DELGADO, 2017).

No caso do Brasil, embora desde a abolição formal da escravatura o país tenha se tornado referência mundial no combate à escravidão diante do estabelecimento de políticas públicas visando o combate à escravidão contemporânea, bem como pela imposição de reparações e persecução de empresários que exploram o trabalho escravo, parece existir um abismo entre formalidade e efetividade. Isso porque, mesmo após o resgate, algumas pessoas acabam optando por retornar à situação de escravidão pela ausência de outras opções de subsistência, o que torna a exploração do trabalho escravo um negócio lucrativo (TONDO; FORNASIER, 2018).

A partir de indicada situação, o presente artigo tem o objetivo de analisar o trabalho escravo contemporâneo, um dos mais graves problemas da sociedade atual, bem como o grande desafio para a sociedade internacional de erradicá-lo até 2030 de acordo com a Agenda Internacional.

A princípio, far-se-á uma breve análise sobre os tipos de escravidão contemporânea de acordo com a definição da OIT, para em seguida, efetivar um exame sobre o ordenamento pátrio e o internacional, ou seja, a proteção legal contra o trabalho escravo a partir dos documentos internacionais, notadamente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos,

bem como da legislação pátria. Posteriormente, para dar um contorno prático à análise, o trabalho analisará a sentença do caso Fazenda Brasil Verde prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, demonstrando a tutela dos direitos humanos fundamentais na seara internacional/nacional.

Adota-se, como metodologia de pesquisa, os métodos indutivo e dedutivo, uma vez que a partir da análise das normas – internacionais e nacionais – se direcionará para análise da premissa menor (fatos), e vice-versa, de modo a verificar a real situação da escravidão contemporânea.

## 1. ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA: Contornos Conceituais

A Organização Internacional do trabalho (OIT) foi fundada em 1919 com o intuito de proporcionar condições de trabalho digna a todos os trabalhadores dos países membros integrantes; o Brasil é um dos países membros da OIT e ratificou as fundamentais convenções que versam sobre o tema do trabalho escravo contemporâneo se comprometendo a combater o trabalho escravo em seu território.

A OIT conceitua a escravidão contemporânea como sendo: “Trabalho forçado ou obrigatório exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.” (OIT, 1930)

O trabalho escravo contemporâneo, é uma debilitação do trabalho e violação aos direitos humanos; representação arcaica que perdura na periferia do sistema econômico capitalista, em conjunto com os efeitos das mudanças do vínculo de trabalho desde os anos 1990 no Brasil (SOARES, 2013).

Ainda, conforme SILVA e GOÉS (2013, p. 293) fatores que indicam a escravidão são:

[...] o controle de propriedade, a restrição ou controle de autonomia do indivíduo, da liberdade de escolha ou da liberdade de movimento, mesmo havendo o consentimento ou a livre vontade da vítima pois muitas vezes é impossível ou até mesmo irrelevante detectar a ameaça, a força ou outras formas de coação, o medo da violência, engano ou falsas promessas, o abuso de poder, a posição

da vítima de vulnerabilidade, a detenção ou prisão, pressão psicológica ou condições socioeconômicas.

Em 1995 o Brasil reconheceu oficialmente perante a comunidade internacional a existência de trabalho escravo em seu território; a partir de então o país adotou diversos recursos para combater a escravidão contemporânea.

No momento presente, de acordo com pesquisas realizadas por THOMASSEN (2015) perduram quatro tipos de escravidão contemporânea, sendo o tráfico de pessoas, a escravidão, a servidão e o trabalho forçado.

Tráfico de pessoas é conceituado como o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, por intermédio de ameaças ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a); c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração deverão ser considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente artigo; d) Por “criança” entende-se qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos (LOUREIRO, 2018a).

A escravidão ocorre quando indivíduo exerce atividade laboral em condições insalubres, precárias mediante salários insignificantes. Por sua vez, a expressão trabalho forçado significa submissão de indivíduo contra a sua vontade a condições de trabalho em que é explorado, sem possibilidade de deixar o local seja por conta de dívidas, seja por ameaças (OIT, 2011).

Na situação de servidão por dívida o indivíduo se vê diante de dívidas ilegais contraídas com a alimentação, transporte, aluguel e ferramentas de trabalho. Esses itens são cobrados de forma abusiva e descontados do salá-

rio do trabalhador (OIT, 2004).

O trabalho escravo contemporâneo, segundo pesquisas realizadas pela OIT, ocorre em todos os continentes, em quase todos os países e em qualquer tipo de economia, ainda segundo pesquisas da OIT estima-se que hoje 21 milhões de pessoas encontram-se em situação de escravidão, todavia as organizações não governamentais alegam que este número pode chegar a 36 milhões de pessoas, que geram cerca de 150 bilhões de dólares de lucros ilegais.

O empregador exerce domínio sobre o empregado, gerando uma situação de coisificação da pessoa, desrespeitando seus direitos e garantias fundamentais, sendo que a maioria dos casos de escravidão contemporânea registrados, foram impostos por agentes privados que se aproveitaram da pobreza extrema e da falta de conhecimento de pessoas pobres e vulneráveis (CIDH, 2016). A corrupção também é um fator que colabora para a escravidão contemporânea tendo em vista que por meio dela pode ocorrer a permissão de exploração de trabalhadores em troca de benefícios.

Quando ocorre a incongruência entre instituições formais e informais, cria-se brechas para a exploração de pessoas de forma desumana, desrespeitando-se direitos inerentes ao homem (CRANE, 2013). As empresas que utilizam de mão de obra escrava contemporânea, com práticas opressoras e exploradoras, são empresas rurais, empresas que não possuem regulamentação, indústrias têxteis de pequeno porte e grandes empresas do mundo da moda (OIT, 2004).

## 2. A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNO

O primeiro dispositivo internacional a tratar sobre esse tema é a Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926 que estabelece que os Estados têm o dever de abolir a escravidão, sendo essa prática uma grande violação aos direitos humanos (ONU, 1926). A Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 amplia o conceito de escravidão para incorporar a servidão por dívida, a servidão, a coisificação da mulher como propriedade de outra pessoa e a criança para fins de trabalho forçado. Também estabelece que o ato de transportar escravos de um país

para outro é uma infração penal passível de penas rigorosas que devem ser elaboradas por cada Estado signatário (ONU, 1956).

A Convenção n.º 29 da Organização Internacional do Trabalho de 1930 determina que todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas devem se incumbir em abolir o trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais curto espaço de tempo (OIT, 1930).

Do mesmo modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seus artigos 4º e 5º veda a escravidão, a sujeição de um indivíduo à tortura, a penas e tratamentos cruéis desumanos ou degradantes (ONU, 1948).

Em sequência, o Pacto Internacional de 1966 de Direitos Civis e Políticos estabelece em seus artigos 8º, 6º e 7º, respectivamente, que ninguém poderá ser submetido ao regime de escravatura, que é vedada em todas as suas formas, determinando, ainda, que o Estado tem o dever de assegurar condições de trabalho justas e favoráveis a todos indivíduos.

Além de todos esses dispositivos internacionais supramencionados o Estatuto do Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, que foi constituído com o único intuito de julgar os crimes contra a humanidade cometidos na ex-Iugoslávia de 1933, estabelece, em seu artigo 5º c, que a escravidão é um crime contra a humanidade.

Verifica-se, portanto que a sociedade internacional proíbe a escravidão, a servidão, o trabalho forçado e outras práticas análogas à escravidão desde 1926, com a Convenção de Genebra contra a Escravatura que por sua vez é norma cogente, inderrogável, ou seja, não pode ser afastada pela vontade dos Estados. É notória a extrema importância da erradicação da escravidão para a comunidade internacional e é por este motivo que tantos documentos versam sobre o tema.

No âmbito nacional, o ordenamento pátrio também versa sobre a proibição da escravidão. Inicialmente a vedação a escravidão em território nacional foi instituída pela Lei Áurea em 1888 que extinguiu a escravidão no Brasil em seus artigos 1º e 2º (BRASIL, 1888).

O Estado brasileiro tomou novas medidas após reconhecer em 1995 que em seu território ainda ocorria escravidão; com a promulgação do Decreto nº1538 que criou o Grupo Interministerial para Erradicar o Trabalho Forçado (GERTRAF), formado o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, que possuía atribuições de fiscalizar zonas rurais e investigar denúncias de trabalho escravo (BRASIL, 1995).

A atual Constituição Federal brasileira prevê no artigo 243 a possibilidade de desapropriação sem indenização aos donos de estabelecimentos urbanos e rurais que mantenham o uso de mão de obra escrava em suas propriedades.

Em 2002 foi criado o Plano Nacional de Erradicação da Escravidão no Brasil. Além disso, em 2002 foi promulgada a Lei nº 10.608/2002, referente ao seguro desemprego de trabalhadores que trabalhavam sob o regime de trabalho forçado ou condição análoga à escravidão (BRASIL, 2002).

Em 2003, o Código Penal foi reformulado para aderir um novo conceito de escravidão em seu artigo 149 dispondo que é crime reduzir alguém a condições análogas à de escravo, seja sujeitando indivíduo a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou sujeitando a condições degradantes de trabalho, ocorrendo restrição por qualquer meio, sua locomoção por conta de dívidas contraídas (BRASIL, 1940).

Em 22 de julho de 2010, o Banco Central do Brasil emitiu a portaria nº 3.876, que veda a concessão de crédito rural para pessoas físicas e jurídicas apontadas na “Lista Suja” e que mantenham trabalhadores em condições análogas à de escravo (BRASIL, 2010).

Nota-se que nos últimos anos o Brasil aderiu a diversas medidas com o intuito de erradicar a escravidão, entretanto as políticas públicas precisam ir além desses objetivos dispostos, não bastando apenas criminalizar o trabalho escravo contemporâneo, existindo a necessidade de tratar aspectos deficientes nas políticas públicas com o intuito de conscientizar a população acerca do problema, através da educação para os direitos humanos, bem como combater à carência de vagas de trabalho decente.

A Comunidade Internacional, através da Organização das Nações Unidas, criou em 2015 a Agenda 2030 com o intuito de propiciar o desenvolvimento sustentável e erradicar a pobreza em todas as suas formas, com 17 objetivos e 169 metas que todos os países têm o dever de implementar. Embora seja um documento de natureza de *soft law*, a Agenda implanta um padrão de comportamento importante para os Estados no sentido de cumprimento das metas apresentadas.

O 8º objetivo da Agenda 2030 visa proteger os direitos trabalhistas, visando oferecer trabalho decente para todas as pessoas, e a tomada de medidas urgentes para erradicar a escravidão contemporânea, o trabalho forçado, o tráfico de pessoas, bem como as formas de trabalho infantil.

### 3. CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Um dos casos mais emblemáticos a respeito da escravidão contemporânea e que envolve o Brasil no âmbito internacional é o Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2016.

A Fazenda Brasil Verde está localizada no município de Sapucaia, no estado do Pará e já havia sido denunciada em anos anteriores por trabalho em condições análogas à escravidão, desaparecimento de pessoas e transgressões trabalhistas, entretanto, as denúncias que levaram as práticas ao conhecimento da comunidade internacional foram as realizadas nos anos de 1997 e 2000, como será demonstrado adiante (CIDH, 2011).

Em 1997 dois trabalhadores revelaram ao Departamento de Polícia Federal do Estado do Pará, que escaparam da Fazenda Brasil Verde na qual trabalhavam em situações desumanas. Declararam também que, na chegada à fazenda eles já tinham dívidas contraídas com o gato (termo designado aos recrutadores) pela hospedagem no hotel e utensílios comprados para realização do trabalho (DUARTE, 2017).

Após a denúncia, o Grupo Móvel de Fiscalização executou novas fiscalizações à fazenda, segundo o relatório realizado durante as fiscalizações, foi constatado que os trabalhadores se encontravam alojados em barracões cobertos de plástico e palha com “total falta de higiene” (CIDH, 2016).

O Ministério Público do Trabalho realizou denúncia contra o empregador dos trabalhadores rurais, por trabalho escravo, atentado contra a liberdade do trabalho e aliciamento de trabalhadores, contra o gerente da fazenda por trabalho escravo e atentado contra a liberdade do trabalho e contra o proprietário da fazenda por frustrar direitos trabalhistas. (CIDH, 2016).

O processo obteve suspensão condicional por dois anos, pois o juiz federal propôs ao proprietário da fazenda que ele entregasse seis cestas básicas a uma entidade beneficente. Em 2001, foi declarada a incompetência absoluta da Justiça Federal para julgar o processo, sendo assim, os autos do processo foram declinados a Justiça Estadual que em 2004 também se declarou incompetente. Em 2007 os autos foram remetidos novamente

a Justiça Federal e em 2008 o juiz federal declarou extinta a ação penal (CIDH, 2016).

Em outro momento, em fevereiro de 2000, o aliciador denominado como “Meladinho”, aliciou trabalhadores no município de Barras, estado do Piauí, para trabalhar na Fazenda Brasil Verde, com promessas de bom salário, transporte, alimentação e estadia durante a permanência na fazenda (CIDH, 2016).

No momento em que chegaram a fazenda, os trabalhadores notaram que haviam sido enganados, o local de repouso dos trabalhadores era um galpão de madeira sem energia elétrica, sem camas e sem armários, o teto era de lona e por conta disso em dias de chuva acabava molhando os trabalhadores, os banheiros se encontravam do lado de fora dos galpões no meio do matagal, não continha paredes nem teto. Devido ao ambiente de descanso ser precário e a falta da higiene sanitária uma boa parte dos trabalhadores ficavam doentes e não recebiam nenhuma assistência médica. A alimentação dada aos trabalhadores era insatisfatória e malfeita (CIDH, 2016).

A jornada de trabalho era de 12 horas por dia, com descanso apenas no domingo e o período das refeições era realizado no meio da plantação com duração de 30 minutos (CIDH, 2016).

Em relação ao salário, os trabalhadores deveriam alcançar uma meta de produção improvável de ser atingida e por conta disso não recebiam nenhum pagamento por seus serviços. O trabalho era realizado sob constantes ameaças de morte e com vigilância armada. Os trabalhadores se viam incapacitados de fugir devido à falta de pagamento e à localização remota da fazenda que tinha ao seu redor animais selvagens (CIDH, 2016).

Em março de 2000, dois trabalhadores conseguem fugir após ameaças de serem amarrados por 15 dias, seguidas de ameaças de morte e sequências de agressões realizadas pelos seguranças da fazenda. Os trabalhadores encontraram uma delegacia de polícia e relataram o que sofriam na fazenda a um policial que estava de plantão, entretanto o policial os orientou para que retornassem em dois dias, pois como era feriado de carnaval, o delegado não se encontrava para realizar o inquérito policial (CIDH, 2016).

Posteriormente, entraram em contato com a Comissão Pastoral da Terra de Marabá e o policial comunicou ao Ministério do Trabalho o ocorrido, e uma nova fiscalização foi realizada pelo GERTRAF em 15 de

março de 2000 na fazenda. Os 82 trabalhadores que foram encontrados e entrevistados manifestaram sua “decisão unânime de sair” (CIDH, 2016).

Em maio de 2000, o Ministério Público do Trabalho, com fundamento no relatório da fiscalização, ajuizou Ação Civil Pública perante a Justiça do Trabalho, contra o proprietário da Fazenda Brasil Verde, ressaltando, dentre outros argumentos, que (1) havia a manutenção dos trabalhos em sistema de cárcere privado; (2) haveria a configuração do trabalho em regime de escravidão em decorrência das condições dos trabalhadores ali situados; e (3) a situação de escravidão se agravava em função da situação de hipossuficiência dos trabalhadores rurais, os quais além de analfabetos e desprovidos de qualquer esclarecimento, foram submetidos a condições de vida degradantes (CIDH, 2016).

Em julho de 2000, foi efetuada uma audiência com o proprietário da fazenda que se comprometeu a aperfeiçoar as condições de moradia dos trabalhadores e não mais empregar trabalhadores em regime análogo à escravidão, sob pena de multa. Em agosto do referido ano, o procedimento foi arquivado (CIDH, 2016).

Por existir uma proibição absoluta e inderrogável acerca de submeter indivíduos a escravidão, trabalho forçado ou servidão estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais, dos quais o Brasil é parte, e por ter descumprido todos eles, não punindo devidamente o proprietário da fazenda, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, em março de 2015, submeteu denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Brasil, por “tolerar em seu território a exploração de trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde, localizada ao sul do estado do Pará” (DUARTE, 2017, p. 107).

### 3.1 Sistema Interamericano de direitos humanos: atuação da CIDH no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil

Inicialmente, deve-se consignar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é integrado pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), os quais foram ratificados

e tiveram jurisdição obrigatória aceita pelo Brasil, respectivamente, nos anos de 1992 e 1998 (BERNARDES, 2011).

No que tange especificamente à matéria de direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos elenca precisas obrigações que, voluntariamente aceitas pelos Estados, são tuteladas por duas guardiãs: (i) uma Comissão, estabelecida em Washington/EUA, que apresenta função político-judicial e tem como desiderato, em regra, controlar o comportamento dos Estados, podendo inclusive emitir recomendações; e (ii) uma Corte, sediada em San José, na Costa Rica, de caráter judicial, responsável pela análise e julgamento dos casos encaminhados pela Comissão que denotem violação da Convenção pelos Estados, bem como pelo saneamento de dúvidas interpretativas, pelos Estados membros, a respeito do direito interamericano (VENTURA; CETRA, 2013).

A compreensão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de sua estruturação é apresentado por VENTURA E CETRA (2013, p. 11-12) ao indicarem que:

Enquanto a CmIDH, composta por sete membros, formula recomendações aos Estados, a CrIDH, composta por sete magistrados, elabora sentenças de caráter obrigatório.

É também imprescindível compreender a diferença entre o alcance das competências da CmIDH e da CrIDH. Criada em 1959, e reunida pela primeira vez em 1960, **a CmIDH abarca não apenas os Estados Partes da Convenção** – cuja assinatura e cuja vigência internacional datam respectivamente de 1969 e de 1978 –, **mas ‘alcança ainda todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948’**. É por esta razão que numerosas recomendações são formuladas pela CmIDH aos países que não ratificaram a Convenção e tampouco aceitam a jurisdição da Corte.

Logo, enquanto a OEA compõe-se de 35 Estados, todos sob a mira da CmIDH, a Convenção agrega 25 deles, e a CrIDH exerce sua jurisdição obrigatória apenas em relação a 21 países. Destes, apenas três Estados apoiam-se em procedimentos de direito interno para garantir a execução das sentenças da Corte: Colômbia, Costa Rica

e Peru. Daí decorre que os demandantes junto ao SIDH enfrentam situações jurídicas bastante diversas, a depender do grau de compromisso com o direito regional que foi assumido pelo Estado contra o qual eles demandam.

Aqui, é interessante anotar que o texto inaugural da Convenção Americana de Direitos Humanos expressamente abordou a questão relativa à escravidão e servidão, estabelecendo em seu artigo 6 que ninguém pode ser submetido à tal condição, proibindo inclusive o tráfico de escravos e de mulheres em todas as suas formas.

Significa dizer, portanto, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos expressamente possui mecanismos de vedação e repressão à toda e qualquer forma de escravidão, como forma de robustecer a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Feito tal apontamento inicial, deve-se consignar que o caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde foi o primeiro em que a Corte Interamericana condenou um Estado por trabalho escravo (Cf. TONDO; FORNASIER, 2018).

Como assinalada linhas atrás, embora os fatos tenham ocorrido nos anos de 1997 e 2000, o caso somente fora levado perante a Corte Interamericana em 2015 - em decorrência de expressa previsão contida na Convenção Americana de Direitos Humanos que exige, para fins de admissibilidade, dentre outros, o exaurimento da jurisdição interna do país -, tendo sido prolatada sentença em 15 de dezembro de 2016.

Inicialmente, a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos implementa uma sucinta recapitulação sobre escravidão, servidão por dívida, trabalho forçado, tráfico de escravos e mulheres salientando que nenhum indivíduo pode ser submetido a essas situações e que todas as suas formas são vedadas pela Convenção Americana e outros tratados internacionais. No decorrer do texto fica evidente que a Corte IDH não possuía incertezas em relação a situação em que os trabalhadores eram mantidos no seu ambiente laboral, ficando claro que existia fraudes e enganos na contratação de trabalhadores na Fazenda Brasil Verde além disso, a existência do exercício de propriedade sobre estes indivíduos (CIDH, 2016).

A Corte ponderou dois elementos indispensáveis para delinear um cenário como sendo de escravidão, sendo eles o estado ou a condição de

um indivíduo e o exercício de propriedade que o escravizador exerce sobre o trabalhador escravizado (CIDH, 2016).

A obrigatoriedade do Estado de proteger os indivíduos contra a escravidão é de natureza *erga omnes*, sendo uma norma imperativa *jus cogens* que provém do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional consuetudinário (CIDH, 2016).

Diante do presente caso, a Corte constatou uma sequência de omissões e negligência do Estado na obrigação de proibir a escravidão e suas formas análogas, pois foi constatado que o Estado tinha conhecimento da situação através de denúncias realizadas pela Comissão Pastoral da Terra em 1988 e das fiscalizações realizadas pelo Ministério Público que constataram a ocorrência de violações trabalhistas. Apesar da abertura de procedimentos penais e trabalhistas, nada foi satisfatório para impedir que em 2000 mais trabalhadores fossem levados para a fazenda e submetidos à escravidão (ROCHA, 2016).

A Corte entendeu que existiu uma demora sem justificativa no andamento do processo, e que os conflitos de competência e a falta de diligência por parte das autoridades judiciais causou danos ao processo penal, fazendo com que o mesmo não tivesse a sua devida solução. Os atrasos que ocorreram no processo penal, por conta dos conflitos de competência, e a falta de diligência afetaram também o prazo razoável do processo o que gerou a prescrição da ação penal (CIDH, 2016; DUARTE, 2017).

O Estado tem o dever de intervir com a devida diligência, sendo assim no momento em que o Estado tem ciência de atos que constituem a escravidão, servidão ou tráfico de pessoas, deve iniciar as investigações, *ex officio*, independentemente de denúncia, com o intuito de punir os empregadores e resguardar os direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores (CIDH, 2016).

O prazo razoável do processo é uma garantia implementada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que visa a efetividade da prestação jurisdicional, com o intuito de não prolongar sem necessidade o processo, pois essa demora sem justificativa pode violar garantias judiciais e comprometer o desfecho da demanda, e no caso em apreço o prazo razoável do processo foi violado tendo em vista que a demora ocasionou a prescrição da demanda. (BRASIL, 2004; CIDH 2016).

A Corte ordenou que o Estado reiniciasse as investigações e processos penais que correspondem ao caso de março de 2000, obedecendo a devida diligência e o prazo razoável do processo e que o Estado adotasse as punições necessárias ao caso. O Estado deveria publicar no prazo de seis meses, a partir da notificação da sentença: a) o resumo oficial da presente sentença elaborada pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial; b) o resumo oficial da sentença elaborada pela Corte, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional e c) a disponibilidade da sentença integralmente por um período de um ano, em um site oficial (CIDH, 2016; TONDO; FORNASIER 2018).

A Corte determinou que o Estado tratasse como imprescritível o crime de redução de pessoas à escravidão e suas formas análogas, adotando medidas legislativas cabíveis que garantissem a imprescritibilidade do crime (CIDH, 2016).

A consideração da prescrição pelo Estado brasileiro violou o artigo 2º da Convenção Americana, norma que possui status *jus cogens*, pois os crimes caracterizam graves violações a direitos humanos e não podem ser considerados prescritíveis (CIDH, 2016).

Em relação aos danos imateriais, a Corte fixou o montante de US\$ 30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos 43 trabalhadores da Fazenda Brasil Verde que foram resgatados em 23 de abril de 1997 e de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada um dos trabalhadores que foram resgatados em 15 de março de 2000 (CIDH, 2016).

#### 4. O comportamento do Brasil na fase de cumprimento da sentença prolatada pela CIDH

A sentença proferida pela CIDH em desfavor do Brasil impôs variadas medidas que o Estado brasileiro deveria adotar. Aqui, o objetivo é apresentar, passados 3 anos de sua imposição, o status atual do cumprimento da sentença indigitada.

O Ministério Público Federal reiniciou as investigações relacionadas aos fatos pertinentes a fiscalização de 2000, divulgou um edital que visa a busca de informantes que possuam conhecimento acerca do caso e realizou a publicação da sentença e seu resumo proferidas pela Corte no site do Itamaraty (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2018).

Em relação às indenizações devidas às vítimas que foram submetidas à escravidão contemporânea, a Secretaria Nacional de Cidadania já começou os trâmites administrativos para realizar as devidas indenizações (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2017).

No que tange à imprescritibilidade do crime de escravidão, está em trâmite no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional n.º 14, de 2007, cujo objetivo visa estabelecer que a submissão de um indivíduo à condição análoga à escravidão constitua crime imprescritível.

Em que pese a legislação brasileira não reconhecer a imprescritibilidade do crime de submissão de um ser humano à condição análoga a de escravo, o direito internacional reconhece referida imprescritibilidade que pode ser aplicada pelo Brasil através da abertura do § 2º, do artigo 5º da Constituição brasileira, o que Erik Jayme denomina de diálogo das fontes, propondo a coordenação das leis no interior do sistema jurídico, sugerindo um método adicional aos critérios tradicionais de coordenação das fontes, com o intuito de proporcionar harmonia ao processo de aplicação do direito internacional (LOUREIRO, 2018b).

O diálogo das fontes é, portanto, a aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes legislativas convergentes, para que não haja a fragmentação e a perda da unidade do direito internacional, facilitando a comunicação dos subsistemas entre si com as regras gerais de direito internacional. O critério proposto por Erik Jayme visa captar o modo de relacionamento entre normas pertencentes a subsistemas diversos segundo o princípio da coerência para conferir harmonia ao processo de aplicação do direito internacional (LOUREIRO, 2018b).

O diálogo das fontes entende o direito internacional como um sistema, dotado de um repertório e de uma estrutura. O repertório é constituído de normas de direito internacional, tais como tratados internacionais, costumes e princípios gerais do direito. A estrutura é composta pelo conjunto de regras que determinam o relacionamento entre os elementos do repertório sendo condição necessária para a ordem e a justiça do direito internacional, evitando-se as injustiças e propiciando o tratamento igualitário de todos os seres humanos (LOUREIRO, 2018b).

Assim, pelo diálogo das fontes, não há como o Brasil justificar a não consideração da escravidão como não prescritível (LOUREIRO, 2018b).

Além disso, o Brasil, ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, submete-se às suas decisões, devendo

cumpri-las, a fim de torná-las efetivas dentro do ordenamento jurídico brasileiro (LOUREIRO, 2018b).

## CONCLUSÃO

Como foi demonstrado no trabalho, a escravidão permanece nas suas diversas formas na atualidade, sendo um problema patente da sociedade internacional decorrente do modelo desigual do capitalismo.

Apesar de ser reconhecida pela legislação nacional e internacional, existe uma grande dificuldade por parte do Estado em punir os agentes que utilizam da mão de obra escrava pelo crime de submissão ao trabalho análogo à escravidão. Devido essa dificuldade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016 condenou o Brasil por trabalho escravo.

A discriminação decorrente da posição econômica das vítimas, demonstra que o Estado não observou a igualdade de todos perante a lei prevista no artigo 24 da Convenção Americana, tendo o mesmo o dever de proteger todos sem exceção, utilizando de todas as medidas de natureza jurídica e política que visam promover a defesa dos direitos humanos em seu território. Demonstra-se uma sequência de falhas e negligências por parte do Estado, tendo em vista que em seu território não foram observados a Constituição Federal e os Tratados Internacionais que o país é signatário e que vedam a escravidão em todas as suas formas.

Entende-se que uma pessoa que se encontra em uma situação de vulnerabilidade deve possuir uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais que o Estado deverá adotar para satisfazer a proteção dos direitos humanos.

A sentença prolatada pela Corte IDH demonstra a necessidade de o Estado brasileiro aprimorar as suas leis internas ou introduzir políticas públicas que visam erradicar ou ao menos reduzir a discriminação estrutural, para evitar a submissão de seres humanos à condições desumanas e degradantes.

Conclui-se, portanto que é primordial realizar melhorias no sistema jurídico interno, que venham propiciar mecanismos de articulação entre a jurisdição trabalhista e a jurisdição penal com o intuito de remover lacunas existentes na investigação, processamento e punição dos agentes responsáveis pelos crimes de escravidão contemporânea. Necessita-se co-

locar em primeiro lugar os direitos humanos com objetivo de reparar danos e abusos causados às vítimas dessa herança que é a escravidão e que assola até a atualidade milhares de brasileiros que vivem em situação análogo a escravidão.

## REFERÊNCIAS

- BALES, K. (2005). *Understanding global slavery*. Los Angeles: University of California Press.
- BALES, K., & Robbins, P. T. (2001). No one shall be held in slavery or servitude: a critical analysis of international slavery conventions. **Human Rights Review**, 2(2), 18-45. doi 10.1007/s12142-0011022-6.
- BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR**, v. 8, n. 15, p. 135-156, dez. 2011.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 24**, de 1956. Convenção nº 29. Disponível em: [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_029.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_029.html). Acesso em: 20, set. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 58.563. Convenção Relativa à Escravatura de 1966. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvRelEsc.html>. Acesso em: 20, set. 2018.
- BRASIL. Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966**. Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58822.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm). Acesso em: 20.09.2018.
- BRASIL. **Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 20, set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Lei Áurea. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm)  
Acesso em: 20, out. 2018.

BRYSK, Alison; CHOI-FITZPATRICK, Austin. Rethinking trafficking. In: \_\_\_\_\_. **From human trafficking to human rights:** re-framing contemporary slavery. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório nº 169/11. Caso 12.066.** Admissibilidade e mérito. Fazenda Brasil Verde. Brasil. 2011. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil.** Sentença de 20 de outubro de 2016. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco\\_de\\_imagens/Sentenca\\_Fazenda\\_Brasil\\_Verde.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2017.

CRANE, Andrew. Modern slavery as a management practice: exploring the conditions and capabilities for human exploitation. **Academy of Management Review**, Vol. 38(1). doi 10.5465/amr.2011.0145.

DAHAN, N. M., & Gittens, M. (2010). Business and the public affairs of slavery: a discursive approach of an ethical public issue. *Journal of Business Ethics*, 92(2), 227-249. doi 10.1007/s10551-009-01518. Acesso em: 20.09.2018

DELGADO, Laura Gelbert. **“Escravidão não é coisa do passado”**, alerta chefe da ONU. Notícias e Mídia Rádio ONU, 15 mar. 2017. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/03/1580151-escravidao-nao-e-coisa-do-passado-alerta-chefe-da-onu>. Acesso em: 10, jul. 2019.

DUARTE, Lorena Paula José. **O caso Fazenda Brasil Verde:** Capital, trabalho, dependência e direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, 2017.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American of Court of Human Rights. **Texas International law Journal**, vol. 50, Issue 1, p. 46-91, 2015.

LOUREIRO, Claudia. A decolonialidade decorrente da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos. Uma análise da sentença do caso fazenda brasil verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo. In: MENZES, Wagner (org). **Direito internacional em Expansão**, vol. XIII, org. Anais do 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Foz do Iguaçu. Arraes, 2018a.

LOUREIRO, Claudia. A função social do direito internacional. In: MENZES, Wagner (org). **Direito internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018b.

MENENZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Cumprindo sentença, MDH convoca vítimas do caso Fazenda Brasil Verde, no Pará, para processo de indenização**. 2017. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2017/novembro/cumprindo-sentenca-mdh-convoca-vitimas-do-caso-fazenda-brasil-verde-no-para-para-processo-de-indenizacao>. Acesso em: 5, ago. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **#TrabalhoEscravoNão**: após 18 anos, impunidade a crime na Fazenda Brasil Verde pode chegar ao fim. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/trabalhoescravonao-apos-18-anos-impunidade-a-crime-na-fazenda-brasil-verde-pode-chegar-ao-fim>. Acesso em: 25, jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20, set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Abolishing Slavery and its contemporary Forms**, 2002. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaveryen.pdf> . Acesso em: 20, jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Profits and Poverty: the Economics of Forced Labour**. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_243391.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf). Acesso em: 20, out. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma aliança global contra o trabalho forçado**. Disponível em: [https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio\\_global2005.pdf](https://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_global2005.pdf). Acesso em 15, jul. 2019.

ROCHA, Cristina Costa. O caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil”: trajetórias de luta por justiça de trabalhadores escravizados. n.11, abril. 2016, p.357-374.

THOMASSEN, Lasse. **International efforts to combat traffic in persons, slavery and forced labour**. University of Oslo, 2015. Disponível em: <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/45145/Contemporary-Slavery-Back-Then---Lasse-Thomassen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22, set. 2018.

TONDO, Ana Lara; FORNASIER, Mateus de Oliveira. O ultraciclo da Escravidão Contemporânea: análise do caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil”. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p. 43-84, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p43.

VENTURA, Dayse; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha a Belo Monte. José Carlos Moreira da Silva Filho e Marcelo Torelly (orgs.). **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da; GOÉS, Karine Dantas Góes e. Proteção contra as formas contemporânea de escravidão: uma garantia constitucional. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 289-312. nov. 2013. Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9081/13333>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SOARES, Marcela. Como erradicar o trabalho escravo no Brasil? Notas a propósito do relatório da ONU. **Brasiliana: journal for brazilian studies**, London, v. 2, n. 2, p. 162-186. nov. 2013. Disponível em: <<http://ojs.statsbiblioteket.dk/index.php/bras/article/view/9078/13330>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

# INTERVENÇÕES DO ESTADO NO CAMPO DA CULTURA: ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FINALIDADE E DA MOTIVAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS E AGENTES CULTURAIS

*Renata Silva Gomes*

*José Bruno Aparecido da Silva*

*Fraikson Cleiton Fuscaldi Gomes*

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao abordar os direitos culturais em seu Artigo 215, assegura que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Uma lacuna, no entanto, é criada, o texto constitucional, apesar de citá-los, não relaciona quais seriam os direitos culturais a serem garantidos.

Em uma tentativa de preencher esta lacuna, o documento de Estruturação, Institucionalização e Implementação do SNC, publicado pelo Ministério da Cultura em 2011, aponta que tais direitos estariam dispostos em inúmeros instrumentos normativos das Nações Unidas, como declarações, recomendações e convenções, que dariam aos Estados signatários um norte para a construção de suas próprias políticas de proteção e divulgação dos bens culturais.

Entende-se, portanto, que a intervenção estatal no campo da cultura deva se dar com o fim de se efetivar a garantia constitucional, todavia, nota-se que é concedida certa discricionariedade ao administrador público quando da contratação de artistas, aparelhos e bens culturais, por conta disso, mensurar se a finalidade de atender o interesse público tem sido de fato perseguida ou se há ocorrência de ilegalidade nestes atos administrativos acabam se tornando tarefas complexas, que muitas vezes deixam de ser realizadas pela falta de instrumentos e de referenciais metodológicos.

O que se propõe com o presente ensaio é relacionar e analisar os critérios de contratação de artistas, agentes e/ou aparelhos culturais e ainda apontar mecanismos úteis à investigação e identificação de possíveis casos de desvios de finalidade e, conseqüentemente, de ilegalidade nestes atos. Para tal, se recorrerá à Teoria do Direito, às doutrinas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional e aos escritos de autores que abordam a problemática da gestão pública da cultura.

## 1 A OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA FINALIDADE E DA MOTIVAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Antes que seja iniciada a abordagem das questões relacionadas à atividade do Estado na condução de políticas públicas e à constituição dos direitos culturais, é necessário que se exponha os motivos pelos quais tais temas são concernentes ao estudo e à aplicação do Direito Administrativo. Para o jurista Diogenes Gasparine (2012, p. 59), tal ramo do ordenamento e suas normas “destinam-se a ordenar a estrutura e o pessoal (órgãos e agentes) e os atos e atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto poder público”.

Para que o Estado cumpra o dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais se faz necessária a “ordem” mencionada por Gasparine, que advém da observância e do cumprimento dos princípios do Direito Administrativo, que são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, estes apontados pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988; e ainda a razoabilidade, a finalidade, a motivação e o interesse público, estes dispostos na legislação infraconstitucional (MARINELA, 2016).

A aplicação desses princípios está diretamente relacionada ao sucesso e à eficácia das políticas públicas, incluindo-se aí a gestão dos bens culturais. A este estudo interessa primordialmente os princípios da finalidade e da motivação, que relacionados com os porquês da adoção de um dado direcionamento na implementação de uma política pública em detrimentos de outros. Entende-se de tal forma que a finalidade e motivação possuem a função de nortear a atividade do Estado e permitir que o cidadão fiscalize e acompanhe a atuação do poder público.

Se as normas forem despojadas de sua finalidade, suas causas finais, então uma interpretação racional torna-se impossível. Para se avaliar a eficiência da aplicação da norma deve-se se perquirir sobre o que se espera com essa norma. Quais os efeitos da sua existência e aplicação na comunidade. Quando se desconsidera a finalidade a aplicação pode derivar, muitas vezes, de consensos forjados pela força física, econômica ou da retórica, dado que não tem parâmetros para se comparar a aplicação da norma desejada e aquela que de fato se tem.

Para Meireles (2012, p.93), é o princípio da finalidade que “impõe ao administrador público que só pratique ato para o seu fim legal”, para o autor este fim seria unicamente aquele indicado pela norma de Direito. Gasparini (2012, p. 68) afirma que “por esse princípio impõe-se à Administração Pública a prática, e tão só a esta, de atos voltados para o interesse público”.

Já Marinela (2016, p. 77) defende que o objetivo a ser perseguido pelo administrador é o interesse público, o bem comum, ou o fim específico determinado em lei, para ela é ilegal o ato que não busca tais fins e sua prática caracterizaria abuso de poder na modalidade desvio de finalidade, cabendo, neste caso, controle pelo poder judiciário.

Gasparini (2012, p. 69) define o interesse público, que está relacionado ao princípio da finalidade, como sendo o interesse “que se refere a toda a sociedade [...] o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”; interesse este que figuraria em uma relação de contraposição ao interesse particular, impedindo, portanto, o administrador de atuar em prol de interesses próprios ou de terceiros.

Cabe neste ponto ressaltar que o objetivo final de toda norma deve trazer consigo o que Alexy (2011) denomina de pretensão de correção material. O que significa que o legislador, assim como o

aplicador do direito, deve ter no mínimo a pretensão de criar e aplicar a norma, respectivamente, de forma que ela gere um efeito positivo na comunidade.

Que o direito proponha uma pretensão de correção material, segundo Alexy (2009) só pode significar que a propõem aqueles que intervêm no Direito, ou seja, aqueles que atuam criando, interpretando, aplicando-o e o fazendo cumprir. Que se pretende com a ideia de correção material é que os atos institucionais sejam procedimentalmente e materialmente corretos (ALEXY, 2009), pretensão esta que está diretamente relacionada com a busca por efetividade, que possui grande relevância no estudo dos direitos culturais.

Alexy deixa claro que a correção do ato institucional, ou seja, do ato de interpretação do Direito, é aqui tomada como possibilidade de justificação e de fundamentação deste ato. A pretensão de correção material está, invariavelmente, ligada à possibilidade de justificação do ato escolhido, o que por sua vez pode ser ligada à finalidade desse ato. Finalidade essa que ser discutida de forma dialógica dentro da comunidade.

O princípio da motivação, por sua vez, de acordo com Meireles (2012, p. 105), trata da necessidade do administrador público apresentar justificativas plausíveis para os seus atos, o que deve ser feito por meio do apontamento dos fatos (pressuposto de fato) que deram ensejo à sua atuação e os preceitos jurídicos (pressuposto de direito), que lhe autorizam a agir daquele determinado modo.

Marinela (2016, p. 103) vai além, ela defende que tal princípio delega à Administração o dever de justificar os seus dados por meio da indicação dos pressupostos já mencionados e ainda do apontamento de uma correlação lógica entre os eventos e suas causas, o ato administrativo e sua adequação à previsão legal e, se necessário, as razões de conveniência e oportunidade que justificaram a prática de tal ato.

Gasparine (2012) lembra que, conforme decisão do STF (RDP, 34:141), a motivação seria necessária para todo e qualquer ato administrativo, todavia, logo adiante ele reconhece que, não obstante a tal decisão, tem-se apregoadado que a exposição dos motivos só seria obrigatória quando se tratasse de atos vinculados e em casos nos quais a exigência estiver expressa na lei ou na Constituição, situação esta última que compreenderia tanto os atos vinculados quanto os discricionários.

Há, contudo, divergência doutrinária quando o assunto tratado é a aplicação do princípio da motivação aos atos discricionários, há autores que defendem que, dada a liberdade concedida ao administrador público, tais atos não careceriam de motivação. Marinela (2016) discorda de tal ponto, para ela, o princípio da motivação se faria presente em tais casos no juízo de valor feito pelo administrador público, ou seja, nas razões de conveniência e oportunidade que justificariam a prática do ato em questão. Sobre tal ponto de divergência, a autora considera:

Para os atos vinculados, principalmente aqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra do direito aplicável pode ser suficiente, estando a motivação implícita na lei. Nos atos discricionários e nos vinculados que dependem de apurada apreciação, sopesando dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada (MARINELA, 2016, p. 103).

O entendimento de Marinela será tomado como um dos pilares para o desenvolvimento do presente trabalho e cabe aqui ressaltar que a concepção tomada como pressuposto é a de que ainda que se trate de ato de notável discricionariedade, como é o caso da contratação de artistas e agentes culturais pelo poder público, se faz necessária a exposição da motivação em observância ao princípio da finalidade, que tem como objetivo último, conforme já exposto, a satisfação do interesse público.

## 2 O ESTADO SOCIAL E A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Paula Dallari Bucci (1997) sustenta que o marco inicial do Direito Administrativo se deu ainda no século XIX com a criação de serviços públicos como correios e ferrovias. Já no decorrer do século XX, há, segundo ela, uma intensificação da atividade estatal com o aumento da intervenção do Estado na economia. Tal aumento teria produzido um novo modo de atuação, convertendo serviços em políticas públicas.

A transformação do modo de agir citado por Bucci tem relação, como observado por ela, com o advento dos direitos sociais, que são caracterizados pela garantia de prestações positivas pelo Estado. A existência de tais garantias no ordenamento confere ao Estado o *status* de coordenador de ações públicas e privadas para a materialização de direitos do cidadão. Ela define políticas públicas como “programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo” (BUCCI, 1997, p. 95).

A política pública constituiria, para Bucci (1997, p. 96), um processo político de escolha de prioridades, que seriam feitas tanto em termos de objetivos quanto de procedimentos, sendo não “simples princípios de ação”, mas “vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a certos resultados”. A autora conclui que “o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede sua realização”.

Tais pressupostos e conceitos são relevantes para o presente trabalho, uma vez que a análise que será realizada adiante tomará como premissas o disposto na legislação brasileira e internacional sobre o tema proposto, disposições estas que constituirão os vetores para a ação dos entes da federação na gestão da cultura em suas respectivas esferas de atuação.

### 3 OS DIREITOS CULTURAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

#### 3.1 Os Direitos Culturais como Direitos Fundamentais

Diferentes dos direitos de primeira geração, cujo nascimento coincide com o surgimento do Estado de Direito, os direitos sociais não têm como objetivo a proteção dos indivíduos da ação do Estado, mas garantir que, através do Estado, os indivíduos tenham acesso garantido a bens de natureza social, econômica ou cultural (MORAIS, 2010, p.557).

Cunha Filho (2000, p.37) dá relevância à reflexão se os direitos culturais podem ou não ser considerados direitos fundamentais, uma vez que a sua inclusão neste rol determinaria o nível de prioridade com a qual o Estado buscaria assegurar-lo. Em conclusão à reflexão proposta, o autor argumenta que os direitos fundamentais “não se encerram no rol que re-

cebe este rótulo na Constituição” e que, também, “não são aqueles que as convenções da ocasião determinam que o sejam”.

Peña de Moraes (2010) se aproxima da posição de Cunha Filho ao incluir os direitos sociais na parte de sua obra intitulada Teoria dos Direitos Fundamentais. Ao considerar os direitos culturais como parte deste agrupamento detentor de tutela privilegiada, a doutrina aduz a importância de sua garantia, todavia tanto a Constituição quanto a própria doutrina esbarram ainda em fatores que dificultam a efetivação de tais direitos.

### 3.2 A dificuldade de Conceituar Cultura e a Lacuna Legislativa sobre a Matéria

A primeira dificuldade está em definir o que é cultura. Ao se atribuir diversos significados ao termo, faz-se com que ele se confunda com outros, o que acaba ora reduzindo, ora ampliando a sua gama de significações. José Luis dos Santos (1983, p.49) acredita que o termo adquire significados quase residuais, ao abarcar as sobras das áreas às quais a própria sociedade atribui um maior nível de importância e relevância.

É possível que a constatação de Santos guarde relação direta com o nível de importância dado à cultura pela administração pública em cada um dos entes da federação, a percepção do conceito de cultura de forma residual tende a conferir trato igualmente residual à área quando da alocação de recursos e planejamento de políticas.

Relacionado a esta mesma questão está o entendimento proposto pelo Ministério da Cultura por meio do documento de Estruturação, Institucionalização e Implementação do SNC (2011, p.33), que propõe que a cultura seja comprometida, não de forma residual, mas em três dimensões distintas e complementares entre si: a dimensão simbólica, relacionada à perspectiva antropológica da cultura; a dimensão cidadã, que insere os direitos culturais no rol dos direitos humanos; e a dimensão econômica, que engloba em si as cadeias produtivas, o elemento estratégico da economia do conhecimento e um conjunto de práticas e valores.

Um segundo dificultador está relacionado ao fato já mencionado de que os direitos culturais não estão expressos de forma literal na Constituição Federal. Contudo, este vácuo normativo é preenchido por diversos instrumentos de legislação internacional, dos quais o Brasil é signatário. A

existência destes vários instrumentos atesta que as lacunas normativas sobre a matéria não são um problema exclusivo do ordenamento brasileiro.

## 4 OS DIREITOS CULTURAIS EM INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS

### 4.1 Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado

No documento intitulado Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (BRASIL, 1958, *online*), proclamada pela UNESCO, em 1954, em decorrência dos efeitos da segunda guerra mundial e promulgado no Brasil pelo então presidente da república Juscelino Kubitschek, por meio do Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958, os Estados-membros se comprometiam, em caso de conflitos armados, a respeitar os bens culturais localizados em territórios dos adversários e a proteger o seu próprio patrimônio.

O dispositivo elenca em seu bojo também as responsabilidades de cada país durante o período de paz. No entanto, no que concerne ao tema do presente trabalho, a maior contribuição da referida convenção foi a de ter definido em seu Capítulo I, o que seriam bens culturais, conceito que, se frisa, independia da origem do bem ou de quem era o seu proprietário.

### 4.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Já no ano de 1966, na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Este dispositivo elevou os direitos culturais ao *status* de direitos humanos, ao reconhecer em seu preâmbulo que o ideal do ser humano livre “não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais” (BRASIL, 1992, *online*).

O mesmo dispositivo trazia ainda, em seu Art. 19, inciso 2, a disposição de que o direito à liberdade de expressão compreendia a liberdade de “procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza” (BRASIL, 1992, *online*), o que incluía as manifestações culturais, era

assegurado ainda que esta liberdade independia de fronteiras, formas de expressão ou do meio escolhido para a veiculação.

Já no Art. 27 estava ainda assegurado às pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas o direito de “ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua” (BRASIL, 1992, *online*).

### 4.3 Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural

Assinada na décima sétima sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, em novembro de 1972, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (UNESCO, 1972, *online*) propôs que toda ação voltada à preservação dos bens culturais e naturais deveria considerá-los como patrimônio da humanidade, independente de a qual povo eles pertençam. O documento trouxe ainda, em seus artigos 1º e 2º, as definições de patrimônio cultural e patrimônio natural, o que é de grande importância, dadas as lacunas existentes no ordenamento brasileiro.

### 4.5 Recomendação para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular

Documento aprovado em 15 de novembro de 1989 na 32ª sessão plenária da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, a Recomendação para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular considerou que a cultura tradicional e popular também integra o patrimônio universal da humanidade, por constituir “um poderoso meio de aproximação entre os povos e grupos sociais e de afirmação de sua identidade cultural” (UNESCO, 1989).

Para que a proposta seja colocada em prática, são feitas aos Estados signatários recomendações, dentre estas a importância da adoção de uma definição de cultura tradicional e popular, recomendação que o próprio documento atende, ao conceituar a cultura tradicional como “o conjunto de criações que emanem de uma comunidade cultural fundada sobre a tradição, expressas por um grupo ou por indivíduos” (UNESCO, 1989).

O dispositivo faz ainda recomendações que dizem respeito à urgência de se proteger a cultura tradicional da ameaça representada pela indústria cultural (conceito que será abordado mais adiante), e à necessidade de se desenvolver mecanismos, similares aos que protegem as produções intelectuais, que possam resguardar os direitos autorais sobre as manifestações, sejam elas de autoria individual ou coletiva (UNESCO, 1989).

#### 4.6 Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural

Elaborada pela UNESCO em 2001 e publicada em 2002, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural é, dentre os publicados até aquele ano, o dispositivo normativo que mais guarda relação com a proposta do presente trabalho, pois ele, além de perpassar por vários temas abordados em dispositivos anteriores, coloca em pauta a necessidade de se valorizar e proteger diversidade cultural.

A Declaração confere à diversidade cultural o status de patrimônio da humanidade, o que é justificado pela manifestação da originalidade e da pluralidade de identidades que caracterizam os grupos sociais e as sociedades que compõem a humanidade. De acordo com o texto, a pluralidade seria “fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade” (UNESCO, 2002, *online*), estando para o gênero humano assim como a diversidade biológica está para a natureza.

Em seu art. 5, o documento sentencia: “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes” (UNESCO, 2002, *online*); o que confirma os entendimentos de Moraes (2010) e de Cunha Filho (2000), expostos no capítulo 3 deste trabalho.

#### 4.7 Convenção sobre a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial

Assinada em Paris na data de 07 de outubro de 2003 na 32ª sessão da Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura considera a importância do patrimônio cultural imaterial por este ser fonte de diversidade cultural e garantia de desenvolvimento sustentável e sua “profunda interdependência” em relação ao patrimônio material cultural e natural (UNESCO, 2003, *online*).

Ficou convencionado neste dispositivo que o patrimônio cultural imaterial pode se manifestar em particular nos seguintes campos: (a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; (b) expressões artísticas; (c) práticas sociais, rituais e atos festivos; (d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e em (e) técnicas artesanais tradicionais (UNESCO, 2003, *online*).

#### 4.7 Agenda 21 da Cultura

A Agenda 21 da cultura foi aprovada por cidades e governos locais reunidos no IV Fórum de Autoridades Locais para a Inclusão Social de Porto Alegre, ela atribui aos governos de Estados e nações, dentre outros deveres, os de (1) implementar instrumentos de intervenção pública no campo da cultura; (2) buscar direcionar o mínimo de 1% do orçamento para a cultura; (3) evitar a concentração das indústrias da cultura e da comunicação e (4) aplicar as disposições dos acordos internacionais sobre a diversidade cultural (AGENDA, 2004, *online*).

#### 4.9 Plano de Trabalho Regional de Cultura para a América Latina e o Caribe

O Plano de Trabalho Regional de Cultura para a América Latina e Caribe estabelecido em 18 de setembro de 2015 na cidade de Havana estabeleceu diretrizes para a atuação dos Estados-membros no campo da cultura na região. Revisitando o disposto nas convenções anteriores a ele e, considerando os indicadores e os índices da cultura para o desenvolvimento dos Estados da região, o Plano propõe linhas de ação que levam em consideração também as diversas dimensões que a cultura adquire em campos além do seu próprio, eliminando assim a ideia de conceito residual e o impacto de tal noção no desenvolvimento de políticas públicas (UNESCO, 2015, *online*).

### 5 A NECESSIDADE DE ELENCAR PRINCÍPIOS NORTEADORES DA GESTÃO CULTURAL EM CADA ENTE DA FEDERAÇÃO

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu Art. 25, inciso III, considera inexigível a licitação “para contratação de profissional de qualquer

setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” (BRASIL, 1993, *online*). A inexigibilidade de licitação, neste caso, tem levado à conclusão errônea de que, por se tratar de ato relativamente discricionário, a contratação de agentes culturais estaria desobrigada de atender ao princípio da motivação.

Tal equívoco é reforçado pelas já citadas lacunas existentes na legislação brasileira que trata dos direitos culturais. No entanto, conforme o demonstrado no decorrer do desenvolvimento deste trabalho, há vetores, a maior parte deles presente em dispositivos normativos da legislação internacional, da qual o Brasil é signatário, que orientam a direção a ser seguida quando da implementação ou execução de políticas públicas voltadas para o setor.

A análise dos dispositivos elencados permite que se extraia alguns vetores capazes de orientar as ações dos administradores públicos e a condução das políticas culturais, tais direcionadores, se observados, afastam a falta de motivação e, conseqüentemente, o risco de se cometer desvios de finalidade. Estes princípios servem ainda como instrumentos de controle e monitoramento da atuação estatal na seara cultural.

O primeiro vetor trata da liberdade de criação, de fruição e de acesso aos bens da cultura, que implicam em prestações negativas do Estado, que não pode impor censura prévia ou exercer controle sobre a produção, compartilhamento e circulação da cultura.

O segundo vetor guarda relação com o dever do Estado de proteger os bens culturais materiais e imateriais, considerando-os como patrimônios da humanidade, independente de quem detenha a sua posse ou propriedade.

O terceiro vetor diz respeito à responsabilidade do Estado de proteger a cultura popular e tradicional, expressões que tendem a serem mais frágeis e sustentadas, em grande parte das vezes, pela oralidade, situações das quais decorrem o risco de que tais expressões possam se perder com o avanço da indústria cultural.

O quarto vetor trata da responsabilidade do Estado de preservar a diversidade cultural, por meio de políticas públicas que fomentem o pluralismo, ou seja, a convivência harmônica entre expressões culturais diversas e distintas entre si. O exercício de tal responsabilidade também precisa

levar em conta a existência de uma indústria cultural e sua influência na homogeneização de expressões e na massificação do consumo cultural.

Neste ponto, cabe um excerto para abordar o conceito de indústria cultural, que é distinto da proposta de se profissionalizar e aprimorar os arranjos culturais de um determinado povo ou região. Theodor Adorno (2009) usa o termo para conceituar o fenômeno por meio do qual a lógica industrial e de consumo são aplicadas aos bens da cultura, igualando a meros produtos de consumo rápido, que são feitos para atender a desejos que a própria indústria evoca.

Para Adorno (2009, p. 16) a indústria cultural representa um risco tanto para as expressões tradicionais, pois a ela “quem não se adapta é massacrado pela impotência econômica que se prolonga na potência espiritual do isolado”, quanto para expressões novas que não se adequem aos modelos de produção e consumo, para ele “a novidade do estágio da cultura de massa em face do liberalismo tardio está na exclusão do novo”, pois “a máquina gira em torno do seu próprio eixo”.

Considerando, pois, a necessidade de se proteger as culturas tradicionais e populares, bem como a diversidade cultural, é necessário que o administrador público compreenda que há uma relação de predação e/ou apropriação entre a indústria cultural e as expressões minoritárias, fenômeno que deve ser levado em conta quando da alocação de recursos ou contratação de artistas ou agentes culturais.

O quinto e último vetor dispõe sobre a responsabilidade do Estado de criar/incentivar mecanismos que possibilitem a participação popular nas tomadas de decisão a respeito da gestão dos bens culturais, o que pode ser feito por meio da realização de orçamentos participativos, de conferências e da criação de conselhos de cultura em cada um dos entes da federação.

## CONCLUSÃO

Com o reconhecimento de que os direitos culturais integram os direitos humanos, sendo direitos fundamentais em sua essência, conclui-se que é necessário que os atos administrativos realizados no campo da cultura sejam constantemente acompanhados e avaliados, e, sendo de tal modo, os cinco vetores listados neste trabalho, constituem uma importante ferramenta tanto para nortear a ação do agente público, quanto para dar subsí-

dio às reivindicações populares e às medidas judiciais que possam exigir do Estado as prestações positivas ou negativas que lhe são atribuídas.

Nesse contexto, definir de forma mais objetiva conceitos, vetores e princípios constitui um importante passo na busca pela eficácia e aprimoramento da gestão pública dos bens culturais, é, portanto, um mecanismo útil à pretensão de correção material, uma vez que busca aliar o caráter teleológico da norma à sua aplicação no mundo físico. O estudo de tais vetores é relevante do ponto de vista da pesquisa no campo do direito e, mais ainda, no campo da gestão pública, que deve estar voltada à satisfação do interesse público e à busca pelo bem comum.

O reconhecimento da importância de tais vetores e a reivindicação da aplicação de cada um deles na gestão pública da cultura são caminhos possíveis para movimentos populares, grupos artísticos e minorias étnicas, religiosas e linguísticas, que ainda lutam pela efetivação dos direitos culturais. Até que o ordenamento pátrio preencha os vácuos normativos mencionados neste trabalho, a definição de vetores ainda terá grande relevância para o direito e para a administração pública.

## BIBLIOGRAFIA

**AGENDA 21 da Cultura:** Um compromisso das cidades e dos governos locais para o desenvolvimento cultural. 7 e 8 maio de 2004. Disponível em: <<http://centrodepesquisaeformacao.sescsp.org.br/uploads/BibliotecaTable/9c7154528b820891e2a3c20a3a49b-ca9/146/13759000391889842866.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2018.

ADORNO, Theodor. **Indústria cultural e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 70 p.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, 174p.

ALEXY, Robert. **Los principales elementos de mi filosofía del derecho**. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 33, 2009, p. 67-84. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/044469.pdf?incr=1>. Acesso em maio 2012

ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum acadêmico de direito Rideel**. 24. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo constitucionalismo brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 522 p.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar, 1997.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 140 p.

BRASIL. **Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958**. Promulga a Convenção e Protocolo para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado. Haia, 1954. Disponível em: <[http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_decreto\\_44851\\_11\\_11\\_1958\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_decreto_44851_11_11_1958_por_orof.pdf)>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso em: 09 set. 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 1180 p.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1151 p.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 910 p.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional de Cultura**. Brasília, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010. 799 p.

SANTOS, José Luis dos. **O que é cultura**. 16. Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2009. 91 p.

UNESCO. **Convenção para a proteção do patrimônio mundial, cultural e natural**. Paris, 17 out. a 21 nov. 1972. Disponível: <https://whc.unesco.org/archive/convention-pt.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

UNESCO. **Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial**. Paris, 17 out. 2003. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

UNESCO. **Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural tradicional e popular**. Paris, 17 out. a 16 nov. 1989. Disponível em: < <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Recomendacao%20Paris%201989.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

UNESCO. **Declaração universal sobre a diversidade cultural**. 2002. Disponível: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

UNESCO. **Plano de trabalho regional de cultura para a América Latina e o Caribe**. Havana, 18 set, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002443/244353por.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

UNESCO. **Recomendação sobre o status do artista**. Belgrado, 23 set. a 28 out. 1980. Disponível: <[http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13138&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13138&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)>. Acesso em: 09 set. 2018.

# ATENDIMENTO MÉDICO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS NORMAS TÉCNICAS E LEGISLAÇÕES VIGENTES NO BRASIL.

*Ravena Maria Souza Ferreira*

## 1 INTRODUÇÃO

O convívio em sociedade expõe os indivíduos à diversas modalidades de violência, seja ela sexual, social, racial, física, psicológica, interpessoal, de trabalho e/ou de gênero. Esse contato com atitudes violentas ocasiona uma série de possíveis danos, desde lesões corporais e transtornos psicológicos, até mesmo, em *ultima ratio*, a morte.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) a violência é considerada como uso intencional de força física ou poder, real ou em ameaça, contra si próprio, outra pessoa, ou grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha alta probabilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, mau desenvolvimento ou privação (WHO, 2002, p.5). Nesse sentido, avalia-se que esta seja um dos principais motivos de óbito entre pessoas de 15 e 44 anos de idade de todo o mundo, influenciando diretamente na saúde pública mundial (SCHRAIDER; D'OLIVEIRA; COUTO, 2006).

No que concerne especificamente a violência de gênero, percebe-se que a frequência de agressões físicas, mentais e sexuais contra a mulher ocorrem cotidianamente e em proporções elevadas. Situações como essas, refletem a dominação masculina perpetuada ao longo de anos, recaindo

intimamente sobre o corpo feminino (CHAUÍ, 1985). Inclusive, o sociólogo Pierre Bourdieu (2002), defende a ideia de que esta dominação é aprendida pelo homem e absorvida pela mulher inconscientemente.

Nesse contexto, é predominante a compreensão de que uma das mais brutais exteriorizações da desigualdade de gênero é realizada através da violência sexual no âmbito doméstico e familiar, gerando repercussões devastadoras na saúde física e mental da mulher. De acordo com o estudo “Multi-country study on women’s health and domestic violence against women” (WHO, 2005), realizado em dez países entre 2000 e 2003, de 15% a 71% das mulheres entrevistadas foram vítimas de algum tipo de violência física e/ou sexual cometida por parceiros íntimos em algum período da vida.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1993, por meio da “Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher”, definiu essa modalidade de violência como qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, seja na vida pública ou privada.

A relevância de discussões sobre essa problemática é tanta, que a Organização dos Estados Americanos (OEA) se reuniu em 1994 com o objetivo de provocar um debate no âmbito internacional, na denominada “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”, ratificada pelo Brasil em 1995. A participação brasileira levou o país a se comprometer com a obrigação de institucionalizar medidas preventivas e punitivas à violência de gênero, fato este que, viabilizou, em 2006, a promulgação da Lei Maria da Penha. Essa legislação, além de inovar utilizando o termo “mulher” para abranger lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros (BORTOLUZZI, 2012), trouxe relevantes transformações no Código Penal, ao instituir penas alternativas àqueles que cometem crimes de violência contra a mulher (VCM), definindo-os como qualquer ação ou omissão baseada em gênero que cause morte, lesão corporal, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial em âmbito familiar, doméstico (com ou sem vínculo familiar), ou quando perpetrada por parceiro íntimo.

Por oportuno, nos últimos trinta anos, a violência contra a mulher vem sendo gradativamente reconhecida, pela comunidade

internacional, como problema de saúde pública. Conforme relatório emitido pela OMS, essa violência é uma problemática de escala global, exigindo do setor público e dos profissionais especializados ações que visem minimizar suas repercussões, uma vez que apresentam efeitos diretos sobre a saúde das vítimas e nos próprios serviços médico-hospitalares.

O objetivo desse estudo é, portanto, realizar uma abordagem sociológica, técnica e jurídica a respeito da violência sexual e do atendimento médico às mulheres vítimas desta conduta, correlacionando-o com as normas técnicas e as legislações vigentes no Brasil. O fundamento para a necessidade de discussão da temática abordada surge com a desinformação, tanto dos profissionais da área de saúde, quanto da própria paciente, com relação ao procedimento correto a ser adotado para remediar os impactos sofridos com a violência sexual, tornando recorrente a ocorrência de atuações diversas das ideais.

Para o desenvolvimento desta análise, fez-se o uso unicamente da perspectiva metodológica dedutiva, utilizando-se, para tal, de referenciais teóricos relacionados com os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito, com o propósito de contextualizar a problemática da violência sexual contra a mulher, destacando especialmente o atendimento médico a esse grupo social.

## 2 A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA À MULHER NO BRASIL

Nos dias de hoje, o debate sobre a questão da violência contra a mulher se situa tanto na esfera jurídica, quanto no pensamento sociológico brasileiro. Isso porque, tal violência não se origina exclusivamente das desigualdades socioeconômicas, expressando-se também em relações sociais assimétricas entre o feminino e o masculino, que recortam o conjunto de todos os segmentos da sociedade e fogem a esfera de controle social onde o Estado atua.

Isto é, se atualmente essa violência é compreendida como um problema público baseado na caracterização de poderes diferenciados entre homens e mulheres, devemos toda esta visibilidade à luta dos movimentos

sociais organizados<sup>34</sup> de mulheres e feministas de todo o país, que construíram uma rede com diversas instâncias, nacionais e internacionais, sempre engajadas com as relações de gênero e com a dignidade da pessoa humana. De modo que, essas temáticas foram sendo ordenadas e discutidas, resultando em legislações protetivas para as vítimas de violência.

Diante dessas considerações, é razoável compreender que todas as formas de discriminação por questão de gênero representa uma negação concreta de direitos consagrados constitucionalmente, violando-se diretamente os princípios da liberdade, igualdade e da não discriminação, contidos na Constituição Federal de 1988. Ora, é um dever fundamental do Estado Brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, *sexo*, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nessa perspectiva, torna-se pertinente registrar a teoria contratualista contemporânea proposta por *John Rawls* (1997, p. 5 *et seq*), que contempla as noções de direito à liberdade e direito à igualdade, propondo que as sociedades devem ser estruturadas por intermédio de um sistema equitativo, possibilitando a justa distribuição de concepções culturais, opções sociais etc. , entre cidadãos livres e iguais, expressando assim um modelo social típico, onde se predomina o ideal de Estado Democrático de Direito.

Reconhece-se, no entanto, que a militância dos movimentos feministas e de mulheres encontrou o seu referencial empírico a partir das denúncias sobre violência sexual contra a mulher. Com isso, tornou-se visível, nos planos social e político, que eram as mulheres as principais vítimas, não apenas dessa modalidade de violência, mas de tantos outros tipos de agressões, seja nos lares, no trabalho ou em outros espaços de con-

---

34 Sobre os conceitos de *esfera pública e movimentos sociais* presentes na sociedade civil, utilizamos a perspectiva *habermasiana*, ou seja, o *espaço público* como sendo uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões, pois nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas específicas. Já os *movimentos sociais* presentes na sociedade civil tem seu núcleo formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação das esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. Assim, a sociedade civil compõe-se de movimentos organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 92 e 99. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário)

vívio social. De forma gradual, a atuação da militância feminista, acrescida pelas reivindicações de outros movimentos sociais, foram criando condições históricas, políticas e culturais, cujas implicações e resultados foram se tornando notórias. Desde logo, destaca-se a criação de Grupos de Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência, tendo como pioneiros o SOS Corpo de Recife (1978) e o SOS Mulher de São Paulo (1980), ambos representando um novo modo, político, de agir diante das instâncias e das instituições públicas.

A violência sexual é, de acordo com a OMS, “qualquer ato sexual ou tentativa de obter ato sexual, investidas ou comentários sexuais indesejáveis, ou tráfico ou qualquer outra forma, contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção”. Pode ser praticada, segundo o organismo, por qualquer pessoa, independentemente da relação com a vítima, e em qualquer cenário, incluindo a casa e o trabalho. Por sua vez, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – Decreto nº 4.388, promulgado no Brasil em 2002, estabelece que agressão e escravidão sexuais, prostituição, gravidez e esterilização forçadas ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável são crimes contra a humanidade (*vide art.7º*).

Sobre o assunto, a Secretária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, opina:

“A violência sexual é a mais cruel forma de violência depois do homicídio, porque é a apropriação do corpo da mulher – isto é, alguém está se apropriando e violentando o que de mais íntimo lhe pertence. Muitas vezes, a mulher que sofre esta violência tem vergonha, medo, tem profunda dificuldade de falar, denunciar, pedir ajuda.”(GONÇALVES, 2017, p. 1).

No Brasil, o estupro é definido como a conduta do agente que constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso – conforme disposto no art.213, inserido no capítulo sobre os crimes contra a liberdade sexual do Código Penal. A antropóloga Débora Diniz, por seu turno, faz uma análise mais profunda sobre o estupro, demonstrando que ele ofende as mulheres, não só no corpo possuído pelo prazer e ímpeto de

tortura do agressor, mas principalmente porque as inimiziza da única existência possível: a do próprio corpo.

Infelizmente, essa conduta ainda vitima inúmeras mulheres neste país, acarretando sequelas físicas e mentais, em curto e longo prazo, de proporções devastadoras. Entre as consequências físicas imediatas estão a gravidez, infecções do aparelho reprodutivo e doenças sexualmente transmissíveis (DSTs). Já em longo prazo, as mulheres podem desenvolver distúrbios no campo da sexualidade, apresentando, também, uma maior vulnerabilidade para sintomas psiquiátricos, como depressão, pânico, somatização, atitudes suicidas, abuso e dependência de substâncias psicoativas. Não obstante, além de afetar a saúde física e psíquica das vítimas, o estupro atinge a sociedade como um todo, ao inserir o medo como um elemento da intrínseco a existência das mulheres, limitando suas decisões e, conseqüentemente, afetando seu potencial de pleno desenvolvimento e suas autonomia e liberdade. Assim, indiscutivelmente, a violência contra mulheres prejudica famílias e comunidades de todas as gerações, reforçando igualmente outros tipos de atrocidades predominantes na sociedade brasileira. É nesse sentido que a antropóloga, já referida neste estudo, discorre:

“O escândalo não está no crescimento em milhares de vítimas, mas na persistência do abuso. Uma mulher vitimada pelo estupro não é só alguém manchada na honra, como pensavam os legisladores do início do século 20 ao despenalizar o aborto por estupro, mas alguém temporariamente alienada da existência. Honra, dignidade, autonomia são ignoradas pelo estuprador, é verdade. Mas o estupro vai além: é um ato violento de demarcação do patriarcado nas entranhas das mulheres. É real e simbólico. Age em cada mulher vitimada, mas em todas as mulheres submetidas ao regime de dominação.” (DINIZ, 2013).

Ao longo dos anos, no entanto, discutiu-se a quem caberia a definição da mulher como vítima de estupro: se a ela mesma, como protagonista da violência sofrida, ou se à polícia, com registros de documentos investigativos, a exemplo do Boletim de Ocorrência (BO). O texto do Código Penal, ao tratar da excludente de ilicitude do aborto (Art. 128, II), esta-

beleceu a ausência de punição, mas não especificou como reconhecer a verdade do estupro.

O Ministério da Saúde, em resposta, lançou no ano de 2005, a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, desobrigando a mulher vítima de estupro a apresentar um Boletim de Ocorrência (BO) para dispor do direito de atendimento na rede de saúde. Segundo especialistas, essa dispensa da prévia institucionalização do fato, tem como objetivo trazer prioritariamente a vítima de violência sexual para o ambiente de saúde, sem encaminhá-la em primeiramente a um órgão policial. Isto é, a presunção de veracidade concedida ao relato da vítima, demonstra que a assistência médica não pode ser confundida *com um inquérito policial*.

### 3 ATENDIMENTO MÉDICO ÀS VÍTIMAS

Considerando as políticas e esforços públicos voltados para a implementação de normas reguladoras sobre a violência sexual contra a mulher no Brasil, em 2004, foi elaborada a Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher (Paism), reconhecendo à violência contra a mulher como problema de saúde pública. Após um ano, apesar de algumas redes municipais não terem aceitado prontamente a questão do aborto legal, foram oficializados documentalmente a “Anticoncepção de Emergência” e a supramencionada “Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento”. Em 2007, por sua vez, o Governo Federal lançou o “Pacto Nacional pelo Enfrentamento da Violência contra as Mulheres”, apresentando importantes mudanças para as gestões estaduais e municipais, tratando a violência sexual contra a mulher de forma integrada e multidisciplinar.

Com o intuito de prevenir agravos resultantes da violência sexual contra a mulher, o Ministério da Saúde (MS), por meio do “Programa Saúde da Mulher”, elaborou uma cartilha com as normas técnicas que devem ser seguidas pelos serviços de saúde, garantindo a autonomia e dignidade de mulheres vítimas de crimes sexuais. Nessa cartilha, estão contidas normatizações relativas ao atendimento, prevenção a doenças infecciosas, procedimentos em casos de gravidez e de sua interrupção, entre outros procedimentos que devem ser seguidas em todo o país de forma multidisciplinar.

A Anticoncepção de Emergência (AE) foi avaliada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como medida essencial para se evitar a gravidez

em consequência de estupro. Quando utilizada com o conhecimento e o consentimento da vítima, a AE impede a fecundação do óvulo. De acordo com especialistas, se a rede de saúde oferece o serviço de anticoncepção de emergência até 72 horas do estupro, a quantidade de abortos esperados diminui consideravelmente.

Em determinados casos, no entanto, os serviços de saúde não conseguem adesão completa das vítimas ao tratamento, por sentimentos de medo, raiva e ansiedade, além da aversão causada pelos efeitos colaterais causados por medicamentos usados na quimioprofilaxia do vírus da AIDS. Algumas vezes, as vítimas preferem não entrar em contato com situações que relembram a violência sofrida, em outras, os profissionais da área de saúde não estão devidamente preparados para lidar com tais situações e, tudo isso, acaba contribuindo para construção de uma consciência coletiva voltada para a culpabilização da mulher. Desse modo, a compreensão do comportamento da vítima desde o primeiro atendimento até a alta, bem como o procedimento adotado por todos os profissionais de saúde nesse ínterim, facilitam os estudos e o entendimento dessa relevante matéria, no sentido de padronização nos atendimentos voltados para essa situação específica.

Para conceder apoio jurídico aos profissionais da saúde em relação às vítimas de agressão sexual, o Ministério da Saúde (MS), como já salientado antes, institucionalizou uma cartilha com informações sobre boletim de ocorrência (BO), aborto humanitário e exames médicos, entre outros aspectos legais. Assim, muito embora a vítima seja orientada a registrar o BO, a decisão final fica ao seu critério, visto que não há obrigatoriedade legal de seguir esse procedimento, nem tampouco este representa um pré-requisito para o atendimento médico-hospitalar.

Além dos atos normativos mencionados, existem ainda outros dispositivos legais mais recentes que reiteram as normas do MS, como o Decreto 7.958/2003 e a Lei 12.845/2013 – a Lei do Minuto Seguinte, com disposições legais concernentes a temática em análise, assegurando às vítimas de violência sexual o direito ao atendimento multidisciplinar, e informações prévias sobre as condutas que serão realizadas e quanto a importância do registro do BO e do exame de corpo de delito, como meios de viabilizar uma possível identificação do autor do delito, apesar de que, como já explicitado, esses procedimentos não serem obrigatórios e nem prévios.

Com promulgação a Lei nº 12.845/2013, o Brasil garante o atendimento obrigatório e imediato no Sistema Único de Saúde (SUS) a vítimas de violência sexual. De acordo com essa norma, todos os hospitais da rede pública são obrigados a oferecer, de forma imediata, a chamada pílula do dia seguinte, medicação que evita a fecundação do óvulo em até 72 horas após a relação sexual. Ela também assegura para as vítimas de estupro o direito a diagnóstico e tratamento de lesões no aparelho genital, amparo médico, psicológico e social, profilaxia de doenças sexualmente transmissíveis, realização de exame de HIV e acesso a informações sobre seus direitos legais e sobre os serviços sanitários disponíveis por meio da rede pública.

A Lei do Minuto Seguinte, junto com a campanha realizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em torno dela, complementam e dão maior suporte jurídico a outras iniciativas do Governo Federal como o Decreto nº 7.958/2013 – que trata da humanização e adequação dos serviços de saúde e dos IMLs, incluindo a guarda da prova, a Lei nº 10.778/2003 – que dispõe sobre a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher e a Lei nº 10.886/2004 – que introduz a tipificação da violência doméstica no Código Penal Brasileiro. A Lei 12.845/2013 contribui para a consolidação, também, das referidas normas técnicas do Ministério da Saúde que orientam a atenção e atendimento no Sistema Único da Saúde dos casos de violência sexual contra mulheres.

## 4 CONCLUSÕES

Incontestavelmente, os índices alarmantes de violência sexual contra a mulher atentam para a urgente necessidade de se propor medidas eficazes para o seu enfrentamento. Nesse sentido, convém ressaltar que a omissão de determinadas instituições e da sociedade de um modo geral, contribuem, mesmo que involuntariamente, para o crescimento das estatísticas de criminalidade violenta e para a implantação de uma cultura do medo entre as mulheres. Saliente-se também que as profundas raízes históricas, patriarcais e patrimonialistas, presentes especialmente na sociedade brasileira, colocam o país numa situação preocupante.

Assim, alcançamos a compreensão da necessária aplicabilidade material das previsões normativas já existentes no âmbito brasileiro, envolven-

do igualmente efetividade das políticas públicas voltadas para a proteção e prevenção de todas as formas de violência contra a mulher, com ênfase na modalidade sexual.

Verifica-se, igualmente, que a sociedade civil e o Poder Público têm empreendido poucos esforços em alterar a realidade apresentada, sendo necessário que haja melhor orientação dos profissionais de saúde no que tange o atendimento as vítimas de violência sexual, bem como que o Poder Judiciário coadune sua atuação com as garantias individuais dos cidadãos, evitando que haja agressões à Carta Magna e perpetuação dos flagrantes desrespeitos até então cometidos.

## 5 REFERÊNCIAS

- BANDEIRA, Lourdes. Texto de Apresentação. In: DINIZ, Débora; BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise (Ed. e Orgs.). **Bibliografia de estudos sobre violência sexual contra a mulher: 1984-2003**. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2.ed. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- BORTOLUZZI, A. Comentários acerca da Lei 11.340 de 2006 “Lei Maria da Penha” [TCC]. Campinas: Unisal; 2012.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília; 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 7.958, de 13 de março de 2013. Diário Oficial da União. Brasília; 14 mar. 2013.
- BRASIL. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília; 25 nov. 2003.
- BRASIL. Lei nº 12.845, de 1 de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Brasília; 2 ago. 2013.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adoles-

centes: norma técnica / Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. ed. atual. eamp., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012.

CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência**. In: Chauí M, Paoli MC, SOS-mulher. Perspectivas antropológicas da mulher. Rio de Janeiro: Zhar; 1985. V.4p. 23-62.

\_\_\_\_\_. **Declaração dos Direitos Humanos**. 2004. Disponível em: [www.ono-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.ono-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php). Acesso em: 23 dez. 2008.

DIAS, MB. A lei Mari da Penha na Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2008.

DINIZ, Débora; BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise (Ed. e Orgs.). **Bibliografia de estudos sobre violência sexual contra a mulher: 1984-2003**. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2004.

DINIZ, Débora. A Marca do Dono. Publicado em: 08. nov. 2013. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-marca-do-dono,1094960>. Acesso em: 09. Ago. 2019.

DINIZ, Débora; et al. **A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil**. Revista bioética. Vol 22, n2, maiago., Brasília, 2014.

GONÇALVES, A. Violência sexual no casamento: precisamos falar sobre isso. 23/1/2017. Disponível em: <http://www.justicadesaia.com.br/violencia-sexual-no-casamento-precisamos-falar-sobre-isso/>. Acesso em: 18.mar. 2019.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Coleção Biblioteca Tempo Universitário).

\_\_\_\_\_. Human Rights Council. **Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity**. 2011

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

OMS (Organização Mundial da Saúde). Oficina Regional para Leis Americanas. **Informemundial sobre la violencia e lasalud**. Washington: OMS, 2002.

ONU (Organização das Nações Unidas). Conselho Social e Econômico. **Relatório do**

**Tratado de Grupo na violência contra a mulher**. Viena: Nações Unidas, 1992.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SCHRAIBER, L.B.; D'OLIVEIRA, A.F.P.L.; COUTO, M.T. **Violência e saúde: estudos científicos recentes**. Ver Saúde Pública. 2006;40(N Esp):112-20

SCHRAIBER, L.B.; D'OLIVEIRA, A.F.P.L.; FRANÇA-JUNIO, I.; DINIZ, S.; PORTELLA, A.P.; LUDEMIR, A.B. et al. **Prevalência da violência contra mulher por parceiro íntimo em regiões do Brasil**. Rev Saúde Pública. 2007;4(5):797-807.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **World report on violence and health**. Geneva: WHO; 2002. p.5.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WGO multi-country study on women's health and domestic violence against women: initial results on prevalence, health outcomes and women's responses**. Geneva: WHO; 2005.

# DIREITO A UMA ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SUA EFETIVIDADE NO BRASIL

*Bárbara Moraes Mendes da Silva*

*Hortência Araujo Faria Bomfim*

*Jaqueline Araújo Cardoso Reis*

*Leandro Carvalho Sanson*

## INTRODUÇÃO

A alimentação é uma necessidade fisiológica de qualquer ser vivo no planeta, ela está assegurada em inúmeros dispositivos legais - nacionais e internacionais - como um direito humano básico essencial para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, porém esse direito lamentavelmente nem sempre é respeitado. O número de pessoas que passam fome no mundo cresce a cada ano, especialmente nos continentes Africano, Asiático e na América Latina.

Nesse sentido, no intuito de reduzir tais aspectos negativos ao redor do mundo, foi criada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que influenciou e influencia outros documentos em variados âmbitos. Nesta declaração está consagrado o direito humano à alimentação adequada, buscando assegurar um padrão de vida digna a todos os seres humanos.

No Brasil esse direito é considerado fundamental, sendo previsto na Constituição Federal de 1988, bem como também em outros dispositivos infraconstitucionais que obrigam o Estado a adotar mecanismos de

exigibilidade para o cumprimento desses direitos em prol de todos que habitem ou transitem em território nacional. Contudo, existem óbices para a efetivação desses direitos, tais como a inércia do Estado em relação a toda a necessidade que existe, pois os programas governamentais não são suficientes para alcançar todos os necessitados.

Em face desses cenários, este artigo busca discutir a relação existente entre direitos humanos e o direito à alimentação adequada, avaliando dados e dispositivos legais nacionais e internacionais, verificando assim, como esses instrumentos de proteção cabíveis tem tido eficácia ou não em sua aplicabilidade. Para tanto, se utilizará o método de pesquisa dedutivo, por meio de uma abordagem metodológica de revisão bibliográfica.

## 1. DIREITOS HUMANOS E AS ESTATÍSTICAS DA ALIMENTAÇÃO NO MUNDO

A Segunda Guerra Mundial, 1939 a 1945, trouxe uma mudança paradigmática social, econômica e de pensamento no mundo, onde a humanidade foi forçada a criar meios que buscassem garantir um mínimo existencial para a humanidade. Nesse contexto, surgiu a ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945, uma organização internacional formada por países que se uniram de forma voluntária para fomentar a paz e o desenvolvimento sustentável do mundo.

A partir da ONU, em 1948 foi assinado a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), um documento que garante, sem qualquer tipo de discriminação, direitos e condições mínimas de sobrevivência em um espaço de igualdade e liberdade à todos os seres humanos no mundo e que devem ser obedecidos por todas as nações, condicionando em direitos fundamentais inerentes à condição humana. E um dos direitos humanos garantidos pela DUDH é do acesso a alimentação em seu art. 25, 1, que através de órgãos da própria ONU buscam tornar valido este acesso.

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença,

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.<sup>35</sup>

Num mundo onde existem alimentos para todos, tornar desigual esse acesso chega a ser um delito grave, pois gera uma desigualdade na condição mínima de sobrevivência, e assim a humanidade perigosamente caminha para um futuro cada vez mais desumano.

Enquanto muitos tornam desigual o planeta, Órgãos como a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Programa Mundial de Alimentos (PMA) e Organização Mundial da Saúde (OMS) relataram através do documento “O Estado da Segurança Alimentar e Nutrição no Mundo 2018” (SOFI) que em 2018, quase 820 milhões<sup>36</sup> de pessoas não tiveram acesso a uma alimentação regular, nove milhões a mais que no ano de 2017, confirmando que as desigualdades nos países estão crescendo a cada ano.

Outro aspecto importante deste dado é o qual distante e lento se encontra do cumprimento dos 17 (dezesete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que nasceram na Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável no Rio de Janeiro em 2012, e que formam um conjunto de medidas e metas para extinguir os problemas sociais, econômicos e políticos do mundo. Desses 17 (dezesete), o objetivo número 02 (dois) diz que: “Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”, prevendo fome zero até 2030.

Estes dados ainda apontam que no Brasil, 5,2 milhões de pessoas passaram um dia ou mais sem consumir alimentos ao longo de 2017, o que corresponde a 2,5% da população, gerando um retrocesso não somente no nosso país como no mundo, pois a América do Sul e África são os continentes que mais crescem em números de necessitados, principalmente

---

35Artigo 25: Direito a um padrão de vida adequado. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-25-direito-a-um-padrao-de-vida-adequado/>

36Fome aumenta no mundo e atinge 820 milhões de pessoas, diz relatório da ONU. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fome-aumenta-no-mundo-e-atinge-820-milhoes-de-pessoas-diz-relatorio-da-onu/>

te devido a 04 (quatro) fatores que fazem com que aumente a fome: os conflitos e inseguranças, choques climáticos, instabilidade econômica e os surtos de doenças.

Por mais que os números afirmem o pior, existem ONGs e Organizações que atuam para diminuir ou acabar com a fome, como a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) que lidera os esforços internacionais de erradicação da fome e da insegurança alimentar. Atualmente conta com 191 (cento e noventa e um) países-membros, mais a Comunidade Europeia, sendo um deles o Brasil, onde atua fortemente em inúmeros programas brasileiros, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar.

A primeira vez que o assunto alimentação surgiu de forma mais abrangente dentre todos os tratados internacionais, foi no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1999, principalmente em seu art.11<sup>37</sup>, após anos de análise documental e informações cedidas nos relatórios enviados pelos Estados participantes desde 1979 e outros dados produzidos pelos próprios órgãos da ONU, como os documentos da Comissão de Direitos Humanos. Neste Pacto foi constatado que a alimentação é um direito humano, ligado à dignidade inerente à pessoa humana e é indispensável para a realização de outros direitos humanos amplamente difundidos nos inúmeros tratados que tratam sobre os Direitos Humanos.

#### Art.11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

---

37DECRETO Nº 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Dessa forma, garantir e proteger o acesso a uma alimentação é garantir a aplicação do princípio universal da dignidade humana, pois este caracteriza uma relação entre o Estado e o indivíduo, onde é vetado ao Estado qualquer discriminação e superioridade em razão do ser humano, seja em relação à pessoa, grupo, classe, ideologia, sexo, religião, raça ou etnia (NOVAES apud BOMFIM, 2018, p. 28).

## 2. EXIGIBILIDADE DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL

Conforme exposto anteriormente, o Estado Brasileiro tem o dever de salvaguardar o direito humano à alimentação adequada (DHAA) e essa obrigação, além de estar prevista em Declarações e Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, também tem previsão na legislação nacional.

Na Constituição Federal de 1988, este direito foi introduzido pela Emenda Constitucional número 60/2010 como um direito social, após muita luta de entidades da sociedade civil organizada que apoiaram a Campanha “Alimentação – Direito de Todos”, foi introduzido o referido direito no art. 6º da CFRB/1988.

Art. 6º 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.

Porém, antes disso, a Lei n. 11.346/2006, Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), regulamentada pelo Decreto n. 7.272/2010, já havia criado o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN – com o objetivo de assegurar a alimentação adequada para todos (LENZA, 2019). O papel desta lei está previsto no seu art.1º, o qual aduz:

Art. 1º Esta Lei estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

O art. 2º, *caput*, do referido diploma legal, preceitua que a alimentação adequada é definida como direito fundamental do ser humano, intrínseco à dignidade da pessoa humana e imprescindível para consumação dos direitos consagrados na CRFB/88, tendo o Poder Público a obrigação de adotar as políticas e ações que sejam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Cumpra acrescentar que conforme expresso no §2º do mencionado artigo, o Estado deve adotar medidas que assegurem a exigibilidade do referido direito fundamental:

Art. 2ª, (...) §2º. É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

Nesse mesmo sentido, de acordo com o Caderno do SISAN 01/2017, “os documentos infralegais à LOSAN seguem os mesmos ditames dessa Lei no que se refere à obrigação do Estado em adotar mecanismos de

exigibilidade do DHAA”. Assim, o Decreto nº 7.272/2010, que regulamenta a aplicabilidade da LOSAN, estabelece no seu art. 4º a concepção de mecanismos de exigibilidade no âmbito das ações públicas focadas na efetividade do Direito Humano à Alimentação Adequada.

Em caso de infração ao DHAA, o cidadão brasileiro tem o poder de exigir o exercício desse direito tanto no âmbito nacional quanto internacional. Dessa forma, em nível nacional, a exigência desse direito pode ser feita aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e através de meios da exigibilidade, que podem ser: “administrativa, política, quase-judicial, judicial e a via mobilização social que serão tratadas a seguir”. (BURITY *et al.*, apud LISBOA, 2013, p. 09).

A exigibilidade administrativa é vista como a possibilidade de reivindicar, junto aos organismos públicos incumbidos pela defesa do DHAA, a efetividade, prevenção, correção ou reparação das ameaças a esse direito. “Para a efetivação da exigibilidade administrativa é fundamental que os programas e as políticas públicas tenham previstas rotinas e procedimentos acessíveis e de conhecimento público.” (BURITY *et al.*, 2010, pg. 72)

Através da exigibilidade política pode-se exigir a concretização do referido direito junto aos organismos de gestão de políticas públicas e programas do Poder Executivo, Conselhos de Políticas Públicas e Poder Legislativo, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>38</sup>. Desta forma, “ela é entendida como a capacidade de exigir que os agentes políticos tenham atitudes com mais eficácia e diligência, além de contemplar a participação social”. (BURITY *et al.*, 2010, pg. 73).

Já a exigibilidade quase-judicial é “a possibilidade de exigir a realização de direitos junto a órgãos que não são parte do Poder Judiciário, mas que podem emitir recomendações e acionar a Justiça para a garantia de direitos”.<sup>39</sup> O Ministério Público (MP) é um exemplo de instituição pública que pode fazer essa exigência, visto que, conforme o art. 127 da CRFB/1988 é “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

---

38 CADERNO SISAN 01/2017. **A exigibilidade do direito humano à alimentação adequada.** Ampliando a Democracia no SISAN. Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília, dezembro de 2016.pg. 30. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca\\_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan\\_Nacional/exigibilidade\\_direito\\_humano\\_alimentacao\\_adequada.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/exigibilidade_direito_humano_alimentacao_adequada.pdf). Acesso em 05 de agosto de 2019.

39 Idem.

-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O Ministério Público pode valer-se de mecanismos quase-judiciais (na esfera administrativa) para analisar infrações de direitos e exigir que os agentes públicos cumpram as normas que versam sobre os Direitos Humanos, por exemplo: Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

A exigibilidade judicial corresponde à possibilidade de exigir o cumprimento, respeito e proteção de direitos junto ao Poder Judiciário, sendo que se trata de uma garantia constitucional previsto no art. 5º, XXXV da CRFB/1988<sup>40</sup>. Os meios judiciais são instrumentos que os cidadãos possuem para pleitear seus direitos diante um juiz ou Tribunal. Como exemplos tem-se: a Ação Civil Pública e a Ação Popular que, em tese, visam assegurar e defender direitos da coletividade quando são violados.<sup>41</sup>

Por último, a exigibilidade pode ser via Mobilização Social, visto que é legítimo exigir direitos através dos movimentos sociais e organizações. Como por exemplo, ao participar de movimentos que reivindicam a elaboração de leis que violam o direito humano à alimentação adequada, ao estimular a articulação entre organizações que já desenvolvem esse tipo de campanhas, tais como: Campanha Contra os Transgênicos e Campanha Contra o Uso dos Agrotóxicos, contra projetos de leis que violam o direito humano à alimentação adequada<sup>42</sup>.

### 3. OBSTÁCULOS PARA ATINGIR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O debate sobre o direito humano à alimentação adequada não é recente no cenário mundial, há tempos é assunto de discussão no âmbito internacional e também na esfera pública no Brasil, país que apresenta

---

40 “Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;Esse dispositivo refere-se ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

41 **Direito humano à alimentação adequada** - Faça valer. 2p. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social do Combate à Fome, 2011. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/conferencia/documentos/folder-direito-humano-a-alimentacao-adequada>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

42 Idem.

uma parte significativa da população vivendo abaixo da linha de pobreza, mesmo sendo esse um direito fundamental da humanidade presente em diversos Tratados, Pactos, Declarações e Acordos Internacionais, inclusive, dos quais o Brasil também é signatário, como por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (desde 1992 o Brasil é subscritor).

Atualmente diversas organizações internacionais se mantêm empenhadas em alcançar o objetivo de fazer com que os Estados assumam o compromisso e cumpram, efetivamente, a garantia do direito humano das pessoas terem acesso ao alimento e, por conseguinte, se alimentem. Nesse contexto, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Comentário Geral nº12 (doze), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e as Diretrizes Voluntárias para o DHAA.

É importante lembrar que toda e qualquer pessoa tem garantido pela Constituição Federal de 1988 o direito a dignidade da pessoa humana<sup>43</sup>, o que reflete diretamente em um padrão de vida que lhe permita assegurar o sustento a si e a sua família, além da saúde e bem estar, incluindo a alimentação, o vestuário, a habitação, os cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, dentre outros direitos inerentes às garantias sociais. Diversos artigos dispostos da Carta Magna de 1988 se relacionam com os direitos e garantias fundamentais, como é o caso do direito à alimentação, que possuem aplicabilidade imediata, conforme elucida o art. 5º, § 1º, CF de 1988:

**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:

**§ 1º** As normas definidoras dos **direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.** (1988) (grifo nosso)

---

43 Art. 1º 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:

(...) III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse diapasão, compreende-se que para que a sociedade alcance esses direitos previstos na legislação e tenha condições de reivindicar a efetiva garantia desses direitos, é necessário que todos entendam que possuem direitos, e esses portadores de obrigações também precisam conhecer e fazer cumprir suas obrigações. Além de ser observado o indispensável dever/obrigação do poder público, por meio das suas rotinas, atos e instrumentos públicos, de promover a difusão das informações para que essas sejam de amplo conhecimento.

Insta salientar, no que tange aos principais desafios para a promoção dos DHAA, a falta de conhecimento sobre os direitos e os meios para exigí-los, a falta de credibilidade em determinadas instituições e instrumentos de proteção dos direitos humanos, uma espécie de falta de relação entre a teoria e a prática de direitos humanos por parte das entidades da sociedade civil, falta de garantia de acesso aos serviços e às instituições públicas, escassez de planejamento, coerência e articulação entre as políticas de Direitos Humanos e Segurança Alimentar e Nutricional (NASCIMENTO *et al.*, 2009).

Nesse sentido, os desafios para garantir a efetividade do DHHA, encontram-se também em problemas de ordem social e institucional, conforme descreve Almeida (2010):

[...] só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado. Deve-se recordar que a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado. Embora toda analogia histórica deva ser feita com muita cautela, é provável que a luta pela afirmação dos direitos do homem também contra o Estado pressuponha uma mudança que, de fato, já está em andamento, ainda que lento, sobre a concepção do poder externo do Estado em relação aos outros Estados, bem como um aumento do caráter representativo dos organismos internacionais (*apud* BOBBIO, 1992 p.57).

Assim, para que ocorra a efetivação do DHAA e a conseqüente construção de competências para promoção, alguns caminhos são primordiais devem ser verificados, como por exemplo: o Poder Público, representante do Estado deve trabalhar com foco na realização/efetivação dos Direitos Humanos, por meio da ampla divulgação das informações pertinentes aos direitos e deveres provenientes dos Direitos Humanos. Logo, devem ser criados meios efetivos para que os agentes públicos possam cumprir com as suas obrigações de propagar as informações provenientes dos Direitos Humanos e, por conseguinte, evitar uma possível responsabilização devido a violação do DHAA.

Atualmente, apesar dos desafios enfrentados para alcançar a promoção do DHAA, o Brasil vem buscando se adequar para conseguir instrumentos mais eficazes da exigibilidade, sendo importante sinalizar que várias instâncias existentes já estariam, inclusive, capacitadas para trabalhar com a exigibilidade do DHAA, a começar pelas reorganizadas para essa finalidade, como bem aborda o art. 2º, §2º da LOSAN.

Para que seja garantida a efetivação do DHAA no Brasil, é necessário o aprimoramento e efetiva aplicação das Políticas Públicas de Segurança Alimentar e Nutricional, além das próprias dimensões previstas no DHHA. Diversos aspectos devem ser melhores trabalhos para a superação dos desafios, no que diz respeito à efetivação do direito a alimentação adequada, seja alcançada. Como a produção e disponibilidade de Alimentos, por meio da Reforma Agrária, do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), do Programa da Agrobiodiversidade, do Bolsa Família, da Pesca e Agricultura, do Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA), dentre tantos outros. A quantidade de programas do governo Federal que pode promover a eficácia do DHAA é muito grande, basta que a Máquina Pública trabalhe em prol de tal meta.

Conseqüentemente nota-se que apesar das muitas possibilidades para a garantia e efetivação do DHAA, ainda persiste grande insegurança alimentar no Brasil, para que tal cenário se modifique é primordial que o Estado tome de fato as suas funções e promova uma série de modificações, bem como uma grande reformulação de suas metas e objetivos, com base na perspectiva dos Direitos Humanos, enquanto ente público que tem como finalidade atingir o bem comum da sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no presente estudo, o Direito a uma alimentação adequada não se refere apenas a um ideal de lutas de organismos internacionais e nacionais, mas sim um dos Direitos Humanos previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como em inúmeros outros tratados e programas internacionais. No âmbito nacional, esse direito também é assegurado pela Constituição Federal de 1988, sendo considerado inclusive como um dos direitos fundamentais, e necessário para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/1988), e, portanto, mercedores de aplicação imediata.

Ocorre, que apesar de o Brasil ser signatário dos referidos tratados internacionais, e possuir legislação e programas nacionais que visam garantir o direito a uma alimentação adequada, os números de pessoas brasileiras que se encontram abaixo da linha da pobreza, e portanto não dispõem do mínimo existencial, demonstra que o referido direito ainda carece de eficácia, e os respectivos programas (políticas públicas) de eficiência.

Nesse sentido, foi possível observar que os principais fatores que contribuem para a mencionada falta de eficácia legislativa foram a falta de foco e recursos suficientes para a concretização dos direitos humanos previstos, bem como a propagação efetiva de informações a população dos instrumentos de garantia de tais direitos. Outro fator significativo que gera um óbice a efetivação do direito a uma alimentação adequada, apesar de alguns avanços, é a falta de políticas públicas efetivas de distribuição de renda, e a consequente redução das desigualdades sociais. Outro fator identificado, foi a falta de políticas públicas sistêmicas (integradas) na busca da resolução do problema, bem como nos entraves burocráticos existentes na Administração Pública (Nacional, Estaduais e Municipais) que na maioria das vezes impossibilita ao cidadão o acesso constitucionalmente garantido de seus direitos fundamentais.

Por fim, conforme pode-se observar no presente estudo, apesar do Brasil ser signatário de tratados internacionais de direitos humanos, e possuir legislação específica que visa garantir o direito humano de uma alimentação adequada, no plano prático, apesar de alguns avanços, esse direito ainda não possui eficácia nacionalmente, tornando-se mais um direito constitucional em busca de efetividade. Também pode-se constatar que

a tutela jurisdicional, administrativa e quase administrativa, não tem sido instrumentos efetivos na consolidação dos direitos humanos, não conseguindo garantir esse mínimo existencial (como uma alimentação adequada), para aqueles que de fato precisam.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Lima de. **Alimentação adequada como direito fundamental: desafios para garantir a efetivação.** Revista Internacional de Direito e Cidadania. n.º 8, p. 55-70, 2010.

BOMFIM, Hortência Araujo Faria. **A liberdade de informação jornalística em colisão com os direitos da personalidade.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) – Universidade Regional da Bahia, Alagoinhas, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília.

BRASIL. **Decreto nº 7272, de 25 de agosto de 2010.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7272.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7272.htm). Acesso em: 05 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional - Lei 11.346,** de 15 de setembro de 2006.

BURITY *et al.* **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional.** Brasília, DF: ABRANDH, 2010, p. 09-75. Disponível em: [https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa\\_no\\_contexto\\_da\\_san.pdf](https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf). Acesso em 05 de agosto de 2019.

CADERNO SISAN 01/2017. **A exigibilidade do direito humano à alimentação adequada.** Ampliando a Democracia no SISAN. Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília, dezembro de 2016. Disponível em: [https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca\\_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan\\_Nacional/exigibilidade\\_direito\\_humano\\_alimentacao\\_adequada.pdf](https://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/seguranca_alimentar/caisan/Publicacao/Caisan_Nacional/exigibilidade_direito_humano_alimentacao_adequada.pdf). Acesso em: 05 de agosto de 2019.

CONTI, Irio Luiz. **Direito humano à alimentação adequada e soberania alimentar**. 2014. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-alimentacao-adequada-e-soberania-alimentar>. Acesso em: 01º de agosto de 2019.

**Direito humano à alimentação adequada** - Faça valer. 2p. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social do Combate à Fome, 2011. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/conferencia/documentos/folder-direito-humano-a-alimentacao-adequada>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

FAO. **El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2018**. Disponível em: <http://www.fao.org/3/I9553ES/i9553es.pdf>. Acesso em: 01º de agosto de 2019.

FERNANDES, Bernardo. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LISBOA, Renata Cardoso. **Direito humano à alimentação adequada**. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Ed. 21. Disponível em <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1464> . Acesso em: 05 de agosto de 2019.

MACEDO et al. **A Construção da Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil**. Revista Simbio-Logias. Botucatu, vol. 2, n.º1, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO *et al.* **Avanços e Desafios da Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**. Relatório Técnico. Brasília, Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009.

NOVAES, Jorge. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Ed. Almedina. 2015.

ONU. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 30 de julho de 2019.

ONU. **Fome aumenta no mundo e atinge 820 milhões de pessoas, diz relatório da ONU**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fome-aumenta-no-mundo-e-atinge-820-milhoes-de-pessoas-diz-relatorio-da-onu/>. Acesso em 01º de agosto 2019.

Senado Federal. **Carta de Direitos Humanos completa 70 anos em momento de incertezas**. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01º de agosto de 2019.

UOL. **Fome cresce no mundo; no Brasil, afeta 5 milhões, segundo relatório da ONU**. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/09/11/fome-cresce-no-mundo-e-no-brasil-afeta-5-da-populacao-segundo-relatorio-da-onu.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2019.

# A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PROMOÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E IGUALITÁRIA

*Fernanda Pereira Costa Borini*

*Luíza Valentina da Silva Spornau*

*Maria Eduarda Meurer de Souza*

*Jonathan Cardoso Régis*

## 1. INTRODUÇÃO

Ao estudar a respeito da educação como um todo, o conceito operacional pontuado por Durkheim (1965, p. 41) afirma que esta

[...] é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina.

Desta forma, pode ser verificado que se trata de um direito basilar e primordial em qualquer sociedade, visto que, como pontuado acima, a educação é aquela que amplia os horizontes de crianças que ainda não possuem total desenvolvimento, para que possam crescer cidadãos formados com pensamentos morais, além da garantia de um progresso físico e, essencialmente, racional.

Partindo desse pressuposto, a seguinte pesquisa tem como objetivo ressaltar ainda mais a importância de tal direito e, sobretudo, sob os pontos de vista constitucionais, na medida em que a omissão do Estado, além de violar regras expressas na Carta Maior brasileira, também fere diversos princípios (que regem esta sociedade), na medida em que a falta de impulsion desta pode fomentar diversos problemas sociais, além de transgredir a lei mais ponderosa do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, busca-se verificar até que ponto o Estado deve ser responsabilizado pelas questões causadas pela displicência de políticas educacionais que necessitariam de mais crédito dentro de uma sociedade em desenvolvimento, como ocorre no Brasil.

Ademais, busca abordar quais são os problemas sociais acarretados por uma sociedade que cresce sem a devida educação básica da rede pública, assim como a falta de oportunidade de acessar o ensino superior, tendo em vista a escassez de oportunidades de profissionalização para certa parcela da sociedade.

## 2. A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é um direito fundamental de natureza social assegurado em diversos diplomas legais, sobretudo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988.

Amplamente aclamada, a educação é considerada uma das mais eficazes e significativas formas de se promover a concretização da cidadania, bem como a melhoria das condições humanas e a consequente construção de uma sociedade mais igualitária.

Destarte, tendo em vista sua imprescindível relevância, é inegável que o direito à educação deve ser ampla e igualitariamente promovido, de modo a garantir aos cidadãos uma maior igualdade de oportunidades e, conseqüentemente, uma sociedade com reduzidos números de situações econômica e social discrepantes.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos como aqueles relativos a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade (FONTELES, 2014, p. 15).

Conforme o entendimento de Alexandre de Moraes (2002, p. 39), os direitos fundamentais são o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Já para Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 401), os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Em que pese os direitos fundamentais serem, como bem aduz sua nomenclatura, direitos essenciais à existência digna do ser humano, é importante salientar que estes não são absolutos. A característica de limitabilidade ou relatividade dos direitos fundamentais diz respeito à necessidade de levar em conta, tanto na interpretação quanto na aplicação, determinados limites jurídicos e de fatos existentes.

Desta forma, caso haja conflito entre os direitos fundamentais, é necessário que se observe o caso concreto de modo a determinar qual direito se “sobressairá” sobre o outro naquela ocasião. Além disso, não é possível valer-se dos direitos fundamentais para amparar a prática de atos ilícitos.

Elucida Konrad Hesse (1998, p. 256) que

[...] a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Além da relatividade, pode-se mencionar como características dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade ou irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a indivisibilidade. Por fim, importante ressaltar que tais direitos têm tanto eficácia vertical, qual seja, a relação entre Estado e cidadão, quanto eficácia horizontal, que diz respeito à relação entre os cidadãos/particulares.

Na busca de se estabelecer o período de surgimento de tais direitos, três são as principais correntes jusfilosóficas. Para a concepção jusnaturalista, tais direitos são intrínsecos ao homem e existem antes do seu reconhecimento pelo Estado. Já para o juspositivismo, estes são consequência direta da positivação da norma. Por fim, o realismo jurídico defende que os direitos fundamentais são frutos do processo histórico evolutivo.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados pela doutrina, observados diversos critérios e contextos históricos, em gerações ou dimensões.

Os direitos fundamentais da primeira geração ou dimensão são aqueles que representam uma verdadeira prestação negativa por parte do Estado, ou seja, de abstenção estatal em respeito às liberdades individuais. Tais direitos foram amplamente difundidos com o advento da Revolução Francesa, a qual tinha a liberdade como um dos principais ideais a serem perseguidos.

Ainda, conforme magistério de Pedro Lenza (2014, p. 1056), os direitos fundamentais da primeira dimensão podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII e dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade.

Diferentemente dos direitos fundamentais da primeira geração, os quais defendem uma prestação negativa por parte do Estado, a segunda dimensão, diante das péssimas condições de trabalho e humana decorrentes da Revolução Industrial, passou a exigir do Estado prestações materiais ou positivas.

Tratando-se de direitos coletivos ligados ao valor de igualdade, os direitos da segunda dimensão podem ser definidos como os direitos sociais, culturais e econômicos que, por meio da atuação Estatal, devem ser efetivamente implementados, bem como tutelados quando transgredidos.

Os direitos fundamentais de terceira geração, norteados pelo ideal de fraternidade ou solidariedade, são frutos de inúmeras mudanças nas relações sociais e econômicas as quais tornaram necessária a tutela de direitos que interessem a toda humanidade, tais como a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao desenvolvimento, entre outros.

Classificados como transindividuais, tais direitos transcendem ao interesse do indivíduo, pois são concernentes à proteção do gênero humano,

com altíssimo teor de humanismo e universalidade (LENZA, 2014, p. 1058). Destarte, a defesa dos direitos da terceira geração não é de responsabilidade exclusiva do Estado, mas um dever de todos em prol da coletividade.

Por meio do art. 6º, caput, da CRFB/1988, a educação é definida e assegurada como um direito social, a saber:

Art. 6º 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.

Por tratar-se de direito fundamental de natureza social, o direito à educação é uma obrigação indeclinável do Estado, devendo ser efetivo tanto no que tange ao seu oferecimento a todos os cidadãos quanto na qualidade e igualdade de sua prestação.

Duarte ensina que embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar (DUARTE, 2007, p. 697).

Destarte, tratando-se de direito social de imensurável relevância, quando não qualificada e igualmente assegurada pelo Estado, inegáveis serão os danos que, de uma forma ou de outra, recairão sobre a sociedade nas suas mais diversas áreas.

### 3. RESPONSABILIZAÇÃO QUANDO DA OMISSÃO DO ENTE ESTATAL NO OFERECIMENTO DE UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Como pautado anteriormente acerca do Direito Constitucional à Educação, é plausível confirmar que a União, juntamente com Estados, Municípios e o Distrito Federal, certamente possui responsabilidade sobre o oferecimento de educação de qualidade igualitária para a sociedade brasileira.

Diante disto, cabe salientar que a CRFB/1988, em seu artigo 37, § 6º, acolhe a ideia de que a Administração Pública responde pelos danos causados a terceiros, neste caso, a sociedade vista como um todo. Contudo, que dano pode causar o ente estatal quando houver omissão no oferecimento de educação de qualidade e igualitária? Ainda, qual a responsabilização da União?

A falta de um direito tão básico e do mesmo modo, significativo, pode acarretar problemas sociais exorbitantes e, desta maneira, problemas jurídicos pelos quais o Estado deve certamente possuir responsabilidade, visto que, direta ou indiretamente, contribuiu para o início destas questões sociais, dado que se esquivou de viabilizar políticas educacionais eficazes e com boas condições para todos igualmente.

Ainda, neste momento da pesquisa, é imprescindível sustentar que o Estado possui responsabilidade civil objetiva relativamente a omissão da oferta de educação de qualidade, ou seja, em concordância com o que sustentam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 60):

[...] hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

Isto é, nas eventualidades em que a sociedade, ou algum indivíduo, possua algum dano causado pela falta de proposição de educação, especialmente de maneira direta, visto que diversas vezes a administração pública não assegura à todos a promoção deste direito, ocasionando, além de outros problemas sociais que se formam de maneira indireta, o analfabetismo, a ignorância e a marginalização de indivíduos, o Estado deve ser responsabilizado.

Não restam dúvidas de que a educação é a garantia de uma sociedade mais equânime e justa. Todavia, no Brasil, a desigualdade social pesa neste fator, tendo em vista que inúmeras crianças de baixa renda ou com famílias de menor conhecimento quanto aos seus direitos, deixam de frequentar o ambiente escolar por não haver transporte público necessário,

por falta de professores nas salas de aula da rede pública, ou para exercer o trabalho infantil a fim de complementar a arrecadação familiar.

Tais fatores mencionados são facilmente comprovados por meio dos indicadores nacionais qual apontam que:

[...] atualmente, das crianças em idade escolar, 3,6% ainda não estão matriculadas. Entre aquelas que estão na escola, 21,7% estão repetindo a mesma série e apenas 51% concluirão o Ensino Fundamental, fazendo-o em 10,2 anos em média. Acrescenta-se, ainda, que em torno de 2,8 milhões de crianças de sete a 14 anos estão trabalhando, o que, por si só, já é comprometedor, mais ainda quando cerca de 800 mil dessas crianças estão envolvidas em formas degradantes de trabalho, inclusive a prostituição infantil.

É de grande valia ressaltar, em vista disso, que a educação por si só afeta diversos pontos da sociedade e, por esta razão, é tão significativo que o Estado não se olvide em viabilizar tal direito, posto que este é o que acaba por formar todas as demais áreas, nesta ocasião, expostas de maneira indireta.

À vista disso, segundo Ferreira e Nogueira (2015, p. 07), é importante salientar que as questões educacionais e suas exigências devem ser vistas diante do cenário atual do Estado como um todo, visto que o plano educacional brasileiro projeta o futuro da educação, e reflete nos demais segmentos da estrutura do país.

Ou seja, a omissão do Estado em vários elementos da sociedade acaba por causar um “efeito dominó” que respalda na educação brasileira e, desta maneira, deve ser responsabilizado civilmente, novamente ressaltando, de forma direta e/ou indireta, pelas falhas que a falta de educação necessária acaba por causar em todos os aspectos da comunidade, sejam eles vistos de forma coletiva ou individual.

#### 4. A SITUAÇÃO SOCIAL DO BRASIL NO TOCANTE À IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO

É nítido que a pobreza, a carência e o subdesenvolvimento têm grande influência na ausência de qualidade da educação brasileira, entretanto, estas não são as únicas adversidades enfrentadas.

Os problemas são mais abrangentes, como políticas educacionais que não assistem devidamente às necessidades das escolas, no qual sucateia o sistema educacional e o funcionamento das instituições na falta de condições necessárias para vivência escolar.

De acordo com Gentili (2005, p. 11):

A maneira como a escola trata a pobreza constitui uma avaliação importante do êxito de um sistema educacional. Crianças vindas de famílias pobres são, em geral, as que têm menos êxito, se avaliadas através dos procedimentos convencionais de medida e as mais difíceis de serem ensinadas através dos métodos tradicionais. Elas são as que têm menos poder na escola, são as menos capazes de fazer valer suas reivindicações ou de insistir para que suas necessidades sejam satisfeitas, mas são, por outro lado, as que mais dependem da escola para obter sua educação.

A prática do sistema escolar vai em desencontro com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9394/96), tendo em vista que referida norma traz em sua estrutura a função de cada ente estatal, estabelecendo que cabe à União o dever de diligenciar acerca das políticas educacionais.

A Lei nº 9393/96, em seu art. 4º, prevê que é dever do Estado fornecer educação escolar gratuita, conforme segue:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

[...]

Tal preceito tem amparo pela jurisprudência, conforme a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VAGA EM CRECHE PÚBLICA. EDUCAÇÃO INFANTIL INTEGRA A EDUCAÇÃO BÁSICA. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. DEVER O ESTADO E DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DA CRIANÇA. FILA DE ESPERA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DA VIOLAÇÃO DA ISONOMIA E DA RESERVA DO POSSÍVEL. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA IMPLEMENTAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DE DIREITO FUNDAMENTAL. RECURSO PROVIDO. [...] Cabe ao Estado implementar a educação básica e infantil como prioridade absoluta e decorrência da ordem vinculante da Carta da República, o que afasta qualquer discricionariedade de sua parte e a alegação de falta de recursos ou a necessidade de se obedecer à reserva do possível. [...] Como sucedâneo daquela ordem vinculante do texto magno, não se pode tolerar as famosas filas de espera que se observam na prática no Distrito Federal, as quais, na realidade, apenas demonstram a total falta de respeito do administrador público às normas constitucionais, que ele jurou obedecer, impondo ao Judiciário a correção deste estado de coisas inconstitucional que avilta aos olhos. Assim, não se pode alegar que a decisão judicial que concede vaga em creche pública aos postulantes consistiria em violação à isonomia, pois não deveria haver fila de espera, de modo que, se há violação à isonomia, é por parte do Estado que descumpra descaradamente um direito assegurado há quase 30 (trinta) anos pela Constituição Federal e que deveria ter sido implementado na primeira hora. [...] (Acórdão n. 993306, 20150110505872APC, Relator: MARIA IVATÔNIA 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/02/2017, Publicado no DJE: 06/03/2017. Pág.: 369/376).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina evidencia a relevância do direito à educação, a saber:

[...] O direito à educação é um dos mais sagrados direitos sociais, porquanto a própria Constituição lhe confere o “status” de direito público subjetivo, impondo à Administração Pública

o encargo de propiciar, com políticas sociais concretas e efetivas, o amplo acesso aos estabelecimentos de ensino, inclusive nas creches e na pré-escola para crianças de zero a cinco anos. Os direitos fundamentais caracterizados por inalienabilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, não podem ser reduzidos ou obstaculizados por questões de ordem financeira do Poder Público. Nesse sentido, somente é válida a defesa da impossibilidade de realizar o fundamental, sob a alegação da teoria da reserva do possível, quando cabalmente demonstrada a ausência de recursos e de possibilidades na perfectibilização das necessidades da população, sendo incabível sua invocação perfunctória. [...] (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0311073-21.2018.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-06-2019).

Isto é, como já mencionado anteriormente, cabe enfatizar que é incumbência do Estado a garantia de educação básica escolar pública, da pré-escola ao ensino médio. Tendo em vista tal preceito, a responsabilidade do Estado frente a falta de educação adequada é um fator preponderante na situação social no Brasil.

Desta maneira, tem-se que a omissão do Estado no fornecimento de educação de qualidade igualitária à população mais carente é influência direta no fator social, uma vez que a falta de oportunidades para a população marginalizada já começa pelo acesso à educação.

Tendo em vista que o ensino básico brasileiro não supre a demanda e a qualidade necessária, é evidente que o ensino superior sofre ainda mais com o descaso do Estado. Conforme os dados obtidos pelo Inep, 87,9% das instituições da educação de ensino superior são privadas.

Isto posto, resta evidente a dificuldade que população de baixa renda enfrenta para ter acesso ao ensino superior, tendo em conta a indisponibilidade de vagas em ensino superior público e a impossibilidade de custear um ensino privado.

Destarte, inegável que tal preceito futuramente refletirá na situação social e econômica do indivíduo, uma vez que, diante da inviabilidade de acesso ao ensino superior, este não desenvolverá a qualificação profissional exigida pelo acirrado mercado de trabalho.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme os estudos elaborados no atual artigo científico, verifica-se que o acesso à educação é largamente assegurado pela legislação brasileira, sobretudo em sua Carta Magna, o que demonstra que este é um dos direitos mais valiosos e deve ser amplamente respeitado e ascendido, de modo que a falta de impulsão do Estado perante tal direito é capaz de causar diversos problemas sociais.

Sendo assim, fica evidente que tais alegações desencadeiam, desta forma, uma responsabilização da Administração Pública, visto que é dever desta zelar por uma boa qualidade de vida de cada indivíduo.

Além do mais, estudando acerca da responsabilização quando da omissão do Estado no oferecimento de uma boa educação, em esferas nacional, estadual e municipal, resta-se indiscutível a responsabilidade civil objetiva da administração, frente ao descuido evidente no estabelecimento e efetividade de políticas educacionais adequadas.

Logo, após aprofundar os estudos relativos à temática, resta inequívoco que a falta de amparo do Estado em relação à uma política educacional eficaz e operativa ocasiona uma série de obstáculos para o desenvolvimento correto da sociedade como um todo, seja na esfera social, jurídica ou pedagógica e, portanto, concerne à Administração Pública aprimorar a forma de promoção de uma educação digna para todos de forma igualitária, de modo que tais impasses minorem cada vez mais com o tempo, tornando o desenvolvimento do país, conseqüentemente, mais próspero e perdurável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Ministério da Educação. **Ensino Fundamental de nove anos** - orientações gerais. Disponível em: <[Portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Ensfund/noveanorienger.pdf](http://Portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Ensfund/noveanorienger.pdf)>. Brasília, 2004, p. 9. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRASIL. Inep. **Censo da Educação Superior** – Notas Estatísticas 2017. Disponível em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_superior/censo\\_superior/documentos/2018/censo\\_da\\_educacao\\_superior\\_2017-notas\\_estatisticas2.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf)>. Brasília, 2017. Acesso em: 06 ago. 2019.

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007.
- DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 1965.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; NOGUEIRA, Flávia Maria de Barros. **Impactos das Políticas Educacionais no Cotidiano das Escolas Públicas** - Plano Nacional de Educação. São Paulo, 2015. Disponível em: <[http://pne.mec.gov.br/images/pdf/Noticias/impactos\\_politicas\\_educacionais\\_cotidiano\\_escolas\\_publica\\_PNE.pdf](http://pne.mec.gov.br/images/pdf/Noticias/impactos_politicas_educacionais_cotidiano_escolas_publica_PNE.pdf)> Acesso em: 07 ago. 2019.
- FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GENTILI, Pablo. **Três teses sobre a relação trabalho e educação em tempos neoliberais**. In: LOMBARDI, J.C.; SAVIANI, D; SANFELICE, J. L. (orgs.) **Capitalismo, trabalho e educação**. SP: Cortez Autores Associados, 2005.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

# A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

*Gustavo Madeira da Silveira*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente a partir de uma digressão histórica dos direitos da infância. No século passado, os Códigos de Menor de 1927 e 1979 cultuavam o “menor” como sinônimo de crianças e adolescentes infratores, ao invés de tratarem estes como sujeitos de direitos, os quais deveriam receber proteção do Poder Público. Assim sendo, a expressão “menor” significou durante o século XX a criança e adolescente pobre, abandonada e infratora.

Com o advento da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a visão em relação à criança e ao adolescente foi modificada, definindo esta parcela da população como titulares de direitos, devendo ser respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Este Estatuto somado a Constituição Federal de 1988 garantiram a proteção integral à criança e ao adolescente.

Dessa forma, as crianças e os adolescentes são titulares de direitos fundamentais previstos na Constituição Cidadã a todos os brasileiros natos e naturalizados, mas também possuem uma gama de direitos com eficácia imediata previstos no ECA.

Entre os direitos fundamentais garantidos à criança e ao adolescente, há os relacionados à liberdade e à igualdade, tais como: garantia à integridade

física, à integridade psíquica, à integridade moral, à dignidade sexual, entre outros. O estudo buscará aprofundar os estudos sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral.

Para o desenvolvimento deste estudo realizar-se-á um resgate histórico por meio de pesquisa bibliográfica, com utilização do método indutivo.

Inicialmente far-se-á um breve histórico dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Posteriormente, trabalhar-se-á os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente com o advento da Constituição Federal de 1988. Por fim, contemplar-se-á a doutrina da proteção integral.

## BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

No contexto histórico mundial tanto ocidental quanto oriental, em regra, nunca houve uma proteção especial destinada à criança e ao adolescente, ambos eram, por exemplo, alvo de sacrifícios e utilizados para comporem exércitos. A partir do final do século XVI é que se inicia na Europa ocidental um sentimento em relação à infância, pois eram previstos castigos de ordem física às crianças. Porém, no século XVIII é que as ordens religiosas verificam a necessidade de separar a educação das crianças e no século XIX percebe-se a criança como um ser central dentro do contexto familiar (ROBERTI, 2012, p. 107-108).

No Brasil Colônia os direitos das crianças e dos adolescentes não eram assegurados, pois os que pertenciam a parcela pobre da sociedade eram vistos como desamparados, delinquentes ou mais um elemento no processo de exploração da força de trabalho escravo. Desde a chegada dos colonizadores ao Brasil até o século XX, a defesa dos direitos infanto-juvenis foi exercida pela Igreja Católica (VALENÇA-BARROS, 2005, p. 103).

Em relação à história da infância no Brasil, Macedo (1974 *apud* SANTOS; VERONESE, 2013, p. 16) comenta que a escravidão presente por quatro séculos preteriu a criança negra que além de ter menor valor de mercado, desembarcavam do continente africano ao Brasil e eram expostas a venda, sendo separadas de sua família. Apesar da manutenção da escravidão por um longo período, em 12 de junho de 1862, foi aprovada uma lei que proibiu a venda de escravos sob pregão e exposição pública, bem como vedou separar o filho do pai e o marido da mulher.

Iniciados os movimentos abolicionistas, foi com a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida por Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco, que se iniciou a extinção paulatina da escravidão infantil. Esta lei gerou problemas atinentes à infância, pois exigiu um cadastro nacional de escravos em que muitas crianças foram registradas por meio fraudulento; outras não foram registradas, sendo muitas abandonadas, confiadas a uma instituição de caridade ou permaneceram em uma família como “filho de criação”, ou seja, mão de obra explorada sem vínculo empregatício e sem direitos sucessórios (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 19).

As constituições federais que vigoraram no Brasil nesse período, ou seja, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, não fizeram qualquer menção à proteção ou garantia à criança e ao adolescente (ROBERTI, 2012).

O final do século XIX foi marcado pelo início do fenômeno de urbanização no Brasil, que teve como consequência o abandono de crianças. A política em relação às crianças era marcada pelo assistencialismo, o qual era materializado através das rodas dos expostos, substituído posteriormente por educandários e orfanatos e pelos institutos correccionais (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 20).

A roda dos expostos, modelo importado de Portugal, foi criada nas casas de misericórdia, primeiramente de Salvador (1776), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789) e, posteriormente, em outras cidades brasileiras a partir do século XIX. A roda consistia em um mecanismo utilizado para abandonar bebês recém nascidos, embutido em uma parede, para que aquela pessoa que deixasse a criança não fosse identificada pela instituição de caridade recebedora (ARANTES, 2010, p. 6-8).

No período republicano, de 1889 a 1930, a criança foi destacada a futuro da nação. Em contrapartida, com caráter doutrinador das crianças desfavorecidas socialmente, foram criados pelo Estado institutos para recolhimento das crianças em situação de abandono. Nesse contexto, foi criado, destinado aos criminosos menores de vinte e um anos e aos maiores de nove anos e menores de quatorze anos, em situação de mendicância, vadiagem, vício e abandono, o Instituto Disciplinar, local, em que, as crianças e os adolescentes seriam educados através do trabalho (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 21-22).

No intuito de se realizar um controle em relação à população das ruas, criou-se um modelo que sujeitasse a criança por seu simples estado de pobreza, o Código de Menores de 1927, tutelado sob a doutrina do direito do menor. O Código de Menores de 1927 rezava, conforme SANTOS e VERONESE (2013, p. 23):

diploma legal destinava-se especificamente às crianças de zero a dezoito anos, em estado de abandono, quando não possuíssem moradia certa, tivessem pais falecidos, ou se estes fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, estivessem presos há mais de dois anos, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutas ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole – artigo 1º e 26 do Decreto n.º 17.943-A.

O Código de Menores de 1927 procurou combater os efeitos da delinquência juvenil, por intermédio do cerceamento da liberdade delas, ao invés de criar instrumentos que atuassem na carência infantil. A fim de dar efetividade ao código, foi criado o Serviço de Assistência de Menores (SAM) para atendimento daqueles em situação de abandono e delinquência, posteriormente substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), criada pela Lei nº 4.513 de 1964, Lei da Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 25).

O SAM se tornou uma “fábrica de menores”, pois a instituição basicamente servia para internar crianças e adolescente, não contribuindo para ações de apoio ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. As ações governamentais consistiam em apenas abrir cada vez mais vagas solicitadas pelos municípios (MORELLI; SILVESTRE; GOMES, 2000, p. 67).

A FUNABEM viria com um caráter educativo para substituir a característica repressiva do SAM. Nos Estados da federação foram criadas as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEMs). Apesar da intenção de modificação da característica assistencialista, a PNBEM também foi caracterizada por ser um modelo correcional e repressivo (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 25).

A PNBEM apresentou um avanço de discurso, pois a situação de carência da criança e do adolescente passou a ser vista com atenção nas ações governamentais, todavia, na prática representou a prepotência do adulto, como guardião absoluto da criança e do adolescente que não possui controle dos seus atos. A criança e o adolescente inadaptados socialmente eram considerados os culpados pela construção dos seus conflitos sociais, sem haver responsabilização do Poder Público e da sociedade (MORELLI; SILVESTRE; GOMES, 2000, p.68).

Atinente às constituições federais, a partir da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934 em diante, ou seja, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a respectiva Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, todos os diplomas constitucionais previram, mesmo que de forma tímida, alguns direitos relativos à prevenção ou proteção da criança e do adolescente (ROBERTI, 2012).

No final da década de setenta do século passado surgiu o Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979, que trouxe a designação do “menor em situação irregular”. O artigo 2º (BRASIL, 2019a) da Lei traz as hipóteses de irregularidade:

2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) – manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus-tratos ou castigos inadequados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) – exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal

O Código de Menores de 1979 deixou de inovar e tratar a respeito da proteção e prevenção da criança e do adolescente, pois, semelhante a legislação antecessora, permaneceu com o foco nos efeitos ao invés das causas referentes aos problemas da população infantil. O código ficou caracte-

rizado por prever o processo judicial do menor de maneira inquisitorial, além de possibilitar uma espécie de prisão cautelar do menor, conceder poder ilimitado aos juízes e ausência de previsão de tempo mínimo de internação (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 28).

O termo “menor” e o termo “menor em situação irregular” ficaram caracterizados como sinônimo de delinquência. Com o aumento da violência nos grandes centros urbanos somado ao golpe militar, o internamento continuou a ser a solução para esse “menor” em “situação irregular”, com maior participação da polícia (MORELLI; SILVESTRE; GOMES, 2000, p. 68).

Após o Código de Menores de 1979, a reabertura política proporcionou uma assembleia constituinte e foi com este conjunto de deputados que surgiu a Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, uma nova política em relação à criança e ao adolescente no Brasil, conforme será abordado no próximo item.

## A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO DIVISOR DE ÁGUAS NA TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988 apresentou avanços em relação à proteção à criança e ao adolescente, pois o artigo 227 do referido Diploma reza que é dever da família, da sociedade e do Estado, colocando-os a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, 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 (BRASIL, 2019b).

O Diploma Constitucional brasileiro de 1988 responsabiliza a família, juntamente com o Estado e a sociedade, tendo estes o dever de tutela dos direitos fundamentais da criança e do adolescente previstos no artigo 227 (SILVA, 2004, p. 829). O capítulo VII da Constituição Federal de 1988 prevê como proteção especial da criança e do adolescente algumas garantias nas áreas da previdenciária, da educação, do trabalho, da liberdade, do acesso à justiça, da família e da saúde (MORAES, 2011, p. 877).

No âmbito trabalhista e da previdência, a proteção especial proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre às pessoas menores de dezoito

anos, fixando que o adolescente entre quatorze e dezesseis anos pode trabalhar desde que na condição de aprendiz, bem como garantiu ao adolescente trabalhador os direitos trabalhistas e previdenciários (BRASIL, 2014b).

Essas garantias constitucionais de cunho trabalhista e previdenciário visam coibir a exploração do trabalho infantil ou a utilização dessa mão de obra em condição análoga à de escravo. Por este motivo, na Constituição Federal de 1988 foram previstos a limitação de idade e a condição para o trabalho do adolescente, sendo garantidos os mesmos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores adultos.

Na educação, garantia à escola ao trabalhador adolescente. No que tange à liberdade e acesso à justiça, a proteção especial prevê garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado e obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida de restrição da liberdade (BRASIL, 2014b).

Uma das principais críticas ao Código de Menores de 1979 era o processo judicial de ato infracional ser inquisitório sem a garantia do princípio do contraditório. Nesse sentido, o legislador constitucionalista garantiu o contraditório e a ampla defesa no procedimento de ato infracional, além da excepcionalidade e da brevidade de qualquer medida de privação de liberdade, tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento do adolescente, a fim de evitar que essas medidas se assemelhem ao cumprimento de pena em regime de privação de liberdade da pessoa adulta (BRASIL, 2014b).

No âmbito da família, foram previstos o estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios à guarda de criança e adolescente órfão e abandonado. Na saúde, o legislador constituinte se preocupou com a relação drogas ilícitas, criança e adolescente, ao prever programas de prevenção e atendimento especializado (BRASIL, 2014b).

O Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 também estabeleceu questões relacionadas à adoção e a filiação. A adoção será assistida pelo Poder Público (BRASIL, 2014b). No intuito de disciplinar o assunto foi promulgada a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, Lei Nacional da Adoção.

A adoção seguirá um processo judicial, e os seus efeitos surtirão somente a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do processo. Consoante a dignidade da pessoa humana, o artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, veda qualquer discriminação relativa à filiação, sejam os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, possuindo os mesmos direitos e qualificações, inclusive sucessórios (LENZA, 2011, p. 1116).

Duas questões relativas à proteção especial prevista na Constituição Federal de 1988 merecem destaque por estarem vinculadas à presente pesquisa: a previsão de que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente e; a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos (BRASIL, 2014b).

No que tange ao abuso sexual, foi promulgada a Lei n.º 12.015, de 07 de agosto de 2009, que passou a prever os crimes contra a dignidade sexual, modificando a redação anterior que previa os crimes contra os costumes. A mudança da redação significa uma alteração no bem jurídico tutelado, que no passado era o comportamento sexual enquanto agora é a dignidade sexual, ou seja, atualmente protege-se a liberdade sexual da vítima, adaptando-se, assim, a norma penal aos direitos e garantias fundamentais da liberdade e da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2012, p. 687).

Entre as modificações ocorridas, ressalta-se a criação de um capítulo destinado à liberdade e à dignidade sexual do vulnerável. Neste capítulo foi inserido o crime de estupro de vulnerável, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

No crime de estupro de vulnerável (Art. 217-A, CP) as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor foram reunidas em um único tipo penal. A inserção desse delito buscou dirimir a discussão quanto à presunção de violência, tão discutida nos Tribunais, assim, aquele que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, consumará este crime (GRECO, 2012, p. 687).

Em relação à inimputabilidade penal, a Constituição Federal de 1988 seguiu o Código Penal e manteve a idade de dezoito anos como o marco inicial para a responsabilidade penal brasileira, cabendo à legislação especial regular a responsabilidade das pessoas menores de dezoito anos que comete-

rem infrações penais. Atualmente, a cada crime de repercussão envolvendo um adolescente em conflito com a lei, se acirra na mídia o debate para a redução da idade para incidência da responsabilidade criminal, sendo este um tema divergente e defendido por parte da sociedade brasileira.

A redução da maioridade penal visa, em tese, dar uma resposta à insegurança pública, enquanto os graves problemas sociais, aos quais são submetidos os adolescentes brasileiros continuaram encobertos. Uma numerosa parcela dos adolescentes em conflito com a lei é oriunda das classes menos favorecidas economicamente, os quais diariamente são vítimas de várias espécies de violência: física, sexual, moral e psicológica (MONTE; SAMPAIO; ROSA FILHO; BARBOSA, 2011, p. 125-126).

Conforme Lenza (2011, p. 118), em relação à redução da maioridade penal há dois posicionamentos. Para parte da doutrina, eventual Emenda Constitucional que viesse a reduzir a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual do artigo 60, §4º, IV. Contudo, o autor defende que a mudança seria possível, pois não se admite a Proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir direito e garantia individual, mas isso não significa que a matéria não possa ser modificada.

A fim de reforçar a garantia de proteção às crianças e adolescentes e atendimento dos direitos, o constituinte originário determinou a observância ao artigo 204 da Constituição Federal de 1988, ou seja, as ações governamentais nessa área estão vinculadas à dotação orçamentária da seguridade social, baseada na descentralização político-administrativa e participação da população (LENZA, 2011, p. 1115).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da reciprocidade no artigo 229, o qual segue a ordem da vida. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, enquanto os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (FERNANDES, 2010, p. 1052).

Assim sendo, é notória a importância dada pela Constituição Federal de 1988 ao prever a proteção especial da criança e do adolescente em diversos dispositivos, inclusive, criando a obrigação ao legislador de regulamentar essa proteção por intermédio da legislação ordinária. No próximo capítulo estudar-se-á a doutrina da proteção integral e os direitos fundamentais previstos no ECA.

## A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Dessa forma, a fim de enfrentar as mazelas que assolam as crianças e adolescentes do País, ao invés dessa parcela da sociedade continuar sendo objeto de direito, a nova legislação quanto ao tema colimou em torná-los sujeito de direitos por intermédio da doutrina da proteção integral.

A doutrina da proteção integral foi recepcionada pelo artigo 227 da Constituição Federal, tendo em vista que este preceito trata a criança e o adolescente como sujeito de direitos e, devido a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, tem prioridade absoluta na efetivação de seus direitos (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 54).

A efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente efetivar-se-á por intermédio do princípio do melhor interesse da criança, no qual, a família, a comunidade e o Poder Público criarão meios que assegurem os direitos desse grupo da sociedade, em que, quando houver um conflito entre interesses de criança e de outras pessoas ou instituições, os direitos dos infantes deverão prevalecer (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 55).

Os direitos fundamentais possuem disposições de competência negativa (direitos de defesa) e de índole positiva (exercício das liberdades) do Poder Público. Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera da liberdade individual contra ingerências ilegítimas do Poder Público, todavia, a criação desses direitos não é suficiente a garantir o pleno exercício da liberdade, sendo necessária a intervenção do legislador na presunção de prestações positivas que garantam o direito a igualdade, pois a inércia legislativa também configura uma afronta a um dever constitucional de legislar (MENDES, 1999, p. 37-45).

Segundo manifestação do Supremo Tribunal Federal, tais direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao extenso rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, pois estão espalhados ao longo do texto constitucional (LENZA, 2011, p. 859).

Os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões de direitos, cabendo: à primeira geração as liberdades individuais; à segunda geração a fixação de direitos sociais, à terceira geração os direitos tran-

sindivíduos; à quarta geração a institucionalização do Estado social; e, à quinta geração o direito à paz (LENZA, 2011, p. 860-863).

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, mas a Constituição faz depender de legislação posterior a aplicabilidade de algumas normas de direitos fundamentais de ordem social e econômica, sendo estas de eficácia limitada (SILVA, 2004, p. 180).

Para a eficácia dos direitos fundamentais atinentes à criança e ao adolescente, quase dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1998, entrou em vigor a Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nos mesmos moldes do Diploma constitucional, o ECA adotou a doutrina da proteção integral e tratou a criança e o adolescente como sujeitos de direitos (SANTOS; VERONESE, 2013, p. 33).

A doutrina da proteção integral, a prioridade imediata da infância e o princípio do melhor interesse da criança, foram previstos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Sendo assim, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 e o ECA estão em consonância com o diploma internacional (ROBERTI, 2012, p. 113).

O ECA rompeu com a tradição da doutrina “menorista” ou do “menor em situação irregular” oriunda dos Códigos de Menores de 1927 e 1979, em que as ações governamentais e “não governamentais” em relação à criança e ao adolescente estavam caracterizadas na caridade e na repressão, ou seja, a inimputabilidade da criança e do adolescente era interpretada como um sujeito que não tinha direitos, demonstrando um pleno domínio do adulto em relação a criança e ao adolescente (MORELLI, SILVESTRE; GOMES, 2000, P. 66-69).

Diferentemente dos Códigos anteriores, o ECA aboliu o termo “menor” e rompeu com o espírito da legislação anterior voltada apenas aqueles que se encontram desamparados, ou seja, em “situação irregular”. A nova legislação buscou universalizar o atendimento a criança e ao adolescente, pois a legislação ampara todas as crianças e adolescentes independentemente da situação socioeconômica, o direito de ser criança, de ser adolescente, enquanto sujeitos de direitos fundamentais e tratados como prioridade nacional (CIARALLO; ALMEIDA, 2009, p. 615).

O ECA garante o direito à vida e à saúde da criança e do adolescente desde a concepção ao prever à gestante, através do Sistema Único de Saú-

de, o atendimento pré e perinatal, conforme artigo 8º, além de garantias no período pós-natal. Aos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes há a obrigação de manter registros dos nascimentos por dezoito anos, identificar o recém-nascido, realizar exames, fornecer declaração de nascimento e manter alojamento conjunto do neonato com a mãe (BRASIL, 2019c).

Ainda, em matéria de saúde da criança e do adolescente é assegurado atendimento integral, por intermédio do Sistema Único de Saúde, devendo este promover programas de assistência médica e odontológica. Quando houver suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança e adolescente o Conselho Tutelar deverá obrigatoriamente ser comunicado, sem prejuízo de outras providências legais (BRASIL, 2019c).

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente é previsto no ECA com a ressalva de que são pessoas humanas em processo de desenvolvimento. O direito de ir e vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários sofre restrição legal no caso da criança e do adolescente, devido à peculiaridade de serem pessoas em estágio de desenvolvimento. Exemplo disso, cabe a Autoridade Judiciária da Comarca regular os horários e como devem estar acompanhadas às crianças e os adolescentes em locais públicos de acordo com as peculiaridades locais e demais fatores estabelecidos na legislação (BRASIL, 2019c).

Para SANTOS, VERONESE e LIMA (2013, p. 124) “*o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade são metadireitos da criança e do adolescente, pois é perceptível seu conteúdo em várias problematizações referentes aos demais direitos fundamentais*”.

O direito ao respeito da criança e do adolescente compreende a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Ainda, ressalta-se que é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, ou seja, um direito difuso, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (BRASIL, 2019c).

Em relação ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, previstos no artigo 15 do ECA, além de ser reconhecido o estágio de desenvolvimento da criança e do adolescente, são pessoas que possuem garantidos todos os demais direitos civis, humanos e sociais que são previstos

na Constituição Federal de 1988. Assim, a criança e o adolescente estão a salvo de qualquer arbitrariedade do Estado, da família ou da sociedade (ROBERTI, 2012, p. 118).

Na defesa dos direitos da criança e do adolescente, o ECA criou os Conselhos de Direitos a ser o canal de âmbito nacional, estadual e municipal, de participação e envolvimento conjunto do Estado e da sociedade. No caso de violação dos direitos individuais da criança e adolescentes, que se encontrem em situação de risco, foram criados os Conselhos Tutelares (ROBERTI, 2012, p. 118).

A criança e o adolescente têm direito a serem criados e educados no seio de sua família (biológica) e, não sendo possível, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, desde que esta ofereça ambiente adequado, principalmente, livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 2019c).

O ECA prevê diversas garantias que visam garantir o direito à convivência familiar e comunitária, como por exemplo, a menor permanência da criança ou do adolescente em regime de acolhimento institucional ou a proibição de discriminações relativas à filiação (BRASIL, 2019c). Ressalta-se que o ECA dispõe de artigos que tratam das hipóteses de família substituta, com destaque a Lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009, que trouxe diversos dispositivos atinentes à adoção.

Ao garantir os direitos à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, para SANTOS, VERONESE e LIMA (2013, p.145) “o ECA pretende que à infância e juventude brasileira seja garantida uma escola pública gratuita, de conteúdo proveitoso, de boa qualidade e participativa, de modo a possibilitar ao educando ser, de fato e de direito, um cidadão”.

Corroborando a afirmação anterior, o ECA prevê o direito à educação não apenas sob o aspecto quantitativo, mas também pelo aspecto qualitativo, como se pode perceber através dos três objetivos propostos no artigo 53: pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (BRASIL, 2019c).

Para a efetivação do direito à educação com qualidade são positivados alguns deveres ao Poder Público, entre eles o ensino fundamental obrigatório e gratuito e atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Ressalta-se que o direito à educação é intrínseco à criança e ao adolescente, haja vista

que o ECA fez questão de ressaltar se tratar de um direito público subjetivo (BRASIL, 2019c).

No que tange à cultura, ao esporte e ao lazer o ECA positiva que no processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos peculiares do contexto social da criança e do adolescente. E, os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer atinentes à infância e a juventude, mas sem que isso seja um dever do Poder Público (BRASIL, 2019c).

No contexto da profissionalização e proteção do trabalho, o ECA reproduz as regras constitucionais quanto à proibição de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, exceto na condição de aprendiz. Entre as garantias previstas, frise-se que o trabalho do adolescente além de ter algumas vedações legais quanto ao período noturno e a insalubridade, por exemplo, deve respeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (BRASIL, 2019c).

Em relação à criança e ao adolescente em conflito com a lei, o ECA ao invés de repetir o erro dos diplomas anteriores, previu que a criança que cometeu um ato infracional será submetida a uma medida de proteção, como ser matriculado obrigatoriamente em uma escola, e o adolescente a uma medida socioeducativa. Independente da modalidade aplicada ao adolescente, a medida deve causar impacto positivo na vida dele (COSTA; ASSIS, 2006, p. 76).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um panorama mundial, os seres humanos demoraram a perceber que certos grupos de pessoas da sociedade necessitavam de atenção especial devido às condições peculiares inerentes às questões relacionadas à idade. Foi somente no final do século XX que crianças, adolescentes e idosos e, posteriormente, os jovens, receberam especial atenção em uma Constituição Federal no Brasil.

A criança e o adolescente, no arcabouço dessa proteção especial, tiveram o reconhecimento das suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento, sendo garantida prioridade absoluta, inclusive nas políticas públicas, e proteção integral, sendo dever da família, do Estado e da

sociedade fomentar os seus direitos fundamentais. Ao convocar esses três eixos para a promoção dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 tornou crianças e adolescentes sujeitos de direitos pelo simples fato de estarem nessa condição, ou seja, uma titularidade difusa.

Posteriormente, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos fundamentais foram consolidados através de diversas garantias estabelecidas com eficácia imediata, bem como um sistema de garantias. A garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente cabe a vários órgãos do Poder Público.

A doutrina da proteção integral permeia a tutela da criança e do adolescente prevendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A efetivação desses direitos assegurados à criança e ao adolescente tem como responsáveis a família, a sociedade e o Estado, os quais tem o dever de zelá-los.

A Constituição Federal de 1988 e o ECA fizeram com que a criança e o adolescente sejam entendidos como cidadãos titulares de direitos fundamentais, devendo ser respeitada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Arquivo e memória da roda dos expostos do Rio de Janeiro. **Pesquisas e práticas psicossociais**: v. 5, n. 1, São João del Rei, p. 5-16, jan./jul. 2010. Disponível em: <[http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapip/volume5\\_n1/arantes.doc](http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistalapip/volume5_n1/arantes.doc)> Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL, Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1979, p.1, 11 out. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm)> Acesso em: 08 jan. 2019a.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988, p.1, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 09 de jan. 2019b.

- BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 1990, p.1, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: 13 jan. 2019c.
- COSTA, Cláudia Regina Brandão Sampaio Fernandes da; ASSIS, Simone Gonçalves. Fatores protetivos a adolescentes em conflito com a lei no contexto socioeducativo. **Psicologia & Sociedade**. Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 74-81, set./dez. 2006.
- CIARALLO, Cynthia Rejanne Correa Araujo; ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira. Conflito entre práticas e leis: A adolescência no processo judicial. *Fractal: Revista de Psicologia*. Niterói, v. 21, n. 3, p. 613-630, set./dez. 2009.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORELLI, Aílton José; SILVESTRE, Eliana; GOMES, Telma Maranhão. Desenho da política dos direitos da criança e do adolescente. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 5, n. 1, p. 65-84, mar. 2000.
- ROBERTI, João Carvalho Jr. Evolução jurídica do direitos da criança e do adolescente no Brasil. **Revista da UNIFEBE** (online): Brusque, v. 1, n. 10, p. 105-122, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/7/6>> Acesso em: 08 jan. 2019.
- SANTOS, Danielle Maria Espezim dos; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**: livro digital. 1ª ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALENÇA-BARROS, Nivia. Violência intrafamiliar contra criança e adolescente: trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. **Tese** (doutorado). 273 f. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de psicologia, 2005. Disponível em: <[https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=6501@1](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=6501@1)> Acesso em: 08 de jan. 2019.

# DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA JURÍDICA LIBERAL DE RONALD DWORKIN

*Larissa Borsato da Silva*

## Introdução

O presente artigo visa abordar, primeiramente, o conceito de felicidade, o direito à felicidade e o direito à busca pela felicidade, tendo como base Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e o Recurso Extraordinário nº. 477554/MG que reconheceram a união civil entre pessoas do mesmo sexo e a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275/DF, que utilizando como pilar o direito à felicidade conjugado ao princípio da dignidade da pessoa humana reconheceu o direito à mudança do prenome e gênero de travestis e transexuais em sede de registro civil sem que os mesmos tenham sido submetidos à intervenção cirúrgica ou necessitem de decisão judicial.

Apesar de não estar constitucionalmente positivado no rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à felicidade vem sendo entendido como sendo um princípio constitucional implícito e/ou decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este fundamental para que a estrutura das relações sociais e dos direitos de cada cidadão possa ser enxergado como ponto central para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária.

Após, traz-se o direito à felicidade sob a perspectiva da Teoria Jurídica Liberal de Ronald Dworkin, tratada, especialmente na sua obra intitulada “Levando os Direitos à Sério”, que dispõe que o positivismo não seria

suficientemente liberal e apenas uma teoria liberal do Direito de fato seria capaz de levar os direitos à sério, pois os direitos individuais são anteriores à legislação e independem de convenção, além de serem “trunfos” contra a maximização dos interesses e a sobreposição dos interesses das maiorias frente aos interesses e direitos das minorias.

A partir do pensamento de Ronald Dworkin se faz uma análise do direito à felicidade e das decisões acerca do reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo e da possibilidade de mudança do prenome e gênero de travestis e transexuais em sede de registro civil.

## 1 – Direito à Felicidade

Ao longo dos últimos anos é possível observar a busca por uma maior igualdade dentro da estrutura social, em especial por aqueles que vivem às margens da sociedade. Dentro desta busca está a tentativa de concretização dos direitos fundamentais, principalmente da dignidade humana, a qual visa garantir que os cidadãos possam efetivamente desfrutar dos direitos individuais constitucionalmente previstos.

Nessa toada, tem se tornado cada vez mais presente na sociedade a busca pela felicidade. Mas o que seria felicidade? Conceito abstrato e de difícil conceituação, mas que na cultura popular, alicerçada pelos léxicos, pode ser entendida como um estado de satisfação plena, de bem-estar, de sentir-se bem, um estado de espírito que transcende.

Na busca de se dimensionar o conceito de felicidade, Rawls (2008, p. 679) explica que “a felicidade não é um objetivo dentre outro o qual aspiramos, mas a aspiração do próprio desígnio todo”, ou seja, a busca constante por um sentir-se bem e a possibilidade de realizar e concretizar esse sentimento de bem-estar.

Pelo fato do indivíduo ser um ser social, trazendo o conceito de felicidade para a esfera do Direito, pode-se dizer que “o núcleo da sociedade forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas” (Habermas, 1997, p. 99). Aqui se observa a felicidade não individualizada, mas como um sentimento que atinge o coletivo e a sociedade em que se está inserido.

Assumindo a difícil tarefa de tentar conceituar a felicidade na esfera dos direitos, Leal (2017, p. 291) define o direito à felicidade como sendo

“o direito de planejar, dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências legítimas, considerando, nessa tarefa, ainda que minimamente, chances de êxito”. Nota-se que o direito à felicidade é um direito de múltiplas etapas e caminhos e que mesmo que as possibilidades de sucesso sejam pequenas, os indivíduos devem por ter a chance de prosseguir-lo, ou seja, devem poder buscar a felicidade.

Dentro dessa busca legítima pela felicidade é preciso que o indivíduo tenha liberdade e respeito por parte do Estado e dos demais cidadãos, já que interferências ilegítimas seriam um óbice à concretização de tal direito, conforme descreve Leal (2017, p. 297):

(...) pressupõe uma compreensão liberal da existência, qual seja, a de que as pessoas têm o direito de executar seus planos racionais de realização de preferências sem que o Estado ou particulares oponham obstáculos à consecução desse projeto. Qualquer oposição precisa ser justificada e ter como finalidade o respeito ao mesmo direito pertencente àquele que deseja manifestar a oposição. Essas interferências impõem fundamentações, pois se convertem num óbice ao exercício de um tipo de liberdade, que é a liberdade de buscar realizar o próprio projeto de felicidade, seja ele qual for, conquanto que não fira o outro, nem exorte prazeres sádicos, nem esvazie o compromisso com a dignidade da pessoa humana.

(...) O direito à felicidade tem roupagem própria, com caracteres exclusivos, funcionando como base normativa, inclusive de subsistemas jurídicos. É uma liberdade cujo extremos estão na dor e no sofrimento, de um lado e, de outro, na busca por prazeres virtuosos e, como ápice, a própria felicidade.

O que se percebe é que na busca pelo direito à felicidade é necessário que a estrutura das relações sociais e dos direitos de cada cidadão sejam enxergados como sendo o ponto central. A singularidade de cada indivíduo deve ser cuidadosamente observada para que este tenha a sua dignidade respeitada e preservada. Além disso, também se faz imperiosa a constante observação e acompanhamento das mudanças sociais para que seja possível sanar as exclusões e injustiças sociais que inviabilizam a busca pela felicidade, salientando-se que a diversidade faz parte de toda a sociedade.

Ganhando cada vez mais destaque é possível perceber que “a felicidade esteve presente em todos os melhores debates que a humanidade conseguiu travar, sempre associada com valores como honra, virtude, participação política, sucesso, sorte e outros” (Leal, 2017, p. 287), percebendo tal fato e a importância do tema e “a força da felicidade como componente integrante, inevitavelmente, das democracias constitucionais modernas” (Op. Cit. p. 187), a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 66/281 de 12 de julho de 2012, vislumbrando a busca pela felicidade também como sendo uma forma de se lidar com os paradoxos das relações entre os indivíduos, proclamou o dia 20 de março como sendo o Dia Internacional da Felicidade, reconhecendo, assim, a importância da felicidade e do bem-estar como sendo objetivos e aspirações universais pelos seres humanos, devendo, desta forma, ser não só uma busca individual, como também das políticas públicas governamentais.

Apesar de toda a discussão acerca do direito à felicidade, não há a positivação do mesmo no rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, em 2010 foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição Federal número 19 (PEC-19/2010) com o intuito de inserir no “caput” do artigo 6º o direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade.

A referida Proposta de Emenda à Constituição não logrou êxito e foi arquivada. Todavia, diante de tal Proposta surge a seguinte reflexão: seria de fato necessária a inserção do direito à busca pela felicidade? Será que os meios necessários para a efetivação da busca pela felicidade já não se encontram insertos nos demais direitos e garantias constitucionalmente previstos?

A Proposta de Emenda à Constituição Federal número 19/2010 trouxe como uma das justificativas para a inserção explícita do direito à felicidade o fato de que diversas Constituições trazem o regramento expresso em seu texto, como por exemplo a Constituição do Japão, Coreia do Sul e Butão, além de estar presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, se analisarmos os dispositivos da Constituição Federal Brasileira de 1988, apesar do direito à felicidade ou à busca pela felicidade não estar expressamente previsto, é possível perceber que os direitos ali positivados, sobretudo os direitos fundamentais e sociais nada mais são do

que meios constitucionalmente previstos para fomentar a busca e efetivação da felicidade, já que se está diante da preocupação com o bem-estar do cidadão e da sociedade, assegurando a prevalência dos direitos humanos. Nas palavras de Sarmiento (2010, p. 45) “o Estado não mais se contenta com a proclamação retórica da igualdade de todos perante à lei, assumindo como tarefa imposterável a promoção efetiva desta igualdade no mundo dos fatos”, ou seja, a felicidade e o direito à felicidade, estão, mesmo que implicitamente, inserto no rol dos direitos fundamentais e sociais, pois a partir da concretização desses direitos o Estado acaba fornecendo os meios necessários para a efetivação da busca pela felicidade, não sendo possível desassociar garantia aos direitos humanos e felicidade.

A busca pela eficácia e prestação do direito à felicidade e sua compreensão como um postulado constitucional implícito também ganhou força junto aos Tribunais de Justiça do país, tendo sido utilizado como fundamentação para decisões importantes do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e do Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG que reconheceram a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Tais decisões alçaram a busca pela felicidade à princípio constitucional derivado do postulado da dignidade humana, tendo papel expressivo quando da ocorrência de práticas ou omissões que visam lesar ou lesam os direitos e garantias individuais, já que o indivíduo deve ser visto como sendo o elemento central do ordenamento jurídico, permitindo seu empoderamento nas suas autodeterminações e escolhas, principalmente as que se referem à sua esfera individual, vedando que o Estado seja omissivo na efetivação da concretização dos objetivos de vida de cada um e do que lhe trará a felicidade para viver com dignidade. Dentro dos limites legais cada um deverá estar apto a tomar as rédeas da sua busca pela felicidade.

O Supremo Tribunal Federal, em outra decisão paradigma, qual seja, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF, utilizando como pilar o direito à felicidade conjugado ao princípio da dignidade da pessoa humana reconheceu o direito à mudança do prenome e gênero de travestis e transexuais em sede de registro civil sem que os mesmos tenham sido submetidos à intervenção cirúrgica ou necessitem de decisão judicial. A partir do entendimento firmando pelo Supremo Tribunal Federal na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade basta

que o interessado em ter seu prenome alterado se dirija ao cartório de registro civil e solicite a alteração.

Nesta decisão o que se vê é a defesa da busca da plenitude do ser humano, podendo se sentir vivendo de forma digna diante da diminuição da dor e constrangimento que aquela situação fática lhe causava.

Importante notar que nas acima destacadas decisões do Supremo Tribunal Federal, o direito à felicidade vem surgindo como alicerce para direitos das minorias, trazendo acalento para o sofrimento e a dor suportadas diante das injustiças sociais que inibiam a plena e efetiva busca pela felicidade, funcionando como operadores sociais para o pleno exercício das igualdades cívicas.

A felicidade dá sentido à vida e à sociedade, o sentir-se bem é fundamental e a interpretação dos preceitos constitucionais tendo como parâmetro tal paradigma imprescindível para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

O direito à felicidade, mesmo que não explicitamente consagrado na Constituição Federal, é um direito fundamental que decorre da dignidade de cada cidadão e de toda a sociedade e que visa regular as relações sociais em uma sociedade com presença expansiva de direitos sociais que se encontram em constante mutação, já que é preciso ter em mente que “décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social, desestimularam a participação, valorizando o individualismo selvagem, refratário à cidadania e à ideia de bem-comum “(Vianna, Carvalho, Melo, Baumann, 2014, p. 150). Cabe agora, também ao Estado, dar respostas com práticas sociais que visem atender os anseios sociais das minorias pela busca e efetivação da felicidade.

## 2- Direito à Felicidade sob a perspectiva da Teoria Jurídica Liberal de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin em sua obra intitulada “Levando os Direitos à Sério” traz a chamada Teoria Jurídica Liberal segundo a qual há normas jurídicas que existem e são validadas pelo Direito, mas que não se encontram formalmente positivadas, como no caso dos direitos individuais, que possuem carga normativa jurídica, mesmo quando não estão expressamente positivados pelo legislador.

Os direitos individuais são fontes tão fortes, visto que advêm do próprio indivíduo e não do Estado, que chegam a ser considerados “trunfos políticos que os indivíduos detêm” (Dworkin, 2002, p. XV). Trunfos porque os direitos individuais de cada cidadão antecedem o direito do Estado de legislar e podem ser invocados a qualquer momento e em qualquer lugar, pois “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, é ser titular de uma garantia jurídica forte equivalente a ter um trunfo num jogo de cartas” (Novais, 2012, p. 17), ou seja, é ter um direito que prevalece sobre os demais e que deve ser sempre alçado, mesmo quando tal direito não se encontra ao lado da maioria, em especial da maioria da sociedade. Os direitos e garantias individuais dispõem de tanta força e carga valorativa frente aos demais direitos, mesmo não estando positivados que, conforme Dworkin (2002, XV) “um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer”, ou seja, mesmo que a maioria de uma sociedade aja ou entenda de forma diversa, não se pode em um Estado Democrático, vedar ou tolher tais direitos e garantias individuais tendo como justificativa a não positivação dos mesmos ou que são direitos e desejos de uma minoria da sociedade.

Novais (2012, p. 18) bem define o poder e o trunfo que são dos direitos individuais frente ao Estado e à maioria:

Aplicada ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que, face ao cidadão, o jogador que se sente no outro lado da mesa é o Estado, já que, primariamente os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em um regime político baseado no princípio da maioria, deve significar, em última análise, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria que governa, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos e dispõe do apoio de uma maioria social.

O que se percebe é que os direitos individuais, dentro desta perspectiva, ganham força contra o Estado e sobreposição aos direitos da maioria, devendo sempre ser respeitados.

Dentro desta perspectiva é possível reconhecer o direito à felicidade, que apesar de não estar expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro tem sido utilizado como fundamento para o reconhecimento de diversas situações, principalmente as que decorrem de direitos individuais das minorias, como ocorreu no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e do Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG que reconheceram a união civil entre pessoas do mesmo sexo e da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275/DF, que utilizando como pilar o direito à felicidade conjugado ao princípio da dignidade da pessoa humana reconheceu o direito à mudança do prenome e gênero de travestis e transexuais em sede de registro civil sem que os mesmos tenham sido submetidos à intervenção cirúrgica ou necessitem de decisão judicial.

Conforme a Teoria Jurídica Liberal defendida por Ronald Dworkin, o Direito, na verdade, deve ser entendido como sendo não só um conjunto de regras, mas sim um conjunto de regras e princípios, sendo certo que os princípios não dependem de uma fonte autorizativa, visto que “as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os princípios democráticos”. (Dworkin, 2002, p. XVI). Nessa toada, se torna perceptível como as decisões acima citadas se coadunam com o entendimento aqui explanado, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram tanto a possibilidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo, como a alteração do prenome e gênero de travestis e transexuais diretamente em sede de registro civil tiveram como arcabouço princípios que visam, principalmente, a manutenção de uma democracia e o respeito ao direito de uma minoria da sociedade, nessas decisões o que se vê é a clara proeminência dos princípios, principalmente os individuais na busca pela efetivação dos direitos, em especial do direito à felicidade.

Os princípios, como já salientado, nem sempre possuem a mesma concretude normativa formulada pelo legislador como ocorre com a norma, deste modo, cabe ao Poder Judiciário trazer a concretude necessária aos princípios, principalmente quando se trata de direitos individuais e princípios implícitos, como no caso do direito à felicidade, em cada caso concreto, principalmente porque, o juiz não pode deixar de julgar um caso que lhe é trazido e para todos os casos sempre há a chamada “resposta certa” e na ausência de regras específicas para aquele caso concreto, a “resposta certa” será encontrada juntamente aos princípios.

O Direito, na verdade, tem como um dos seus principais objetivos e responsabilidade sanar os anseios e desejos sociais, devendo acompanhar as mudanças que ocorrem nas estruturas da sociedade, visto que esta é dinâmica e se encontra em constante transformação, cabendo, também, realizar uma transformação modernizadora nas sociedades tradicionais.

Ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ, o Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG e a Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275/DF, o que se viu foi claramente uma mudança na estrutura social que passou a clamar pela efetivação de direitos individuais que coadunam com diversos princípios, em especial com o da dignidade da pessoa humana, igualdade e busca pela felicidade, mesmo sendo os objetos das referidas demandas judiciais questões que acabam por não atingir diretamente a maioria da sociedade.

Na verdade, o que se observa nas decisões dos julgamentos das ações acima apontadas é o direito individual sendo utilizado como o “trunfo” de uma minoria na busca e concretização do seu direito pela busca da felicidade, fazendo com que o direito formalmente vigente se aproximasse do direito socialmente eficaz para suprir as necessidades e anseios de uma parcela da sociedade.

Os chamados “trunfos” são capazes de preservar as minorias em face de certas decisões e imposições que as maiorias fazem, mesmo quando esse agir é no intuito de preservar o que se pensa ser o interesse geral ou comum. O interesse geral e/ou comum nem sempre é capaz de suprir os desejos de todos os grupos da sociedade, principalmente das minorias que acabam ficando à margem e com isso não conseguem a plena efetivação de um direito individual, pois encontram barreiras normativas, que muitas vezes não ocorrem apenas pela existência de uma regra formalmente positivada que não respeita de fato a igualdade inerente a todos os cidadãos, mas sim pela ausência de uma positivação e que neste caso caberá ao julgador encontrar a chamada “resposta certa” com base nos princípios, principalmente aqueles que norteiam e buscam a efetivação dos direitos individuais.

Outro ponto importante a ser destacado na perspectiva de Ronald Dworkin é o fato de que os princípios são normas jurídicas pelo valor intrínseco que possuem, mais especificamente pelos valores morais e éticos,

sendo certo que “os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como nós mesmos devemos viver” (Dworkin, 2018, p. 291). A moral demonstra como se deve tratar o outro, ao passo que a ética determina os caminhos pelos quais cada um deve viver e buscar sua própria felicidade. A busca individual pela felicidade deverá ser pautada pela ética, mas o respeito ao outro na busca da concretização de um direito individual que afete diretamente a sua busca pela felicidade deverá ser pautada pela moral, mesmo que esse direito individual do outro não esteja ligado aos anseios da maioria.

Dworkin (2002, p. 243) assim conclui:

Mas o processo não se resume a encontrar princípios que acomodam nossos juízos mais ou menos assentados. Esses princípios devem fundamentar nossos juízos, e não simplesmente explicá-los, e isso significa que os princípios devem ter um apelo independentemente do nosso senso de moral.

Nota-se que Dworkin traz em seus estudos a ética e o viver bem, relacionando a ética com a busca pela felicidade, já que os padrões éticos são aqueles que pautam como cada um deve viver e esse viver tem como objetivo a felicidade em seu conceito mais amplo, não podendo, assim, ser a busca pela felicidade considerada como sendo individualista ou egoísta, até porque o direito à felicidade e a busca pela felicidade passam também pelas chamadas metas sociais que visam a promoção do bem estar geral da sociedade, “estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo” (Dworkin, 2002, p. 143).

Os princípios são padrões que integram o universo jurídico, fazendo parte da moralidade que permeia a sociedade e da ética que permeia a vida pessoal de cada cidadão, devendo, assim, ser sempre aplicados e considerados nas decisões jurídicas, independentemente do senso de moral de cada indivíduo, valendo como fundamento imprescindível e indiscutível nas decisões judiciais, especialmente as que tratam de direitos e garantias individuais e visam efetivar ou possibilitar a efetivação do direito à felicidade ou à busca pela felicidade.

### 3 – Considerações Finais

A felicidade dá sentido à vida e a sociedade, o sentir-se bem é fundamental e a interpretação dos preceitos constitucionais tendo como parâmetro tal paradigma imprescindível para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

O direito à felicidade, mesmo que não expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental, fazendo parte do rol de princípios implícitos, podendo, sim, servir de base e fundamento para a efetivação dos direitos individuais, principalmente nas decisões judiciais que visam garantir o direito das minorias, pois os princípios precisam ser analisados e tomar as formas que satisfaçam os anseios e necessidades dos cidadãos e da sociedade contemporânea.

Ronald Dworkin através da Teoria Jurídico Liberal traz novo contornos para os direitos individuais e para os princípios, pois defende que há normas jurídicas que valem no campo do Direito, apesar de não terem sido formalmente positivadas e tais normas seriam justamente os princípios e os direitos individuais, em especial os direitos fundamentais de primeira geração.

Traça um paralelo dos direitos individuais como sendo verdadeiros trunfos contra a maximização dos interesses, já que reconhece que os direitos individuais podem ser invocados em qualquer momento e em qualquer lugar, se sobrepondo, inclusive aos direitos da maioria.

Com isso, por serem vistos como verdadeiros trunfos, os direitos individuais de uma minoria, como o direito à felicidade, se mostram tão presentes e perceptíveis nas decisões do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132/RJ e no Recurso Extraordinário nº. 477.554/MG que reconheceram a união civil entre pessoas do mesmo sexo e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF, que utilizando como pilar o direito à felicidade conjugado ao princípio da dignidade da pessoa humana reconheceu o direito à mudança do prenome e gênero de travestis e transexuais em sede de registro civil sem que os mesmos tenham sido submetidos à intervenção cirúrgica ou necessitem de decisão judicial.

Tais decisões bem ilustram a Teoria Jurídico Liberal defendida por Ronald Dworkin, pois não só buscam a efetivação de direitos individuais,

como também atendem as anseios e desejos de uma parcela da sociedade que por ser minoritária acabava ficando à margem e não conseguia ter a possibilidade de efetivar o seu direito à felicidade ou à busca pela felicidade.

Aqui claramente se vê que o Direito também tem o papel de realizar uma transformação nas sociedades tradicionais, fazendo com que as decisões judiciais estejam em conformidade com as mudanças e alterações nas estruturas sociais que são dinâmicas e que tem nos princípios e nos direitos individuais, mesmo que não formalmente positivados a sua grande fonte de inspiração e embasamento, como um verdadeiro trunfo, seja contra o Estado ou contra a maioria da sociedade.

## Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **A Raposa e o Porco Espinho, Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 7 de julho de 2010**. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=80759> .Acesso em 17 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 17 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554/MG**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 2 ago. 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcesso-Texto.asp?id=3020473&tipoApp=RTF> . Acesso em 17 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371> . Acesso em 17 de maio de 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional Em Estado De Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Resolução 66/281 de 12 de julho de 2012**. Disponível em <https://www.unric.org/pt/actualidade/31067-dia-internacional-da-felicidade-comemora-se-este-ano-pela-primeira-vez>. Acesso em 31 de julho de 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria Da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

# A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER SOB A ÓTICA DO ESTUDO DE GÊNERO.

*Ravena Maria Souza Ferreira*

## 1 INTRODUÇÃO

A heterogenia entre os gêneros vem sendo perpetuada ao longo da história humana e encontra-se refletida nos discursos opressivos do homem sobre a mulher, voltados principalmente para o controle do corpo feminino. Sabe-se que uma das suas materializações mais injustas é a violência contra a mulher, uma conduta brutal que causa repercussões negativas em todos os âmbitos de sua vida.

De acordo com o entendimento da Organização das Nações Unidas (ONU), difundido a partir da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, define-se essa forma de violência como qualquer ato violento baseado no gênero, que resultou, ou possa resultar, em sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, incluindo ameaças de tais atos, coerção ou privação de liberdade, seja na vida pública ou na privada.

O objetivo desse estudo é, portanto, realizar uma abordagem sociológica, a respeito do estudo de gênero, correlacionando-o com a violência sexual, de modo que se evidencie como as discussões sobre essa problemática ajudam as mulheres em seu enfrentamento. Ressalta-se, neste ponto, que a finalidade almejada aqui não é promover um confronto de ideias em que um lado saia vencedor. O que se pretende com esse estudo é encorajar e complexar o debate. Explorar as nuances, mostrar a insuficiência

das pesquisas, realizadas até hoje, em dar conta de todos os aspectos da sociedade. Almeja-se, então, provocar dúvida e desconforto e através disso deixar os leitores mais flexíveis, mais permeáveis para entender e acolher a dissonância entre todos os seres sociais.

Para o desenvolvimento desta análise, fez-se uso exclusivo da perspectiva metodológica dedutiva, utilizando-se, para tal, de bibliografia pertinente à temática tratada, com foco nos autores das áreas da antropologia, sociologia e criminologia, dentre os quais destacam-se Pierre Bourdieu, Simone Beauvoir, Margaret Mead e Judith Butler, sendo estas últimas as expoentes do estudo de gênero, ponto-chave deste artigo.

## 2 O ESTUDO DE GÊNERO

O “gênero”, apesar de frequentemente utilizado como sinônimo do termo “sexo”, não limita-se as diferenças biológicas, está além, relaciona-se com os aspectos culturais e sociais, ou seja, é aquilo que identifica socialmente às pessoas, a partir das percepções histórico-culturais atribuídas aos homens e as mulheres ao longo dos anos. Essa compreensão atual sobre o gênero, surge como resultado das transformações propostas pelo feminismo, uma espécie de movimento não sexista que defende a igualdade entre ambos os gêneros, desde a década de 60.

É nesse contexto, entranhado de inquietude e desejos por mudanças, que o estudo de gênero – campo interdisciplinar das ciências humanas, manifesta-se como um meio alternativo para questionar os paradigmas sociais, principalmente aqueles que afirmam que a biologia seria o fator determinante para a subordinação feminina, desconsiderando a existência de inúmeras dissemelhanças entre as mulheres de uma mesma sociedade. Assim, visando alcançar a compreensão sobre a formação social de identidades sexuais e os papéis de gênero, as representações simbólicas atribuídas ao feminino e ao masculino e as relações sociais desenvolvidas entre eles, surgiram algumas estudiosas empenhadas nas campanhas para o empoderamento feminino e o combate à violência de gênero.

Um exemplo inicial é a antropóloga americana Margaret Mead que, em meados de 1930, desenvolveu uma pesquisa de campo na Nova Guiné, a partir de três povos diferentes – *tchambuli*, *mundugumor* e *arapes*, com o intuito de demonstrar como o feminino e o masculino divergem con-

forme o tempo histórico-cultural no qual estão inseridos. Nessa pesquisa, Mead (2015) comprovou que as diferenças entre homens e mulheres não se limitam as características anatômicas, e que fator biológico e natural é insuficiente para descrever e compreender as relações de indivíduos do mesmo gênero, e de indivíduos de gêneros diferentes. Esses resultados foram publicados no livro *Sexo e Temperamento*, uma importante fonte de estudo na atualidade.

Simone Beauvoir, por sua vez, destacou-se ao levantar questionamentos sobre as relações de poder nas sociedades ocidentais modernas, e os motivos pelos quais as mulheres sempre permaneciam em posições de inferioridade. Para isso, a filósofa argumentava que o sexo biológico, isto é, a combinação dos cromossomos com a genitália, não seria suficiente para explicar as diferenças entre as personalidades e os padrões de comportamento apresentados pelos homens e pelas mulheres. Beauvoir (1960), adotava o entendimento que as relações socioculturais são mais determinantes nas condutas dos indivíduos do que o fato de terem nascido macho ou fêmea.

Nos anos 70, a antropóloga Gayle Rubin inova ao elaborar o sistema “sexo/gênero”, um tipo de instrumento com capacidade para compreender as características culturais influenciadoras do indivíduo, e distinguir o “gênero” e o “sexo” como duas esferas distintas na vida do ser humano. Segundo Rubin, esse sistema consiste numa série de arranjos repleto de detalhes, através dos quais a sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana (RUBIN, 2017, p.11). Em outras palavras, aqueles estereótipos de gênero preconcebidos pela sociedade sobre a mulher, como passiva, fértil, do lar, delicada e emotiva, e sobre o homem, como rígido, arrimo de família e agressivo, são resultados de uma série de padrões postos pela cultura e assimilados individualmente por cada um.

Após as constatações de Rubin, outras pesquisadoras também trabalharam sobre as perspectivas referentes ao gênero, em diversos campos das ciências humanas, são exemplos Judith Butler e Joan Scott. Para a primeira, filósofa americana, o gênero deveria ser percebido como uma variável fluída que se desloca e se transforma de acordo com os diferentes contextos e períodos históricos em que está inserido, sem desconsiderar sua flexibilidade, de modo que o confinamento em qualquer identidade

pode potencialmente ser reinventado a partir da vontade do sujeito. Nessa perspectiva, Butler define:

O gênero não é inscrito no corpo passivamente, nem é determinado pela natureza, pela linguagem, pelo simbólico, ou pela história assoberbante do patriarcado. O gênero é aquilo que é assumido, invariavelmente, sob coação, diária e incessantemente, com inquietação e prazer. Mas, se este acto contínuo é confundido com um dado linguístico ou natural, o poder é posto de parte de forma a expandir o campo natural, tornado físico através de performances subversivas de vários tipos. (BUTLER, 2011, p. 87).

Percebe-se, assim, que ela rompe com qualquer noção de naturalidade que possa ser inserida na percepção do gênero. O que Butler quer dizer é que, o indivíduo sofre influência da noção social de gênero antes mesmo do seu nascimento, porque ela é formada todas as vezes em que é questionado se será menino ou menina, originando um compilado de traços sócio-culturais previamente estabelecidos, como: o vestuário adequado, os modos de se portar e falar, os cortes de cabelo, as brincadeiras permitidas ou não, as carreiras e cursos aceitos de acordo com o gênero identificado e definido pela sociedade a sua volta, etc. . Romper com esses preceitos de masculinidade e feminilidade geram diversos impactos, porque o gênero é socialmente construído, repetido, reencenado, sendo ritualizado através destas práticas constantes. É desse modo, portanto, que o gênero se torna fluído, não se prende ao corpo biológico e muda conforme as épocas, as linguagens ensinadas e os poderes que são instituídos.

Já a segunda, Joan Scott, também coaduna com Butler, pois postula que a categoria de gênero não pode ser refletida apenas no âmbito privado das relações familiares, porque a forma como a sociedade analisa e lida com os diferentes gêneros afeta diretamente na vida das pessoas, alcançando, inclusive, o ambiente público e a esfera política. Nas palavras dela “o gênero é um elemento constitutivo, de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 1989).

Acontece que, apesar do progresso alcançado pelo estudo de gênero e todas as desconstruções ideológicas trazidas por ele, não foram todos

os indivíduos sociais que aceitaram e absorveram os seus ensinamentos. A opressão feminina em detrimento da dominação masculina, continua sendo uma mola propulsora da violência de gênero, ao passo que, estimula atitudes que legitimam o controle do gênero dominante sob aquele que ele considera desviante (ARAÚJO, 2005). Essa dominação, segundo Bourdieu (2002), exerce uma espécie de domínio que, estruturando a percepção e a organização de toda a vida social, torna as desigualdades entre homens e mulheres um fenômeno natural. Em termos mais simples, a idéia defendida pelo sociólogo é basicamente a de que o homem, por ser considerado um ser superior, aprende a lógica da dominação e a naturaliza por meio da repetição, de modo que a mulher se torna, inconscientemente, submissa as suas vontades. Assim explica o sociólogo:

A força da ordem masculina pode ser aferida pelo fato de que ela não precisa de justificação: a visão androcêntrica se impõe como neutra e não tem necessidade de se enunciar, visando sua legitimação. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica, tendendo a ratificar a dominação masculina na qual se funda: é a divisão social do trabalho, distribuição muito restrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu lugar, seu momento, seus instrumentos (BOURDIEU, 2002).

Essas relações de subordinação se manifestam no âmbito sócio-cultural, onde é possível perceber-se a naturalização de características que não são inatas ao indivíduo, mas construídas ao longo do seu convívio em sociedade, de modo que, condicionam-no a determinados papéis, funções e posições sociais, que podem ser mais ou menos importantes. Com o passar dos séculos, esse condicionamento do comportamento ao corpo biológico produziu uma série de estereótipos, criando consensos sócio-culturais de que os indivíduos pertencentes a cada um dos sexos deveriam ocupar posições sociais pré-determinadas. Assim como vimos anteriormente, através das explicações sobre Rubin, o fato de ser imposto as mulheres o papel de responsáveis biológicas pela reprodução humana, contribuiu para construir o falso ideal de que caberia à elas ocupar o espaço doméstico e privado, enquanto aos homens, caberia todo o âmbito público.

Sob a ótica do homem, a mulher é um ser que nasceu pra servir em todas as esferas, até mesmo como objeto sexual, então, ao dominá-la está apenas exercendo o seu papel, realizando aquilo que lhe foi ensinado a fazer. É a partir dessa percepção, que a própria dominação masculina constitui, por si só, uma violência:

A violência simbólica institui-se por meio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominador (logo, à dominação), uma vez que ele não dispõe para pensá-lo ou pensar a si próprio, ou melhor, para pensar sua relação com ele, senão de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo senão a forma incorporada da relação de dominação, mostram esta relação como natural; ou, em outros termos, que os esquemas que ele mobiliza para se perceber e se avaliar ou para perceber e avaliar o dominador são o produto da incorporação de classificações, assim naturalizadas, das quais seu ser social é o produto. (BOURDIEU, 2002).

### 3 AS CONQUISTAS FEMINISTAS VS A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER

Atualmente, se as questões relacionadas à violência contra a mulher são entendidas como um problema público baseado na caracterização de poderes diferenciados entre homens e mulheres, incorporado no pensamento jurídico e sociológico brasileiro, devemos às reivindicações dos movimentos sociais organizados por mulheres e feministas engajadas em discussões sobre as relações de gênero e o tratamento igualitário entre os indivíduos de uma mesma sociedade, conforme preceitua os artigos 3º e 5º da Constituição Federal, promulgada em 1988.

No Brasil, vem ocorrendo vários avanços nos campos legal e social relacionados com a temática em análise, materializando-se principalmente através das criações de organismos em defesa das mulheres vítimas de violência. Além do mais, uma forte mobilização nacional para a conscientização da violência doméstica se intensificou no território brasileiro desde década de 80. O que ocorreu foi que, com a redemocratização do país, o movimento feminista passou a influenciar diretamente na atuação governamental, contribuindo

tanto para a politização da violência contra a mulher, quanto conferindo novos parâmetros para a elaboração de políticas públicas. Até porque, tal violência recorta o conjunto de todos os segmentos da sociedade e escapa a esfera de controle social em que o Estado têm atuação, necessitando, por tanto, de uma ação conjunta entre o governo e a sociedade.

Nesta conjuntura, o Governo adequou-se com estas demandas, providenciando a criação de Delegacias Especiais de Atendimento às Mulheres (DEAMs). Não restam dúvidas, que as repercussões proporcionadas pela criação das DEAMs são notáveis, não apenas pelo grau de relevância que possuem na vida de mulheres excluídas social e economicamente, como também pelo ganho político ao promover a conscientização para elas mesmas irem em busca de cidadania. Dessa forma, as delegacias acabaram concedendo, também, maior visibilidade a expressão política que o movimento das mulheres adquiriu junto às instituições do Estado.

Já nos anos 90, foram criadas as “Casas Abrigo” – residências de apoio para mulheres vítimas de violência, Centros de Atendimentos especializados, Centrais de Atendimentos Telefônicos de Emergência, entre outros mecanismos de amparo que mantêm, até os dias atuais, seu funcionamento integral.

Outro relevante avanço alcançado foi a constituição de um novo campo de estudo temático – violência de gênero – no domínio das Ciências Sociais. Com ele, houve a criação de disciplinas, cursos, assim como a instalação de núcleos de estudos e pesquisas nas universidades com o intuito de expandir as discussões sobre essa problemática. Dessa forma, o pensamento acadêmico na ótica feminista, ao tentar explicar a violência sexual contra a mulher, se defrontou com uma grande diversidade de explicações conceituais, que podem ser simplificadas nas seguintes linhas de investigações: a hegemonia do poder masculino que permeia as relações entre homens e mulheres, a condição de subalternidade feminina baseada na hierarquia de gênero, a reprodução das imagens de homem e de mulher e dos papéis a eles atribuídos por meio da construção social da violência, e, a existência disseminada e, ao mesmo tempo, invisibilizada das violências nas relações cotidianas. Em resumo, sob qualquer uma dessas noções conceituais, a violência sexual não deixa de se constituir numa manifestação

de abuso de poder entre os gêneros.<sup>44</sup> Em outras palavras, a opinião de que a violência sexual sofrida por diversas mulheres é uma das mais brutais exteriorizações da heterogenia entre os gêneros, já integra o senso comum. Essa violência é, de acordo com a OMS, “qualquer ato sexual ou tentativa de obter ato sexual, investidas ou comentários sexuais indesejáveis, ou tráfico ou qualquer outra forma, contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção”. Pode ser praticada, segundo o organismo, por qualquer pessoa, independentemente da relação com a vítima, e em qualquer cenário, incluindo a casa e o trabalho.

Aparecida Gonçalves, ex-secretária nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, opina que “a violência sexual é a mais cruel forma de violência depois do homicídio, porque é a apropriação do corpo da mulher – isto é, alguém está se apropriando e violentando o que de mais íntimo lhe pertence. Muitas vezes, a mulher que sofre esta violência tem vergonha, medo, tem profunda dificuldade de falar, denunciar, pedir ajuda”(GONÇALVES, 2017).

Diante do aumento na quantidade de mulheres vitimadas por essa violência, estudos sobre Cultura do Estupro – uma concepção que envolve crenças e normas de comportamento que acabam tolerando, legitimando e banalizando abusos sexuais contra as mulheres, surgiram para compreender porque esse crime se tornou tão comum, ao contrário do que se imaginava na década de 70, até porque nessa época não havia tantas denúncias ou debates como existem hoje em dia.

Essa cultura não está relacionada com o desejo, mas com noções de poder, um consenso social que mantém determinados papéis de gêneros, tão enraizados, que se torna comum para os homens praticá-la. Nota-se que cultura do estupro não é o meio, mas o produto final de um processo vivenciado pelo homem desde a sua infância.

Logo, com o efetivo surgimento do campo de estudos sobre “a violência contra a mulher” e, posteriormente, das pesquisas de gênero, passam a ser desnaturalizadas as condições de ser mulher e de ser homem. Na mesma direção, a busca pela equidade de gênero resultou em certas mudanças paradigmáticas, envolvendo as relações sociais fundadas nas dife-

---

44 BANDEIRA, Lourdes. Texto de Apresentação. In: DINIZ, Débora; BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise (Ed. e Orgs.). **Bibliografia de estudos sobre violência sexual contra a mulher: 1984-2003**. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2004. p. 9.

renças percebidas entre os sexos, contribuindo, dessa forma, para ampliar a discussão das categorias: sexualidade, sexo, dominação, entre outras. De modo que, a luta pela erradicação da “violência contra a mulher”, como uma das expressões dos desejos pela extinção das assimetrias de gênero, incorporou múltiplos atores sociais, ampliando o debate em âmbito nacional, passando a ser legitimado, inclusive, por meio do estabelecimento de Convenções e Acordos Internacionais resultantes dos grandes fóruns<sup>45</sup> promovidos pela ONU durante a década de 90, com destaque para a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher” – publicamente reconhecida como “Convenção de Belém do Pará (1994)”.

Diante dessas ponderações, demonstra-se coerente a compreensão de que qualquer espécie de discriminação por questão de gênero representa um desrespeito concreto de direitos constitucionalmente consagrados, infringindo-se princípios contidos na Carta Magna, como o da liberdade, igualdade e da não discriminação. Isso porque, é um dever fundamental do Estado Brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse ponto de vista, torna-se pertinente registrar a teoria contratualista contemporânea proposta por *John Rawls* (1997, p. 5 *et seq*), a qual abrange as noções de direito à liberdade e direito à igualdade, sugerindo que as sociedades sejam estruturadas por intermédio de um sistema equitativo, possibilitando a justa distribuição de concepções culturais, opções sociais etc. , entre cidadãos livres e iguais, expressando assim um ideal social típico, onde se predomina o modelo de Estado Democrático de Direito.

## 4 CONCLUSÕES

Foi possível perceber que a gênese da desigualdade entre os gêneros possui etiologias variadas, sendo o ambiente familiar um forte influenciador, por representar um fator preponderante na origem da violência de gênero. Nesse sentido, torna-se pertinente ressaltar que há algumas décadas,

---

<sup>45</sup> Sobre essa discussão, já em 1967, no dia 07 de novembro, as Nações Unidas aprovou, por unanimidade, uma Declaração que versava sobre a eliminação da discriminação contra a mulher. Cf. MOSCA, Juan José; AGUIRRE, Luis Pérez. **Derechos Humanos**: pautas para uma educación liberadora. 2.ed. Montevideo: Trilce, 1986. p.125-132.

houve a compreensão de que a violência contra a mulher fosse inexistente, mas, nos dias atuais, são observadas inúmeras estatísticas, pesquisas científicas e denúncias realizadas no Brasil, que indicam que a incidência da violência, principalmente na modalidade sexual, nos grupos em foco, vem alcançando níveis cada vez mais elevados.

Desse modo, embora venha ocorrendo o aumento de pesquisas nessa área, os esforços compreendidos ainda são inócuos, reforçando a necessidade de novos estudos diante da persistência de situações que violentam a mulher, justificadas por sentimentos de posse e repressão.

Verifica-se, igualmente, que a sociedade civil e o Poder Público têm empreendido poucos esforços para transformar a realidade vivenciada no Brasil, sendo necessário que haja melhor orientação das mulheres no que tange a formação social de identidades sexuais e os papéis de gênero, de modo que encontre e compreenda o papel social que ela mesma quer exercer na sociedade, e tome ciência de todos os direitos e deveres à ela inerentes. Não obstante, é necessário o Sistema Judiciário coadune sua atuação com as garantias individuais dos cidadãos, evitando que haja ofensas à Constituição Federal e perpetuação dos flagrantes desrespeitos até então praticados, de modo que não replique esses tipos de violência enquanto lida com o indivíduo.

## 5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. **Diferença e igualdade nas relações de gênero**: revisitando o debate. Revista Psicol. clin. Rio de Janeiro, vol.17, n.2, 2005, p.41-52.

BANDEIRA, Lourdes. Texto de Apresentação. In: DINIZ, Débora; BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise (Ed. e Orgs.). **Bibliografia de estudos sobre violência sexual contra a mulher**: 1984-2003. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

BORTOLUZZI, A. Comentários acerca da Lei 11.340 de 2006 “Lei Maria da Penha” [TCC]. Campinas: Unisal; 2012.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2.ed. Trad. de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUTLER, Judith. **Actosperformativos e constituição de gênero. Um ensaio sobre fenomenologia e teoria feminista**. In: MACEDO, Ana Gabriela; RAYNER, Francesca (Org.). *Gênero, cultura visual e performance*. Antologia crítica. Minho: Universidade do Minho/Húmus, 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**. Brasil: Editora Civilização Brasileira, 2003.

CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência**. In: Chauí M, Paoli MC, SOS-mulher. *Perspectivas antropológicas da mulher*. Rio de Janeiro: Zhar; 1985. V.4p. 23-62.

\_\_\_\_\_. **Declaração dos Direitos Humanos**. 2004. Disponível em: [www.ono\\_brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.ono_brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php). Acesso em: 23 dez. 2008.

DINIZ, Débora; BRAGA, Kátia Soares; NASCIMENTO, Elise (Ed. e Orgs.). **Bibliografia de estudos sobre violência sexual contra a mulher: 1984-2003**. Brasília: LetrasLivres: UnB, 2004.

DINIZ, Débora. **A Marca do Dono**. Publicado em: 08. nov. 2013. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,a-marca-do-dono,1094960>. Acesso em: 09. Ago. 2019.

GOMES, Renata Nascimento; BALESTERO, Gabriela Soares e ROSA, Cristina de Faria. **Teorias da dominação masculina: uma análise crítica da violência de gênero para uma construção emancipatória**. Libertas: Ouro Preto-MG, 2016.

GONÇALVES, A. **Violência sexual no casamento: precisamos falar sobre isso**. 23/1/2017. Disponível em: <http://www.justicadesaia.com.br/violencia-sexual-no-casamento-precisamos-falar-sobre-isso/>. Acesso em: 18.mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Human Rights Council. **Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity**. 2011.

MEAD, Margaret. **Sexo e Temperamento**. Rio de Janeiro: Editora Perspectiva, 2015.

MOSCA, Juan José; AGUIRRE, Luis Pérez. **Derechos Humanos: pautas para una educacionliberadora**. 2.ed. Montevideo: Trilce, 1986.

OMS (Organização Mundial da Saúde). **Oficina Regional para Leis Americanas. Informemundial sobre la violència e lasalud**. Washington: OMS, 2002.

ONU (Organização das Nações Unidas). Conselho Social e Econômico. **Relatório do Tratado de Grupo na violência contra a mulher**. Viena: Nações Unidas, 1992.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SCOTT, Joan. **Gender: a useul category of historical analyses**. Gender and the politics of history. Nova York: Columbia University Press, 1989.

# A INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO: QUESTIONAMENTOS ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

*Isabela Cristina Silva de Araujo*

## INTRODUÇÃO

Neste artigo examina-se criticamente as etapas do devido processo legal/penal no que tange a eficácia das garantias de direitos constitucionais inalienáveis dos cidadãos apenados, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana.

É realizado um breve resumo não só acerca desse princípio enquanto Direito Constitucional, trazido positivado na Carta Magna, como também é mencionado seu desenvolvimento ao longo das Constituições adotadas no Brasil, desde a primeira, em 1824, até a atual Constituição, promulgada em 1988 e conhecida como Constituição Cidadã, tendo em vista a ampliação dos Direitos conferidos a cada indivíduo.

Em especial, analisar-se-á o aparente paradoxo da incomunicabilidade do preso, trazida pelo Código de Processo Penal, diante do princípio ideal de ressocialização e reintegração dos apenados que caracterizam as modernas instituições que compõem o sistema correicional. E, com isso, concluir se a hipótese do Juiz determinar que o indivíduo preso fique incomunicável, ainda que pelo prazo estipulado em lei, está de acordo com os princípios trazidos na Constituição.

## 1. OS DIREITOS HUMANOS DENTRO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Após um longo período ditatorial, que assolou o país por mais de vinte anos, debutou-se a democratização do Brasil, em um período lento e gradual até atingir, de fato, a sonhada democracia.

Esse processo teve como marco a Constituição de 1988, que institucionalizou os direitos humanos, ao aduzir não só o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento básico de todo o resto do ordenamento jurídico, como critério de validade para as normas infraconstitucionais.

Sendo assim, com o status de norma constitucional, e como um direito inerente de todo e qualquer ser humano, independente do indivíduo estar com sua liberdade cerceada, ele não deve, jamais, ter mitigado nem tampouco afastado seu direito a dignidade.

### 1.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A etimologia da palavra “princípio” indica a origem de algo, o que nos permite concluir que os princípios gerais do direito, sendo positivados ou não, são os valores orientadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre esses princípios, ainda que não exista a possibilidade da criação de uma ordem de importância, um dos que mais se destacam, em razão de sua tamanha complexidade e abrangência, é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse princípio configura-se como um direito pertencente ao ser humano que não leva em consideração qualquer outro requisito além de sua condição humana para ser o titular de um conjunto de direitos que devem ser respeitados e resguardados, não só pelo Estado, como também por seus semelhantes.

Sendo assim, é correto afirmar que a dignidade da pessoa humana além de ser um valor de cada indivíduo, passou a ser também um princípio do universo jurídico, não só abstrato como positivado no ordenamento jurídico brasileiro, expressamente, no que podemos chamar de lei maior do Estado, qual seja a Constituição Federal.

Tendo em vista a supracitada conversão da dignidade como princípio constitucional, observa-se consequências dentro do universo jurídico

bem como sua interpretação e aplicação no caso concreto, fato que é bem explicado pelo Ministro Luis Roberto Barroso (2010, p.12):

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Princípios são normas jurídicas com certa carga axiológica, que consagram valores ou indicam fins a serem realizados, sem explicitar comportamentos específicos.

No mesmo sentido temos que “o princípio é juridicamente uma norma, possuidor de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo” (NUCCI, 2010, p.20).

É preciso ter cuidado ao editar qualquer tipo de norma sem a observância do referido princípio, pois segundo PRADO (2005, p.64):

É importante salientar que também a edificação de qualquer política criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico superior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático.

No que tange especificamente à dignidade humana, além de ser intrínseco aos seres humanos, não podem, em hipótese alguma, serem ratificados nem tampouco diminuídos em sua interpretação por serem garantidos no texto constitucional que dispõe:

Artigo 1º - 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:

[...] III – a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, é evidente que a condição do indivíduo, em relação a sua liberdade, não deve ser motivo para que esse direito seja deixado de ser observado, em nenhuma hipótese.

## 1.2 A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO NO BRASIL

Fazendo uma breve consideração da trajetória desse princípio nas Constituições Brasileiras, com objetivo de contextualizar a partir de quando a dignidade humana deixou de ser meramente um valor individual, para se tornar uma norma constitucional, no ordenamento brasileiro, observa-se em princípio, a primeira Constituição, outorgada pelo imperador D. Pedro II, em 1824, a qual já previa a garantia dos direitos fundamentais, querendo adequar-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Apesar de a constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, ter modificado a forma de Estado, ao retroagir para o Unitário, que culminou no desaparecimento da democracia e, conseqüentemente, das principais garantias fundamentais, o texto constitucional de 1967 teve seu rol de direitos e garantias ampliado, conforme fragmento abaixo sustenta (SOUZA e SARMENTO, 2017, p.170):

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança nas relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.

Atualmente, na vigência da atual Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, o rol de garantias fundamentais e direitos humanos não só foram aumentados significativamente, como também ganharam *status*

de cláusula pétrea, conforme a jurista Piovesan (2018, p.70) alega em sua obra:

O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do País. O valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

Dando ênfase à ideia desse princípio servir como uma bússola a guiar a orientação do ordenamento, a nobre jurista (2018, p.71) ainda afirma:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Com isso afirma-se que “o sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição” (SOUZA; SARMENTO, 2017, p.172) onde esses direitos passaram a ser tratados como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana, em que o Direito realiza o papel de fiscal ao atuar de forma dinâmica com o objetivo da valorização do indivíduo

Sendo assim, tendo em vista que a dignidade é um fundamento da República<sup>46</sup>, que preza pela liberdade individual como um alicerce de todo

---

46 A República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º da Constituição Federal, é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político.

o resto do ordenamento jurídico, não existe a hipótese de ser relativizado nem tampouco mitigado sob pena de gerar instabilidade da democracia e quebra da segurança jurídica.

Ainda no tocante de conferir a dignidade da pessoa humana o *status* de princípio fundamental, essencial, nascente de todo ordenamento brasileiro, o Supremo Tribunal Federal defende:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

De acordo com tal posicionamento do Supremo, podemos ter a ideia que “A Constituição cuidou ainda de proteger os direitos fundamentais do poder reformador, tratando-os pela primeira vez na história constitucional brasileira, como cláusulas pétreas explícitas (SOUZA; SARMENTO, 2017, p.172). Fazendo com que não só servissem de norte para as legislações infraconstitucionais como também não pudessem ser abolidos e/ou modificados por Emendas.

### 1.3 A PRIMAZIA DO PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO PENAL

Ao partir do princípio que o Direito Constitucional configura a matriz do ordenamento jurídico pátrio, observa-se que este documento determina a obrigação dos demais ramos do Direito á estarem adequados aos princípios ideários formais, trazidos pela Carta Magna. Nesse tocante, é preciso analisar, por exemplo, o Direito Penal, dentro de uma perspectiva constitucionalista, como um garantidor da justiça social que prima pelos valores humanos e seus princípios.

A problemática, nesse caso, é delimitar o *ius puniendi* (direito de punir) do Estado a partir do princípio da menor intervenção e o rigor dos regimes decorrentes dessa punição, de modo a não violar a dignidade humana do indivíduo que estiver sendo indiciado e/ou já ocupar a posição de réu.

Dessa forma, tendo em vista que o sujeito de direitos atingido pelo Direito Penal é um ser humano, o mesmo deve sempre beirar o aspecto humanitário, fazendo com que a relação penal-constitucional seja delineada pela forma com que o Estado de Direito explicita seu sistema de proteção aos direitos fundamentais, conforme argumenta Zaffaroni (2002, p.135) em definição muito bem expressa ao aduzir que:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional

O ilustre doutrinador Greco (2015, p.4) afirma que a constituição exerce duplo papel, qual seja:

Se de um lado orienta o legislador, elegendo valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição.

É incontestável que o princípio da dignidade da pessoa humana, como norma constitucional, deverá sempre prevalecer sobre os princípios infraconstitucionais, na medida em que servem de fundamento de validade para os demais.

Essa supremacia já fora explicada pelo jurista austríaco Kelsen, em sua obra Teoria pura do Direito por meio de uma estrutura formal em que as normas jurídicas são dispostas em diferentes níveis hierárquicos. Para ele, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas

ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.” (1987, p.40)

A análise do ordenamento jurídico com base na referida proposta kelseniana, permite concluir que a Constituição está situada no mais elevado *topos* do ordenamento jurídico, uma vez que serve de fundamento de validade e legitimidade de todas as demais normas, o que é denominado como Lei Suprema. Devem as outras normas, portanto, ser consideradas infraconstitucionais. Lopes Junior (2018, p.30) resume de forma pontual ao afirmar “Ademais, a Constituição necessariamente, orienta a instrumentalidade do processo penal.”

Tendo em vista a atual conjuntura, é necessário, então, que o princípio que tange a dignidade da pessoa humana seja resignificado e revalorado, tomando por fundamento a radical desigualdade econômica e social que caracteriza a sociedade brasileira contemporânea, e que esta seja um fulcro sobre o processo penal completo, desde seu início até o momento da fixação da pena e seu devido cumprimento. Exorta-se que esta deve servir única e exclusivamente para garantir que o condenado possua uma correção sob sua conduta, não podendo jamais ensejar como forma de castigo e suplício tal como consta positivado no § XLIX do art 5º da CF/88.

Tal consideração é pertinente porque, atualmente ainda temos, não só no Direito Penal mas como em outros ramos, resquícios de uma cultura discriminatória e inquisitorial, conforme aponta o ilustre jurista Nilo Batista na obra do desembargador Prado (2005,p.5), quando afirma:

Não só no campo do processo penal, vivemos a contradição entre um texto constitucional democrático formal e procedimentos reais que respiram a cultura discriminatória, racista e exterminadora da característica de nossa formação social. O projeto neoliberal requer um sistema penal capilarmente repressivo, para o controle dos contingentes humanos que ele mesmo massivamente marginaliza.

Assim, não se pode observar o processo como forma de instrumento para sanar a pretensão acusatória, juntamente a ela está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático, ou seja, não há possibilidade de vislumbrar o processo meramente como meio para chegar-se a pena, deixando de lado os direitos

e garantias fundamentais, conforme considera, mais uma vez o Professor Lopes Junior (2018, p.35):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso.

Atualmente, não é difícil concluir que apesar da luta incansável pelo reconhecimento desses direitos fundamentais, o Brasil sofre uma crise que, muitas vezes, não permite que o mesmo cumpra com os objetivos trazidos em sua constituição, fato que culmina, na exagerada utilização das penas, como principal forma de controle e manutenção da ordem, deixando de observar princípios intrínsecos dos direitos humanos, fazendo com o que a dignidade, de *status* constitucional, permaneça em uma dimensão bem distante da realidade.

Um exemplo claro dessa supressão do princípio da dignidade da pessoa humana está na quantidade de indivíduos nos presídios brasileiros<sup>47</sup>.

Tal cifra, obriga uma parte significativa da população carcerária a cumprir sua pena em condições sub humanas, evidenciando e projetando, novamente, a utópica dignidade humana para uma distância considerável dessa população.

Essa falha no sistema penitenciário, fica clara a luz do pensamento de Greco (2015, nota do autor):

O sistema prisional está falido, e isso não é novidade. Os meios de comunicação divulgam imagens de presos, em quase dos os Estados da Federação brasileira, que sofrem com o problema de superlotação carcerária.

Com isso, nota-se que mesmo diante de um texto constitucional extremamente garantista, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana

---

47 Em dezembro de 2017, a população carcerária chegou aos 726 mil, o dobro do número de vagas (368 mil), segundo dados do levantamento Nacional de informações penitenciárias.

como base, não é difícil encontrar indivíduos que possuam esses direitos mitigados em detrimento do acúmulo de debilidades do Estado na execução do devido processo legal.

## 1.4 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS PRESOS

É necessário enxergar, interpretar e utilizar o Direito Penal como *ultima ratio*, devendo figurar tão somente quando os demais ramos do Direito se mostrarem incapazes ou ineficazes de tutelar os bens relevantes à vida do ser humano e da comunidade.

A dignidade humana, norte para aplicação dos princípios insertos na Constituição Federal, é fundamento da República, presente em seu primeiro artigo já supracitado. Sua compreensão e aplicação são frutos diretos do amadurecimento da sociedade democrática, e ainda ganha traços não só de reconhecimento, no valor do homem, como em sua dimensão de liberdade, sendo inadmissível a construção do Estado sem a observância deste princípio.

Assim sendo, localizamos a existência de um paradoxo estrutural entre a forma constituição e o procedimento estipulado no código processual penal. A carta constitucional vigente, que entrou em vigor em 1988 e o Código de Processo Penal, promulgado em 1941; foram elaborados em momentos históricos totalmente diferentes do atual, dentro de um sistema inquisitivo e, para possuir eficácia em sua vigência nos dias atuais, o CPP necessitou – e ainda necessita – de diversas reformas à luz da Constituição democrática, que traz, em muitos casos, princípios contraditórios aos impressos no Código.

Ocorre que a ideologia do Código de Processo Penal é nitidamente autoritária, o que vai de encontro com o viés garantista da atual Constituição, o que leva a crer que há uma notória contradição de normas, em que por um lado, observa-se um texto constitucional que preza pelos direitos e garantias do indivíduo; de outro, uma esfera processual penal com resquícios de dispositivos inquisitivos, conforme defende Lopes Junior (2018, P. 49):

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla

defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo legal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis.

Os limites e condições da soberania nacional, são reconhecidos na Constituição, dentre os quais destaca-se a prevalência dos Direitos Humanos, quando positivado que “art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos.”

Não obstante, ao tratar da questão específica dos presos, o texto assegura que “Art. 5º XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

Podemos concluir que o Estado brasileiro, no momento de exercer seu dever de sancionar seus cidadãos, deve fazê-lo de forma a observar, preliminarmente, e durante todo o tempo que estiver responsável pelo indivíduo preso, todas as normas que versem sobre a dignidade, vinculando seus atos aos princípios constitucionais fundamentais. Tendo em vista especialmente o princípio de legalidade.

## 2. DIREITOS RECONHECIDOS AOS PRESOS PELO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Tendo em vista garantir a efetividade da prisão sem deixar de lado a observância da dignidade humana, não só a Constituição resguarda os direitos dos presos, como também existem legislações ordinárias específicas que trazem positivados os direitos inerentes aos mesmos, como por exemplo a Lei 7210 de 1984, denominada como Lei de Execução Penal que traz uma série de garantias subjetivas ao indivíduo que encontra-se com sua liberdade cerceada, tais como

Art. 41 -I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

[..]

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XV - contato com o mundo exterior

Pode-se observar uma menção similar, no Código Penal quando o mesmo afirma em seu Artigo 38 que “ O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

Nesse ínterim, pontua o professor Carvalho (2003, p.193):

É preciso compreender que o preso conserva os demais direitos adquiridos enquanto cidadão, que não sejam incompatíveis com a “liberdade de ir e vir”, à medida que a perda temporária do direito de liberdade em decorrência dos efeitos de sentença penal refere-se tão-somente à locomoção. Isso, invariavelmente, não é o que ocorre.

Além disso, cabe ressaltar ainda sobre essa série de direitos, que os mesmos configuram-se como, quaisquer outros direitos humanos, e, conseqüentemente, são invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

Ocorre que, como no fragmento supracitado, por mais que a lei esteja positivada tais direitos ainda não são percebidos com clareza para todos os agentes inseridos no sistema de justiça criminal, e em especial, no sistema carcerário que, frequentemente, têm grande parte de seus direitos e deveres subtraídos e passam a ser tratados e reduzidos a condição de “coisas”, e não como sujeitos titulares de direitos inalienáveis.

### 3. A HIPÓTESE DE INCOMUNICABILIDADE DO PRESO

A melhor maneira de iniciar o estudo acerca do referido artigo, é analisar que a aludida incomunicabilidade do indiciado seria em prol do interesse do bem-estar coletivo ou conveniência da investigação. Porém, é difícil comprovar o efetivo interesse social devido sua conveniência, tendo

em vista a subjetividade que estes conceitos implicam necessariamente, e que, se comprovada erroneamente, irá infringir diretamente o direito do indiciado de se comunicar.

O interesse social fica ainda mais difícil de ser definido quando, a própria constituição determina que mesmo em estado de defesa, o preso poderá ficar incomunicável, note:

*§ 3º - Na vigência do estado de defesa:*

*[...]*

*III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;*

*IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.*

Destaca-se, porém, que ainda existem outros dispositivos constitucionais, além do que trata do estado de defesa, contrariados por tal artigo, como o art. 5º LXII da Carta assegura que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”

É importante ressaltar que esta incomunicabilidade de que se trata o referido artigo, ainda que estivesse de acordo com o corpo constitucional, não poderia, em hipótese alguma, atingir a pessoa na qualidade de advogado do indiciado, por tratar-se de um direito do mesmo, de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil:

*Art. 7º São direitos do advogado:*

*III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.*

Logo, conforme a visão de Nucci (2008,p.121) “Ainda que pudesse, em tese, admitir a incomunicabilidade da pessoa detida, no máximo, seria evitar o seu contato com outros presos ou com parentes e amigos.”

Tal argumento configura-se como forte aliado da inconstitucionalidade do referido artigo, pois se o provável objetivo seria manter o ora

indiciado preso sem comunicação, deveria ocorrer em sua totalidade e não com ressalvas.

Porém, sabe-se que ao indivíduo preso é garantido não apenas o direito à presença de um advogado, como também o direito à assistência familiar ou qualquer pessoa que ele possa indicar. Isso por que nenhum cidadão deve ser colocado diante de tamanha violência com essa massacrante restrição de direito pois independente de já ter sido condenado ou não, o ser humano não perde sua condição digna, não podendo ser privado totalmente do meio social através do corte aos laços familiares e vínculos afetivos.

Ademais, caso a configuração da família, não fosse tão importante para o preso, não haveria dispositivos legais que regulamentassem o direito que o mesmo tem de receber visitas íntimas de companheiro (a) ou cônjuge, nem tampouco os dias determinados para as visitas comuns onde recebem pais, irmãos, filhos e amigos próximos.

*Dessa forma, ainda que necessite de despacho nos autos e tenha prazo máximo de 3 (três) dias, esse artigo traz profundas discussões, por contra dispositivos constitucionais, retirando as garantias constitucionais que todo ser humano possui, que serão explicadas e embasadas no capítulo seguinte.*

### 3.1 ANÁLISE DO ARTIGO 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

*A incomunicabilidade é destinada a impedir que o preso se comunique com terceiros com a justificativa, infundada, de evitar que ele prejudique a apuração dos fatos na investigação.*

### 3.2 A CONCEPÇÃO FORMAL DO ARTIGO 21 E O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Antes de adentrar no mérito acerca da inconstitucionalidade de tal artigo, é imprescindível nova leitura novamente literal do artigo, qual seja:

Art 21 do Código de Processo Penal. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre do despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Entretanto, a vigente Constituição, veda a incomunicabilidade, inclusive durante a vigência do Estado de Defesa, em seu artigo 136, § 3º, inciso IV sendo “§ 3º Na vigência do estado de defesa: IV- é vedada a incomunicabilidade.”

Com isso, não há como não concluir que se mesmo durante o estado de defesa, onde os cidadãos podem ter diversos direitos suspensos, pelas medidas emergenciais do governo em tentar manter a ordem pública prezando pela paz social, o preso não deve ficar incomunicável, não há hipótese de vislumbrar-se a ideia do mesmo tornar-se incomunicável, ainda que por tempo determinado, quando não estiver vigente tal estado.

É o que defendo o doutrinador Nucci (2008. p.121):

Cremos estar revogada essa possibilidade pela Constituição Federal de 1988. Note-se que, durante a vigência do Estado de Defesa, quando inúmeras garantias estão suspensas, não pode o preso ficar incomunicável, razão pela qual, em estado de absoluta normalidade, quando todos os direitos e garantias devem ser fielmente respeitados, não há motivo plausível para se manter alguém incomunicável.

Além disso, o texto constitucional ao trazer a vedação expressa da incomunicabilidade, nos permite interpretar que o Estado possui métodos suficientes para a conveniência das investigações, sem que seja necessário atacar contra as garantias fundamentais. Fato que deixa claro que o artigo em tela, tem aspecto residual de uma legislação inquisitorial, e merece, por força do texto constitucional, ser revogado. É o que defende Pacceli (2018, p.59) quando afirma que tal norma deve ser banida da ordem processual pois apenas “serve para demonstrar o espírito inquisitorial e autoritário que revestia a nossa legislação, atribuindo ultrapoderes ao sistema de investigação preliminar.”

De acordo com a doutrina amplamente majoritária, tal artigo é incontestavelmente inconstitucional, fato que impulsionou essa discussão a ser levada para o Congresso por meio do Projeto de Lei nº 2065/2007 que visa vedá-lo.

A proposta de revogação da incomunicabilidade foi de autoria do ex Deputado Federal Manuel Junior que pugna pela inconstitucionalidade,

visto que a constituição “assegura o Estado democrático de direito, pautado no respeito à dignidade da pessoa humana”. O Deputado ainda afirma que caso essa hipótese merecesse prosperar, “a legislação infraconstitucional estaria criando entraves para a aplicação de uma disposição superior”.

Ainda ao tocante a proposta, cabe citar que a mesma tramita, em conjunto, com o Projeto de Lei nº 3700/97, que também revoga a incomunicabilidade do preso. Ela foi apresentada em 19/09/2009, como:

A Câmara dos Deputados decreta: Art. 1º Fica revogado o art. 21 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – o Código de Processo Penal. Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrário.

O entendimento da mesma se pauta na justificativa da inconstitucionalidade material do dispositivo do Código de Processo Penal, e é defendido por penalistas de renome como Júlio Fabrinni Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho.

Atualmente, o projeto ainda se encontra pendente de apreciação do plenário, tendo como última movimentação, a dependência do parecer da Comissão supracitada, desde 28/03/2016.

Enquanto tal projeto não atinge seu resultado, para que enfim cessem as discussões sobre o caso, a doutrina majoritária possui os entendimentos expostos acima, e em contraponto, a parte minoritária da doutrina, como Damásio e Vicente Greco Filho, admite tal hipótese pois defende que a incomunicabilidade presente no artigo voltou-se, única e exclusivamente, aos presos políticos.

### 3.2 A ANTINOMIA APARENTE ENTRE AS NORMAS

A antinomia é tida como aquela situação na qual são positivadas duas ou mais normas, em que pode-se observar uma proibindo e a outra permitindo, o mesmo tipo de comportamento.

Na precisa definição de Bobbio (1982, p.88) é aquela “situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e tendo o mesmo âmbito de validade”.

Para sanar o questionamento de qual regra deve ser seguida, devemos rever os critérios determinados pelo jurista, que compreendem a forma cronológica, hierárquica e da especialidade. Em uma breve observação superficial, com o objetivo meramente explicativo, entende-se cada um desses critérios de acordo com Greco (2015, p.75):

Assim, de acordo com o primeiro critério, devemos verificar se houve entre as normas distância temporal, de modo que a segunda, editada posteriormente, revogue a primeira. Pelo critério hierárquico e de acordo com um sistema de Constituição rígida, devemos aplicar a hierarquia das normas, segundo a visão piramidal, tendo a constituição no seu vértice, de modo que em qualquer confronto entre, por exemplo, uma lei ordinária e a Constituição, esta deverá prevalecer [...] ainda, o critério da especialidade, no qual a lei especial afastará a aplicação daquela tida como geral.

Ainda a respeito das antinomias, verifica-se que elas são divididas em solúveis e insolúveis, sendo a primeira solucionável pela aplicação de um dos critérios de solução enquanto a outra compreende o conflito de normas que não poderá ser solucionado pela insuficiência de solução por um dos critérios.

De acordo com isso, temos que a antinomia presente entre o artigo 21 do Código de Processo Penal e o art 136, §3,IV, da Constituição, caracteriza-se como uma Antinomia solúvel ou aparente visto que pode ser resolvida diante do critério hierárquico, por haver dispositivo infraconstitucional fora da consonância das normas da Carta Magna.

### 3.3 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PERANTE O CONFLITO DE NORMAS.

O direito não está estritamente restrito ao que se manifesta por leis e códigos, apesar desses serem sua principal forma de expressão, existindo diversas fontes norteadoras na hora das decisões judiciais, como por exemplo a jurisprudência.

O ilustre Nader (2002, p.171) pontua:

Ao revelar o sentido e o alcance das leis, o Poder Judiciário beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. Para bem se conhecer o Direito que efetivamente rege as relações sociais, não basta o estudo das leis, é indispensável também a consulta dos repertórios de decisões judiciais. A jurisprudência constitui, assim, a definição do Direito elaborada pelos tribunais.

Diante de tamanha importância, após esgotadas as explicações acerca da inconstitucionalidade do instituto da incomunicabilidade do preso, o presente artigo tem por objetivo analisar as decisões já tidas a respeito do caso, para concluir esse conflito.

No primeiro caso, tem-se um pedido de reparação de danos morais, fundados, além de outra hipótese sob a incomunicabilidade do preso, o qual restou provido:

Apelação Cível Ação de indenização. Prisão ilegal do autor em razão de atividades políticas, sendo mantido incomunicável, e sofrendo torturas físicas e psicológicas Perseguição após a soltura que impôs exílio no exterior Pedido de reparação de danos morais e materiais. Prescrição Não ocorrência Prejudicial de mérito afastada. Recebimento, em outrora, de indenização no âmbito administrativo, fundada na mesma causa de pedir exposta na petição inicial Manifesta improcedência do pedido Sentença reformada. Dá-se provimento ao recurso interposto, prejudicado no mais. (TJ-SP - APL: 00120423920118260053 SP 0012042-39.2011.8.26.0053, Relator: Ricardo Anafé, Data de Julgamento: 17/07/2013, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/09/2013)

Já na decisão abaixo, podemos observar claramente, a inconstitucionalidade do referido artigo em:

[...] 6. Mostra-se questionável a decisão que decretou a incomunicabilidade do paciente, uma vez que se considera o art. 21 do Código de Processo Penal não recepcionado pela CF. Contudo, não é possível afirmar, pelo que consta dos autos, que o paciente foi privado de ter contato com seus advogados, tendo-se observado,

portanto, seu direito à ampla defesa. Assim, eventual nulidade do ato de incomunicabilidade, depois de passados 18 (dezoito) anos, não tem qualquer utilidade, uma vez que o ato impugnado, se existente, já produziu seus efeitos concretos de tornar o paciente incomunicável e se exauriu. Outrossim, referida situação ocorreu antes do início da ação penal e, como é cediço, “eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal” (HC 232.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/4/2013). (STJ – HC: 368217 MA 2016/0219318-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 02/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2017)

Sendo assim, com a análise material do artigo 21 do Código de Processo Penal acrescida do posicionamento não só do Judiciário como do próprio Legislativo, contrário a sua aplicabilidade, fica comprovado o desalinhamento entre esse artigo e a Carta Magna, tornando-o inválido tendo em vista que “as leis e atos normativos que ofendam preceitos constitucionais são desprovidos de fundamento de validade, não podendo criar direitos e obrigações” (SOUZA NETO, SARMENTO. 2018, p.30) configurando-se como extremamente necessário a declaração de sua inconstitucionalidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se na Constituição de 1988, promulgada após o regime militar, um viés humanitário, com uma visível preocupação com os indivíduos, motivo o qual possibilitou a ampliação dos direitos e garantias individuais, tornando a dignidade da pessoa humana um princípio da República Federativa.

Com isso, os direitos humanos passaram a ser tratados como norteadores dos tratados internacionais e das normas infraconstitucionais, sob pena de não serem considerados válidos caso estejam em desalinhamento com esses direitos.

Ocorre que mesmo assim, é possível detectar alguns conflitos entre normas no ordenamento jurídico atual, e um desses conflitos é a possibilidade do indivíduo que estiver preso ficar incomunicável durante um período máximo de três dias, trazida pelo Código de Processo Penal, que fere

não só a dignidade da pessoa humana e os direitos do preso, como também contraria o artigo 136 da Carta Magna o qual defende que nem mesmo na vigência do Estado de Defesa é permitido o preso ficar incomunicável.

Esse conflito é denominado de antinomia aparente entre normas, onde uma norma proíbe e outra autoriza e a solução para este conflito pode ser obtida pelo critério hierárquico, já que trata-se de uma norma constitucional e outra infraconstitucional.

De acordo com a presente definição, é evidente que o artigo 21 do Código de Processo Penal, que traz a hipótese da incomunicabilidade, deve ser revogado por ser considerado inconstitucional.

Nesse sentir, essa posição é consolidada na doutrina majoritária, entendida pelos Tribunais Superiores e inclusive é matéria do Projeto de Lei nº 2065 de 2007 que pugna por sua inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público, 2010

BARROS FILHO, Mário Leite de. **Inquérito policial sob a óptica do Delegado de Polícia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2726, 18 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18062>> Acesso em: 14 set. 2018

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 14 set. 2018

BRASIL. **Lei de Execução Penal** (1984). Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm)> Acesso em: 14 set. 2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 93767 Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000056318&base=baseMonocraticas](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000056318&base=baseMonocraticas)> . Acesso em: 30 set. 2018

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 22 Ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias: uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Acesso em: 9 set. 2018. Disponível em <www.lfg.com.br>
- Diário da Câmara dos deputados. Disponível em: <imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30OUT2007.pdf#page=195> Acesso em: 30 set. 2018
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** Parte Geral V 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Sistema Prisional Colapso e Soluções Alternativas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987
- Levantamento Nacional de informações penitenciárias**. Disponível em: <www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\_2016\_junho.pdf> Acesso em: 22 out. 2018
- LOPES, Ary Junior. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 22. Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018

**Projeto de Lei nº 2065/2007**. Disponível em: <[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=368311](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=368311)> e <[www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=EEF00E804CF681BF98FE1A03D927773A.proposicoesWebExterno1?codteor=505483&filename=PL+2065/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EEF00E804CF681BF98FE1A03D927773A.proposicoesWebExterno1?codteor=505483&filename=PL+2065/2007)> Acesso em: 30 set. 2018

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

**Proposta revoga a incomunicabilidade do preso**. Disponível em: <[www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/116779-PROPOSTA-REVOGA-A-INCOMUNICABILIDADE-DO-PRESO.html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/116779-PROPOSTA-REVOGA-A-INCOMUNICABILIDADE-DO-PRESO.html)> Acesso em: 19 out. 2018

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA e SARMENTO, Claudio Pereira e Daniel. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: A DOLOROSA TRANSGRESSÃO AOS DIREITOS HUMANOS

*Edilla Lucena de Abrantes*

*Natália Pessoa de Oliveira*

## Introdução

O Direito e a Justiça são mecanismos que possuem o escopo de reger a vida em sociedade e, conseqüentemente, atender às necessidades daqueles que a compõem, delimitando direitos e deveres a serem exercidos por cada um, para que o tratamento entre estes seja isonômico, justo e reto; de modo que sejam cumpridos e respeitados os direitos inerentes a todo cidadão.

A concepção acima explanada apenas pôde ser concluída contemporaneamente, pois é de amplo conhecimento que em tempos remotos o que predominava eram as imposições das classes mais abastadas, as quais manipulavam arbitrariamente a legislação. Entretanto, esse quadro foi sendo modificado a partir da Revolução Francesa, marco imprescindível para a evolução dos direitos humanos, até a atualidade.

Em consequência disso, o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade humana, do qual decorre todo o leque de direitos humanos previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, apesar das imensas conquistas alcançadas no que se refere aos direitos fundamentais, estes não possuem completa estabilidade, tendo em vista que há transgressões que acontecem em certos âmbitos sociais que

não são tratadas devidamente como incompatível com aqueles, mas como meras práticas cotidianas pertinentes à atividade que está sendo executada.

Por conseguinte, alguns dos ambientes em que tais episódios são recorrentes e que se deseja destacar são os hospitais e maternidades, envolvendo todo o contexto que é preciso para a realização de partos, onde, muitas vezes, as mulheres são vítimas de comentários e procedimentos indevidos, que ferem direta e cruelmente a dignidade humana e, portanto, a integridade física e a subjetividade daquelas; a quais são tratadas como simples coadjuvantes, e não como principais, em um momento tão ímpar que é o ato de dar à luz à uma criança.

Destarte, esse cenário resume, de forma superficial e ligeira, a ocorrência da violência obstétrica, uma realidade bem presente e pouco reconhecida, considerando a resistência da classe médica ao termo – por ligarem a expressão “violência obstétrica” somente ao trabalho realizado por eles, o que é uma convicção errônea, de maneira que engloba as tarefas de todos que participam do conjunto de ações integrantes cujo propósito seja o parto (antes durante ou depois dele)-; além da “normalidade” com a qual se lida com atos violentos – levando em conta a falta de informação de grande parte das vítimas, o receio que colegas de trabalho têm de prejudicar a si mesmo ou uns aos outros ao intervir em alguma atitude ou delatar certas situações –, e a ausência de maior número de recorrência ao Poder Judiciário através de denúncias, por parte das mulheres, acerca dos maus tratos sofridos, pois, embora a violência obstétrica ainda não seja especificamente tipificada no Brasil, existem condutas consideradas criminosas que se aplicam aos feitos que esse tipo de violência abarca.

Ante o exposto, o presente artigo intenta relacionar a violência obstétrica com a cultura machista que ainda assola os costumes e noções que incidem nas relações sociais brasileiras; com os direitos humanos tão arduamente conquistados, necessitando de maior efetivação; com a legislação, em geral, vigente e em trâmite, na forma de projeto de lei; com estudos e pesquisas sobre a temática, incluindo índices, recomendações científicas e relatos médicos.

## Desenvolvimento

Antigamente, era comum as mulheres darem à luz aos seus filhos em suas casas, com o auxílio de parteiras, as quais realizavam partos por conta

própria, prestando apoio à mãe e à criança também durante o pré-natal e o puerpério, executando a cognição que aprenderam mediante o empirismo. As parteiras eram consultadas sobre diversos assuntos relacionados a doenças, abortos, infanticídios e todas as temáticas ligadas à saúde da mãe e do bebê.

Com o crescimento do número de faculdades de medicina e o aprimoramento das técnicas para a efetuação de cesarianas, mais especificamente em meados do século XX, as mulheres passaram a procurar cada vez mais as maternidades e hospitais como forma de refúgio para o alívio de suas dores e maior grau de segurança quanto às vidas dos recém-nascidos, deixando o parto de ser um momento exclusivamente feminino, tornando-se um evento médico. Neste sentido:

Até as importantes mudanças do *modus vivendi* do período industrial, as vivências do parto foram, nas mais diferentes culturas, de caráter íntimo e privado, sendo uma experiência compartilhada entre mulheres. A imensa mortalidade materna perinatal começou então a ser discutida, na esfera pública, por uma necessidade político-econômica de garantir exércitos e trabalhadores. Ao lado destas transformações sociais, a obstetrícia firmava-se como matéria médica e ocorriam as primeiras ações voltadas a disciplinar o nascimento. A partir daí, as mudanças relacionadas ao parto acabariam por caracterizá-lo como evento médico, cujos significados científicos aparentemente viriam sobrepujar outros aspectos. O parto deixa de ser privado, íntimo e feminino e passa a ser vivido de maneira pública, com a presença de outros atores sociais. A maioria das mulheres que até meados do séc. XX pariram com a ajuda de outras mulheres, por não serem nobres ou da classe de maior renda, passou também a ser objeto do interesse médico e ter seus partos atendidos ou observados por profissionais oficialmente preparados para este fim, como as enfermeiras-parteiras e os médicos. (BRASIL, 2001, p.17).

Frente ao explicitado, o índice de cesarianas desempenhadas no Brasil é agudamente alto, tanto que ocupa o segundo lugar no ranking mundial entre os países em que ocorrem mais cesáreas (SENADO FEDERAL,

2018), representando estas 57% dos partos, enquanto a Organização Mundial de Saúde recomenda que variem entre 10 e 15% (OMS, 2015).

Estes números são frutos também da visibilidade de lucro que alguns médicos possuem, tendo em conta que muito mais se auferê com uma cirurgia de cesárea do que com a execução de um parto normal, o qual demanda mais tempo, paciência e não gera grande remuneração. Assim, principalmente nos hospitais privados, determinados profissionais da saúde tentam convencer ao máximo as mães de optarem por cesárea ao invés de um parto normal, mesmo sem ter indicação para tanto, o que é avaliado com um desrespeito e um rompimento com os princípios da profissão, que visam zelar pela saúde de todos os pacientes com igualdade e fundamento na melhor forma de proceder de acordo com cada caso concreto.

Em tal contexto, a vontade das mulheres foi sendo diminuída, as dinâmicas científicas foram prevalecendo e se tornando proprietárias dos seus corpos, tendo sido tomadas como verdades absolutas e ideais. A partir de então, boa parte dos partos começaram a ser palcos da violência obstétrica, a qual tem o conceito bem colocado pelo artigo 15, item 13, da Lei Orgânica da Venezuela, a *“Ley Orgánica Sobre El Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia”*, promulgada em 19 de março de 2007, e pelo artigo 6º, alínea e, Lei nº 26.485/2009, a *“Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”* da Argentina:

Art. 15 [...]

13. Se entende por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissionais de saúde, na forma de um tratamento desumanizado, medicação abusiva ou patologização dos processos naturais, reduzindo a autonomia da paciente e a capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sua sexualidade, impactando negativamente em sua qualidade de vida. (tradução nossa).

Artigo 6º [...]

e) Violência obstétrica: aquela que exerce o profissional de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressados em um tratamento desumano, um abuso de medicalização e

patologização dos processos naturais, de conformidade com Lei nº 25.929. (tradução nossa).

Atualmente, 1 em cada 4 mulheres são vítimas deste tipo de violência no Brasil (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; SESC, 2010). A desigualdade social é um fator potencial nesse enquadramento, levando em conta que as mulheres com baixo teor econômico e educacional correspondem à maioria desses números, pois, pela falta de informações corretas e esclarecidas, além do desprivilegio de classe, passam a acreditar que os atos abusivos que sofrem são normais, inevitáveis e componentes do procedimento a ser concretizado para que seu filho venha ao mundo. Por isso, essas mulheres, em geral, não chegam a denunciar os profissionais que as agridem, gerando uma injusta e problemática impunidade, o que leva ao árduo combate à violência obstétrica.

Ao contrário do que é popularmente pensado, a violência obstétrica não se resume apenas às agressões físicas propostas ao corpo da mulher, mas também, pode-se assim classificar, de caráter psicológico, sexual e institucional.

No tocante ao campo psicológico, a mulher é ofendida mediante comentários preconceituosos, que afetem a sua individualidade, seu gênero e sua capacidade reprodutiva; causando desconfortos que desencadeiam sentimentos de impotência, insegurança e inferioridade. Há relatos muito frequentes concernentes a críticas feitas às pacientes nos hospitais, como frases do tipo “Não foi bom na hora de fazer? Agora aguental!”; “Você está aqui de novo? Todo ano um filho!”; “Você é uma incompetente, não faz força suficiente”; “Desse jeito você vai matar seu filho”; entre outros.

A violência ligada à esfera sexual consiste no abuso procedimental por aqueles que o exercem, como toques indevidos, exagerados e não consentidos, realizados por várias pessoas diferentes, métodos invasivos que violem o seu corpo, falas moralistas e coercitivas de conteúdo sexual.

Os constrangimentos conexos à institucionalidade traduzem-se no difícil acesso aos direitos fundamentais que as mulheres possuem, quanto aos serviços de saúde que devem ser prestados no pré-natal, no parto e no pós-parto, como, por exemplo, o difícil acesso às maternidades e hospitais pelas pessoas financeiramente carentes; a complexidade para a realização de exames e consultas; a falta de informes claros e qualitativos no que diz

respeito às técnicas a serem aplicadas e as garantias que protegem a mulher; a proibição de um acompanhante na sala de parto, conduta que fere a segurança psicológica da mulher, por ter alguém por perto pelo qual possui afetividade, transgredindo a Lei nº 11.108,/2005, que garante o bem-estar da parturiente na orientação de ter um acompanhante consigo:

Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato (BRASIL, 2005).

Ademais, pode ser também categorizada como violência institucional a delimitação de posição no parto, atitude que é vedada pela Portaria nº 1.067 de 2005 – a qual também trata a respeito de medidas que têm que ser tomadas com o escopo de promover um parto digno e com direitos cumpridos para a mãe e para a criança –, particularmente em seu anexo I, inciso II, item 11:

#### ANEXO I PRINCÍPIOS GERAIS E DIRETRIZES PARA A ATENÇÃO OBSTÉTRICA E NEONATAL

##### II - ATENÇÃO AO PARTO - Ações e procedimentos:

11. Prestar assistência qualificada e humanizada à mulher no pré-parto e parto:

- permitir liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto;
- estimular posições não-supinas durante o trabalho de parto;

De acordo com estudos descritos no artigo da Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (TESSER et al., 2015), baseando-se na publicação da OMS “Assistência ao parto normal: um guia prático”(OMS, 1996), há práticas bastante prejudiciais que podem caracterizar

a violência do tipo física, sendo estas: Infusão intravenosa de rotina no trabalho de parto/cateterização venosa profilática de rotina; uso indiscriminado da ocitocina; amniotomia para acelerar o trabalho de parto; posição de litotomia; episiotomia; manobra de Kristeller; restrição alimentar e hídrica e restrição aos movimentos corporais.

A infusão intravenosa de rotina do trabalho de parto/cateterização venosa profilática de rotina diminui a mobilidade da parturiente, aumentando o incômodo. A solução glicosada oferece o risco de elevação da hipoglicemia neonatal. O uso da ocitocina de forma indevida pode causar hipóxia fetal. Segundo Dr<sup>a</sup>. Melania Amorim, obstetra e professora da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG) e da Faculdade de Ciências Médicas de Campina Grande (FCM), que é brilhante referência no âmbito da ginecologia e obstetrícia e ativista no combate à violência obstétrica, em entrevista realizada pessoalmente:

Quanto à ocitocina, isso deveria se restringir a poucos casos em que a mulher não tem contrações suficientes, mas em muitos lugares se coloca a ocitocina no soro de rotina para a mulher realizar o parto mais rápido e o profissional “ficar livre” da mulher. Dessa forma, ela sente uma dor muito grande, pois se configura um parto forçado por medicamentos. (AMORIM, 2019).

A amniotomia, ou rompimento da bolsa amniótica com instrumento em formato de gancho, aumenta a chance de cesárea. No tocante à posição de litotomia, leciona Dra. Melania Amorim (AMORIM, 2019) que é a bastante incômoda, devendo ser estimuladas posições que se direcionem mais ao sentido vertical.

Já a episiotomia, que é uma incisão feita no períneo visando alargar o canal de parto, pode levar à laceração perineal de terceiro e quarto graus, de infecção e de hemorragia. A manobra de Kristeller, compreendendo-se como a aplicação de pressão no útero para expulsar o bebê de maneira mais rápida e fácil. Por sua vez, as restrições alimentares e hídricas e as restrições aos movimentos corporais fazem com que o trabalho de parto seja mais longo, desconfortável e doloroso.

A violência obstétrica reflete uma cultura machista que ainda domina as relações sociais brasileiras, na qual a mulher é feita para reproduzir,

tendo que suportar todas as dores que forem impostas, de modo que há uma crença incongruente de que “mãe que é mãe, sente as dores do parto”; sendo o corpo feminino frágil, passível de domínios e intervenções, como se a mulher não tivesse o direito ou não fosse capaz de se expressar e tomar suas próprias decisões no que se refere ao seu próprio físico e ao do seu filho, em uma ocasião tão singular e exclusiva da mãe – a qual, tempos atrás, não precisava de assistência hospitalar para fazer jus a tal substantivo que a denomina.

Por tal fato, acredita-se que todos os padecimentos são decorrentes do ato de parir. Entretanto, de uma maneira mais elucidada, tem-se a pura noção de que, na verdade, direitos estão sendo infringidos e que essas estipulações culturais desprovidas de conhecimento já não cabem em uma contemporaneidade regada ao empreendimento dos direitos humanos em todos os meios, tampouco em um Estado Democrático de Direito. Em concordância, afirma Dr.<sup>a</sup> Melania Amorim:

Além dessa face mais visível e perversa, que são os maus tratos verbais, chegando, às vezes, aos maus tratos físicos, existe uma face que permanece oculta ou invisível da violência obstétrica que é o uso e abuso de procedimentos que não são considerados boas práticas. O termo “violência obstétrica” é usado pelo movimento da humanização da assistência ao parto. Então, a gente não vai abrir mão – e isso eu falo mais como ativista –, porque, se o uso do termo agride a sensibilidade do médico e a prática agride as mulheres, eu estou do lado das mulheres. Temos que entender que somos reflexos do método pelo qual nos formamos, o qual é bastante tecnocrático, e o que o modelo de obstetrícia praticado é altamente misógino, patriarcal e machista. Pode-se notar isso pelo fato de a maioria dos órgãos que rejeitam esse termo serem formados por homens. Existe uma intersecção de opressões dentro da violência obstétrica, toda mulher pode sofrer este tipo de violência. Porém, já têm estudos mostrando as que mais sofrem são as negras, as mais pobres, as lésbicas e, eventualmente, homens transexuais. (AMORIM, 2019).

Como supracitado, o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade humana, do qual transcorrem todos os outros di-

reitos humanos constitucionalmente elencados, conceituando, em suma, que os cidadãos devem ter suas vidas geridas por garantias minimamente dignas, ou seja, que supram e respeitem suas necessidades físicas, biológicas e subjetivas como um ser vivo complexo e repleto de essencialidades. Nesse diapasão:

Adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito. Essa prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente falando, o valor absoluto. Esse princípio se tornou uma barreira irremovível, pois zela pela dignidade da pessoa, que é o valor supremo absoluto cultivado pela Constituição Federal. (AWAD, 2006)

À vista disso, os principais benefícios afetados pela violência obstétrica são os direitos à saúde, sexuais e reprodutivos, à igualdade, ao não tratamento desumano ou degradante e à maternidade. Sobre o assunto, a OMS determina (OMS, 2014):

No mundo inteiro, muitas mulheres sofrem abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto nas instituições de saúde. Tal tratamento não apenas viola os direitos das mulheres ao cuidado respeitoso, mas também ameaça o direito à vida, à saúde, à integridade física e à não-discriminação. (OMS, 2014).

Os direitos acima mencionados estão excelentemente previstos constitucionalmente, inferindo-se, portanto, que a violência obstétrica é uma violação à Constituição Federal de 1988, a qual, como suprema e rígida que é – devido à magnitude de seu poder constituinte –, orienta todas as normas que dela deriva, não podendo ser contrariada. Veja-se:

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;

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Art. 6º 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.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No mês de maio deste ano, o Ministério da Saúde emitiu um posicionamento, através de despacho, no intuito de se manifestar contra o uso do termo “violência obstétrica” Observe-se:

O posicionamento oficial do Ministério da Saúde é que o termo **“violência obstétrica” tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério.** [...] Pelos motivos explicitados, ressalta-se que a expressão “violência obstétrica” não agrega valor e, portanto, estratégias têm sido fortalecidas para a abolição do seu uso com foco na ética e na produção de cuidados em saúde qualificada. Ratifica-se, assim, o compromisso de as normativas deste Ministério pautarem-se nessa orientação. (BRASIL, 2019). (grifo nosso).

Perante o demonstrado, analisando os principais episódios históricos, do início da idade contemporânea até os tempos atuais, que tanto contribuíram para a obtenção e consumação dos Direitos Humanos – como, por exemplo, a Revolução Francesa, a criação da ONU após a Segunda Guerra Mundial; entre outros –, percebe-se evidentemente que silenciar relatos de inúmeras pessoas sobre um fator ou pôr um termo

que denomina ocorrências frequentes em desuso não é uma condução que leva ao progresso ou à busca pelo melhor emprego de direitos humanos e sociais como a saúde. É possível assimilar que a violência obstétrica só será realmente combatida se a expressão que a intitula for utilizada e os atos que a constituem forem abominados. Ainda, Dr.<sup>a</sup> Melania Amorim instrui:

Uma conceituação que eu consegui chegar ao longo desses anos é que a humanização da assistência ao parto consiste em termos a ideia de que o parto não é um ato médico, ele é um evento biopsiossocial e espiritual, porque, na verdade, é a chegada de um novo ser ao mundo, a formação de uma família, que deve ser, portanto, atendido, considerando as melhores evidências científicas correntemente disponíveis, quer dizer, deve-se utilizar as boas práticas que já estão bem estabelecidas, e tudo isso integrado com o respeito, a autonomia, ao protagonismo da mulher que é a dona do parto, então tudo isso é antagônico à violência obstétrica. (AMORIM, 2019).

Finalmente, ressalta-se que a violência obstétrica ainda não é tipificada como crime na legislação brasileira, porém algumas ações que compõem sua definição são classificadas como criminosas, como é o caso do aborto (art. 125, CP), homicídio (art. 121, CP), lesão corporal (art. 129, CP); etc.

Há projetos de lei que pretendem combater o mencionado tipo de violência. O Projeto de Lei nº 7633/14, de autoria do Deputado Jean Willys, dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal, e dá outras providências (BRASIL, 2014). Já o Projeto de Lei nº 7.867/17, da Deputada Jô Moraes, trata sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério (BRASIL, 2017). Ademais, está em tramitação também o Projeto de Lei nº 8.219/17, que dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após (BRASIL, 2017).

## Conclusão

À luz do exposto, haja vista os índices, relatos e recomendações anteriormente declarados, atesta-se que a violência obstétrica é uma veracidade recorrente no Brasil, infringindo, indubitavelmente, os direitos humanos custosamente alcançados e constitucionalmente garantidos.

Em face disso, tal problemática deve ser impugnada em todas as suas vertentes, pois a nação brasileira é um Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade humana prevalece sobre todos os preceitos e a lei emana do povo, devendo ser honrada; configurando um desrespeito àquele silenciar a violência obstétrica ou nomeá-la com eufemismos que maquiem a sua gravidade. Isto posto, o correto é assegurar que as mulheres tenham os seus direitos à saúde, reprodutivos, sexuais, à maternidade, à igualdade e ao não tratamento desumano ou degradante empreendidos.

Desta feita, é imprescindível que os órgãos públicos e as instituições privadas atuem no propósito de adversar a questão aqui colocada por intermédio de campanhas, legislação adequada, punibilidade, capacitação direcionada de profissionais e fiscalização.

Outrossim, é importante destacar que a violência obstétrica, tendo ciência da sua gravidade e seu nível de ofensa à integridade física e psicológica da mulher, seria de extrema relevância a criação de uma lei que a inserisse no Código Penal como crime, visando diminuir a impunidade e evitar que outros casos se sucedam.

## Referências

AMORIM, Melania. **Entrevista concedida a Edilla Lucena de Abrantes**. Campina Grande, 01 Ago. 2019. [A entrevista encontra-se transcrita no Apêndice “A” deste artigo].

ARGENTINA. **Lei nº 26.485, de 2009**. *Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Justiça do Direito, 2006. p. 113. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2182-Texto%20do%20artigo-8216-1-10-20120104.pdf>. Acesso em: 02 Ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

BRASIL, Ministério da Saúde. Despacho DAPES/SAS/MS. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c-55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a-32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e-35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c-55cd95ede706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a-32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e-35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 02 Ago. 2019

BRASIL, Ministério da Saúde. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/mulher/saude-das-mulheres/enfrentamento-a-mortalidade-materna-menu/parto-aborto-e-puerperio-assistencia-humanizada-a-mulher-ms>>. Acesso em: 31 Jul. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 1.067, de 4 de julho de 2005**. Institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal, e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.633, de 29 de maio de 2014**. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.867, de 13 de junho de 2017.** Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.219, de 09 de agosto de 2017.** Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após.

Fundação Pérsu Ábramo e SESC. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado.** Núcleo de Opinião Pública da FPA: 2010. Disponível em: < [https://apublica.org/wpcontent/uploads/2013/03/www.fpa\\_.org\\_.br\\_sites\\_default\\_files\\_pesquisaintegra.pdf](https://apublica.org/wpcontent/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf)>. Acesso em: 30 de Jul. 2019

Organização Mundial da Saúde (OMS). **Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas.** Who: 2015. Disponível em: < [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 30 Jul. 2019.

Organização Mundial da Saúde (OMS). **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Who: 2014. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf?jsessionid=5DEB333F8827D4C63F17D74535089700?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?jsessionid=5DEB333F8827D4C63F17D74535089700?sequence=3)>. Acesso em: 30 Jul. 2019.

Organização Mundial da Saúde (OMS). **Assistência ao parto normal: um guia prático: relatório de um grupo técnico.** Genebra: OMS; 1996.

SENADO FEDERAL. **Especialistas Apontam Epidemia de Cesáreas no Brasil.** Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/especialistas-apontam-epidemia-de-cesarianas/especialistas-apontam-epidemia-de-cesarianas>>. Acesso em: 01 Ago. 2019.

TESSER, Charles Dalcanale; KNOBEL, Roxana; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer.** Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade, Rio de Janeiro, v. 10, n. 35, p. [12], 2015. Disponível em: < <https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/viewFile/1013/716>>. Acesso em 01 Ago. 2019.

VENEZUELA. **Lei Orgânica da Venezuela, de 19 de março de 2007.** *Ley Orgánica Sobre El Derecho de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia.*

## APÊNDICE A – ENTREVISTA REALIZADA POR EDILLA LUCENA DE ABRANTES, EM 01 DE AGOSTO DE 2019, NA CIDADE DE CAMPINA GRANDE, PARAÍBA, COM DR.<sup>a</sup> MELANIA AMORIM, OBSTÉTRA E PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFCG) E DA FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DE CAMPINA GRANDE (FCM).

Sobre a violência obstétrica, o que é pertinente ressaltar?

Resposta (Dr.<sup>a</sup> Melania): Então, o conceito de violência obstétrica consiste na apropriação do corpo feminino, de forma que a mulher perde a capacidade de decidir, e isso se expressa em um tratamento desumanizado e no excesso de medicalização da assistência ao parto, com base na Lei Orgânica da Venezuela. Além dessa face mais visível e perversa, que são os maus tratos verbais, chegando, às vezes, aos maus tratos físicos, existe uma face que permanece oculta ou invisível da violência obstétrica que é o uso e abuso de procedimentos que não são considerados boas práticas. O termo “violência obstétrica” é usado pelo movimento da humanização da assistência ao parto. Então, a gente não vai abrir mão – e isso eu falo mais como ativista –, porque, se o uso do termo agride a sensibilidade do

médico e a prática agride as mulheres, eu estou do lado das mulheres. Temos que entender que somos reflexos do método pelo qual nos formamos, o qual é bastante tecnocrático, e o que o modelo de obstetrícia praticado é altamente misógino, patriarcal e machista. Pode-se notar isso pelo fato de a maioria dos órgãos que rejeitam esse termo serem formados por homens. Existe uma intersecção de opressões dentro da violência obstétrica, toda mulher pode sofrer este tipo de violência. Porém, já têm estudos mostrando as que mais sofrem são as negras, as mais pobres, as lésbicas e, eventualmente, homens transexuais. É uma violência de gênero, pois é violência contra a mulher e tem tudo a ver com a nossa sociedade e a maneira como nossa formação enquanto médicos foi construída como uma especialidade que foi dominada por homens com uma concepção de que o corpo da mulher é essencialmente defeituoso e que depende da intervenção médica masculina para que o parto aconteça. Existem até mulheres que reproduzem isso, mas porque também tiveram seus ideais formados nesta base. Inclusive, minha residência foi fundada nessa sistemática, mas pude mudar minha visão e as minhas práticas ao ser apresentada à medicina baseada em evidências e me aproximar do movimento de humanização da assistência ao parto. É importante estabelecer um diálogo com a mulher na hora do parto, a não ser que se trate de uma situação de urgência, para que a mulher participe do processo de tomada de decisão, pois ela é a dona de todo o processo.

## O que você destaca acerca da não utilização das boas práticas?

Resposta (Dr.<sup>a</sup> Melania): Durante a hora do parto, a pior posição possível que se tem para parir é aquela que ainda se vê muito em filmes, na qual a mulher fica deitada, com as pernas pra cima, na posição conhecida popularmente como de “frango assado”. A mulher deve ter direito a escolher a posição que for mais confortável, porém devem ser estimuladas as posições não deitadas, mais verticalizadas, com a presença do acompanhante e da doula. Não deve ser feito o corte de períneo de rotina, aliás, eu defendo que não seja feito de forma nenhuma, porque eu tenho conhecimento de uma série de cortes horríveis, extremamente amplos, que danificam bastante o períneo da mulher. Não deve ser feito nem em fórceps de rotina, pois

em muitos lugares esses cortes são executados como forma de ensinamento para os médicos residentes. Quanto à ocitocina, isso deveria se restringir a poucos casos em que a mulher não tem contrações suficientes, mas em muitos lugares se coloca a ocitocina no soro de rotina para a mulher realizar o parto mais rápido e o profissional “ficar livre” da mulher. Dessa forma, ela sente uma dor muito grande, pois se configura um parto forçado por medicamentos. A mulher também não deve receber múltiplos toques durante o trabalho de parto. Têm hospitais escolas em que as mulheres são tocadas cerca de vinte vezes durante o trabalho de parto por várias pessoas diferentes com o propósito de ensinar aos alunos. A mulher não deve receber de forma alguma empurrão na barriga, ato em que alguém sobe na barriga da mulher, fazendo um movimento semelhante ao de uma bomba de encher pneu de bicicleta, para que o bebê nasça. Já atuei como perita em casos como esses, que acabaram resultando em morte materna e da criança. Se o profissional deixa de realizar as boas práticas e executa os maus procedimentos, isso também é uma forma de violência obstétrica, porque configura um tratamento desumanizado por ser um abuso da medicalização. Da mesma forma, o excesso de cesariana, o que ocorre com mais frequência no setor privado do que no público, em que os médicos criam desculpas para realizar cesáreas, como dizer que a criança está com o cordão umbilical em volta do pescoço. Eu até listei no meu blog mais de duzentas indicações fictícias para a realização de cesariana.

## O parto humanizado seria uma forma de cumprir os direitos humanos e sociais inerentes à mulher?

Resposta (Dr.<sup>a</sup> Melania) Uma conceituação que eu consegui chegar ao longo desses anos é que a humanização da assistência ao parto consiste em termos a ideia de que o parto não é um ato médico, ele é um evento biopsicossocial e espiritual, porque, na verdade, é a chegada de um novo ser ao mundo, a formação de uma família, que deve ser, portanto, atendido, considerando as melhores evidências científicas correntemente disponíveis, quer dizer, deve-se utilizar as boas práticas que já estão bem estabelecidas, e tudo isso integrado com o respeito, a autonomia, ao protagonismo da mulher que é a dona do parto, então tudo isso é antagônico à violência obstétrica.

# A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO JULGAMENTO DO FATO DA NAVEGAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL MARÍTIMO

*Lucas Sarmiento Pimenta*

## INTRODUÇÃO

No âmbito do Tribunal Marítimo - TM, com sede na cidade do Rio de Janeiro, cenário principal da trama trazida neste artigo, o número reduzido de profissionais conhecedores das letras jurídicas que se aventuram pelas sinuosas ondas do Direito Processual Marítimo, tem criado campo fértil à perpetuação de ilegalidades e de inconstitucionalidades não mais admissíveis em um Estado Democrático de Direito.

É neste campo, quer dizer, do processo marítimo, que se encontra a exposição agora apresentada, mais especificamente no que concerne ao fato da navegação/incidente marítimo de uso da embarcação para o cometimento de atos ilícitos, definidos em lei como crime ou contravenção penal, ou lesivos à Fazenda Nacional, nos moldes do artigo 15, f) da Lei 2.180/54 - Lei Orgânica do Tribunal Marítimo (LOTM).

O problema proposto consubstancia-se em verificar se o Tribunal Marítimo tem violado o princípio da presunção de inocência, quando do julgamento do tipo administrativo supracitado, vez que sua jurisprudência dominante aponta no sentido da desnecessidade de aguardar a decisão

final da Justiça Criminal quanto à ocorrência ou não do ilícito penal inserido na infração administrativa.

Na busca da solução do problema, apresenta-se como hipótese fundamental o fato de que o ato ilícito trazido à baila, elementar do tipo administrativo em comento, comporta-se como questão prejudicial a ser decidida no juízo criminal, provocando o sobrestamento do feito na esfera administrativa.

A discussão se faz relevante por duas razões: a uma, porque, se confirmada a hipótese sugerida, estar-se-á diante de grave violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, tido como condição sem a qual não há como existir um Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2002, p. 441); e a duas, porque, conquanto o Brasil seja um país eminentemente marítimo – vide sua extensa costa – verifica-se uma carência exorbitante de produção acadêmica acerca do Direito Marítimo.

Configura-se como objetivo central deste artigo denunciar os ataques ao princípio da presunção de inocência nos processos que correm perante a Corte Marítima brasileira.

O método utilizado nesta pesquisa foi o dialético, com abordagem qualitativa. Realizou-se pesquisa descritiva e exploratória, com procedimento bibliográfico, com enfoque maior na doutrina do Professor Matusalém Pimenta.

Nos próximos itens, pretende-se, a princípio, fazer uma breve apresentação do Tribunal Marítimo, assim como delimitar sua jurisdição e competência, para, ao depois, tratar do conceito de questão prejudicial e do ato ilícito inserto no fato da navegação em estudo como uma prejudicial de mérito. O núcleo do artigo abordará a eminente violação à presunção de inocência do Tribunal Marítimo e apontará para a necessidade urgente de sobrestamento, naquela Corte, dos processos em que são julgados o incidente marítimo supramencionado, até ser alcançado o trânsito em julgado no juízo criminal.

## 1. DO TRIBUNAL MARÍTIMO

Como explica Marcelo David Gonçalves (2013, p. XXIII), atual juiz da Corte do Mar: “O Tribunal Marítimo, órgão autônomo da Administração Direta da União, auxiliar do Poder Judiciário e vinculado ao Minis-

tério da Defesa apenas na questão orçamentária e no provimento de pessoal e material, possui natureza *sui generis*.”

O Tribunal é composto por sete juízes – quatro civis e três militares –, especialistas em áreas ligadas à navegação e ao transporte marítimo, sendo apenas dois, obrigatoriamente, formados em Direito. Vez que é um tribunal colegiado, suas decisões são tomadas em conjunto, chamadas, portanto, de acórdãos.

Sua especialidade, presente na aglutinação de saberes múltiplos de cada juiz, é o que forma a gama de conhecimento necessária, para que os acidentes e fatos da navegação possam ser julgados com o nível de excelência devido.

No que tange à jurisdição, o artigo 1º da Lei 2.180/54 esclarece que o Tribunal Marítimo possui jurisdição em todo o território nacional. Isto é, de todo, impressionante, visto que o Brasil possui 4,5 milhões de km<sup>2</sup> de águas sob sua jurisdição – a chamada “Amazônia Azul” – e mais 40.000 km de rios navegáveis (BRASIL. Tribunal Marítimo, 2014, p. 80), formando um imenso campo de atuação.

Já com relação à sua principal competência, o artigo 13 da LOTM diz que o TM é competente para julgar fatos e acidentes da navegação. O objeto estudado neste artigo classifica-se como fato da navegação. É como diz o legislador na alínea “f” do artigo 15 da Lei 2.180/54: “Art. 15. Consideram-se fatos da navegação: [...] f) o emprego da embarcação, no todo ou em parte, na prática de atos ilícitos, previstos em lei como crime ou contravenção penal, ou lesivos à Fazenda Nacional.”

Em um exercício de subsunção, é simples lembrar dos muitos casos de contrabando de armas e de drogas vindas da Colômbia para o Brasil pelo Rio Amazonas. O uso de embarcação para cometer esses crimes caracteriza o fato da navegação *sub studio*.

Com este dispositivo em mente, para se poder avançar ao ponto nevrálgico da pesquisa, é preciso, antes, fazer uma digressão.

## 2. DA QUESTÃO PREJUDICIAL

Questão prejudicial é toda questão de valoração jurídica, que deve ser decidida antes da questão principal e, por isso, é chamada de prejudicada (TOURINHO FILHO, 2017, p. 444).

São cinco as principais características da questão prejudicial: a) deve ser julgada antes da questão principal; b) seu não julgamento prejudica o mérito da principal; c) é sempre de valoração jurídica; d) pode existir autonomamente, sem o caráter de prejudicialidade; e e) requer sobreestamento do feito principal até o seu trânsito em julgado (PIMENTA, 2013, p. 95).

O artigo 92 do Código de Processo Penal - CPP, ao tratar das questões prejudiciais, prescreve a suspensão da ação penal, se da solução sobre o estado civil das pessoas dependa a decisão acerca da existência de infração penal, até que a controvérsia esteja transitada em julgado no juízo cível.

É o que acontece, quando o indivíduo é acusado de bigamia e, ao mesmo tempo, corre ação de nulidade do primeiro casamento na esfera cível. O juiz criminal deverá suspender o feito, haja vista a prejudicialidade da questão, que poderá tornar inexistente o crime, nos moldes do artigo 235, §2º do Código Penal. Entendido o conceito de questão prejudicial, volta-se ao processo marítimo.

### 3. DO ATO ILÍCITO COMO PREJUDICIAL DE MÉRITO

O que se quer demonstrar, seguindo a pena de Pimenta (2015, p. 89-102), é que o ato ilícito inserto no tipo administrativo em análise se comporta como uma questão prejudicial e, por isso, deve ser julgada antes do fato da navegação, isto é, da questão principal.

O professor inovou na doutrina maritimista ao afirmar que os juízes do Colegiado do Mar estão invadindo competência da Justiça Comum, quando da não suspensão do feito para aguardar decisão do juízo competente, qual seja o criminal, sobre a existência e a autoria do ato ilícito. Explica-se

Enquanto o autor supramencionado defende o ato ilícito como sendo questão prejudicial (2015, p. 89-102) ao julgamento do fato da navegação, devendo ser analisado anteriormente à questão principal e em juízo criminal competente, a análise minuciosa dos acórdãos do TM - que será feita mais à frente - mostra que a sabedoria majoritária dos seus juízes navega em rota de colisão com a compreensão do doutrinador.

Diante de provável erro na práxis judicante, Pimenta (2013, p. 99) aduz: “Cristalino está que não haverá emprego da embarcação na práti-

ca de ato ilícito, sem que haja o ilícito comprovado, por meio do devido processo legal, consoante o comando do artigo 5º, LIV, da Carta Magna, comando este que não pode e nem deve ser negligenciado pelo TM.”

Nesse sentido, a Corte Marítima tem julgado este tipo administrativo sem aguardar o posicionamento do Poder Judiciário a respeito da autoria e da materialidade do crime ou da contravenção penal. Desta forma, invade competência da Justiça Comum, desrespeitando o princípio constitucional da presunção de inocência, ponto este que será, agora, aprofundado.

#### 4. DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A fim de se compreender a gravidade da questão, é necessário, primeiro, esclarecer a importância do princípio que está sendo afastado. O princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, é o maior pilar de um Estado Democrático de Direito, pois sustenta, nos termos no artigo 5º, LVII da Constituição da República de 1988, que nenhuma pessoa pode ser considerada culpada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim, enquanto não houver uma sentença criminal condenatória irrecorrível, o acusado não pode ser considerado culpado e, portanto, não pode sofrer as consequências da condenação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU acolheu esta garantia processual em 1948, proporcionando a sua inserção em diversas legislações pelo mundo.

Do mesmo modo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1978 (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, n. 2, estabelece que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”

Contudo, o princípio só foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a Carta Magna de 1988. A edição do inciso LVII do artigo 5º foi considerada um marco, vez que elevou o direito processual ao patamar de guardião da liberdade individual.

Ocorre que, em 2016, por meio da ADC 44/DF (STF, 2016), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações penais poderiam ser executadas já a partir da decisão em se-

gunda instância. Ou seja, que não é mais necessário aguardar até o trânsito em julgado, para que se possa iniciar a aplicação da pena.

De maneira infeliz, o Supremo Tribunal Federal, por meio do que chama de mutação constitucional, desconsiderou aquilo que está claro no texto da Lei Maior, assim como no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Com efeito, a presunção de inocência, como descrita na Constituição, não faz mais parte da realidade da prática forense.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2014, p. 192) sustenta que, muito embora deva se concordar que o prolongamento excessivo das lides é altamente prejudicial e que esta morosidade não raro resulta em impunidade, a solução não deve ser, de modo algum, o automatismo da prisão, logo que confirmada, em segunda instância, a decisão proferida na primeira instância, mas sim a decretação de prisão preventiva em sede de primeiro grau de jurisdição.

Para Carvalho, os muitos argumentos em prol da execução já a partir da decisão em segunda instância não têm robustez suficiente para se sobrepor ao imperativo constitucional. Infelizmente, não é nesse rumo que o entendimento hodierno da Corte Maior brasileira tem navegado.

Em outras palavras, legitimou-se o inconstitucional. A inocência passa a deixar de ser presumida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, já se podendo encarcerar o acusado fora das únicas hipóteses de prisão cautelar previstas no CPP e na Lei 7.960/89: a prisão em flagrante (artigos 301/310, CPP), a prisão preventiva (artigos 311/316, CPP) e a prisão temporária (artigos 1º, Lei 7.960/89).

De volta ao tema selecionado para este artigo, tem-se que o TM infringe claramente a garantia constitucional da presunção de inocência, quando do julgamento do emprego da embarcação para a prática de ilícito penal. Veja-se.

O Tribunal Marítimo, antes mesmo de ter conhecimento da existência ou não de crime ou contravenção penal, matéria esta exclusiva da competência da Justiça Criminal Federal - artigo 109, IX, da Constituição - já pune administrativamente. Pune, desta maneira, um possível infrator, alguém que a Justiça Comum ainda não constatou a culpabilidade. Ou seja, os juízes marítimos têm presumido a existência de crime, presumido a culpabilidade do acusado, para que possam condená-lo administrativamente por uso da embarcação para a prática de ilícito penal.

Neste lamentável cenário, é indubitável a necessidade de se esmiuçar o princípio em tela, tendo a ajuda da pena de Luigi Ferrajoli, em sua obra intitulada “Direito e Razão”. Só assim, no aprofundar da questão, é que se perceberá a dimensão do erro jurídico que tem sido aplicado no âmbito do TM. Assevera Ferrajoli (2002, p. 441) que, a obrigatoriedade de submissão à jurisdição, quando se deseja punir alguém - “não há culpa sem juízo” (axioma A7) -, exige a presunção de inocência do imputado até a prova contrária decretada pela sentença penal definitiva condenatória.

Um processo que viole a presunção de inocência, consoante a tese de Ferrajoli, nem processo pode ser considerado. Como bem menciona Tourinho Filho (2017, p. 76), o princípio da presunção de inocência é o “coroamento do *due process of law*”. Dessa forma, se a Corte Marítima passa por cima da competência exclusiva da Justiça Criminal e não aguarda sua decisão final, com o condão único de punir a qualquer custo, não se pode dizer que houve um processo em sede administrativa, mas apenas a satisfação do anseio punitivo do Estado.

Ferrajoli (2002, p. 369-370) bem instrui que: “A justiça perfeita não é desse mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado por parte de um sistema penal não é ilusória, como um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária.”

Ou seja, a busca estéril do TM por uma justiça perfeita, que logo pune o possível infrator sem garantir o seu direito fundamental à presunção de inocência, revela descompromisso com este direito fundamental estampado na Constituição, o que é inadmissível à uma Corte que, consoante o artigo 1º da LOTM, é auxiliar do Poder Judiciário.

Assim, sem o devido respeito à presunção de inocência por parte da Corte Marítima é forçoso reconhecer que jamais haverá a realização do devido processo legal. Nesse diapasão, sem que o Tribunal do Mar, a princípio, aguarde a decisão de competência exclusiva da Justiça Comum a respeito da existência de crime ou contravenção penal, para só então, ao depois, julgar o fato da navegação, haverá não um processo, mas tão somente a satisfação do desejo de punir, muito longe das bases de um Estado Democrático de Direito.

## 4.1. Da Contribuição Doutrinária

Não há muitos doutrinadores que tenham se debruçado sobre o tema desta pesquisa. Em verdade, apenas Pimenta (2013, p. 94-99) tratou do assunto com profundidade, tendo Sérgio Ferrari (2017, p. 121) tecido poucos comentários acerca do posicionamento do primeiro.

Como já mencionado outras vezes no caminhar desta investigação, a problemática proposta trata-se de polêmica trazida por Pimenta, que criticou a forma como a Corte Marítima se posiciona no julgamento do fato da navegação, explanado no item f) do artigo 15 da Lei 2.180/54.

O advogado maritimista, Luiz Roberto Leven Siano, ao prefaciou outra obra de Pimenta (2015, p. 7), em que o tópico também é discutido, menciona:

Realmente providencial que incompetente seria o Tribunal Marítimo para deliberar sobre fato da navegação, cujo elemento do tipo administrativo dependa de reconhecimento de conduta ilícita criminal. A proposta de prejudicial de mérito é sagaz, devendo ser considerada, ao menos, em termos de sobrestamento do feito.

Na mesma esteira, posicionou-se, sucintamente, Ferrari (2017, p. 121) acerca da crítica de Pimenta, apesar da ressalva feita de, no seu entender, ser apenas questão de direito material e propor nova solução:

Assim, embora concordando com a crítica formulada pelo ilustre Maritimista, entendo que se trata de questão material (definição do tipo administrativo) e que a questão processual (suspensão do processo) é mera decorrência. Para tanto, basta perceber que a solução (apenas em tese, sublinhe-se) poderia ser outra: em vez de suspender o processo, simplesmente decidir o TM pela absolvição, sempre que não houvesse condenação criminal prévia e, portanto, não estivesse caracterizado o tipo administrativo.

Ora, mediante a nova solução proposta, parece que Ferrari não compreendeu a real importância do Tribunal Marítimo para a segurança da navegação, qual seja a de punir os responsáveis por fatos e acidentes da na-

vegação, a fim de que estes não voltem a ocorrer, proporcionando maior segurança para a navegação.

Como pode, mesmo em tese, se cogitar a possibilidade de absolvição automática do fato da navegação sempre que não haja condenação criminal prévia? Como o TM conseguiria cumprir a sua função sancionatória dessa forma? Deveria a Corte do Mar fechar os olhos para uma possível e, tantas vezes, provável condenação posterior na esfera penal e deixar impunes, administrativamente, diversos infratores? Claro que não! A boa e segura navegação depende da atuação eficiente deste órgão administrativo. Sendo assim, a solução trazida por Ferrari não se coaduna com a profilaxia do Tribunal Marítimo.

Em suma, pouquíssimos foram os doutrinadores que se aventuraram a discutir o tema, tendo Pimenta sido o único a expor a problemática com a atenção e a importância devidas, deixando claro o descumprimento do princípio da presunção de inocência. Destarte, é preocupante que questão que trata de clara violação à garantia fundamental do indivíduo ainda não tenha recebido o olhar crítico dos agentes do cenário marítimo.

## 4.2. Da Malfadada Jurisprudência

A escassez encontrada em sede doutrinária não se repete no âmbito jurisprudencial. Desde o século passado até os dias atuais, como será demonstrado, os advogados que labutam no TM têm descortinado a violação à presunção de inocência e a usurpação de competência cometida por esta Corte. Infelizmente, até agora, inobstante o grande esforço dos patronos, não há indícios de mudança por parte do Colegiado do Mar.

Com a finalidade de expor as recorrentes violações à presunção de inocência contidas no contexto do julgamento do fato da navegação em discussão, segue série de extratos dos processos mais relevantes acerca da problemática, extraídos dos Anuários de Jurisprudência do Tribunal Marítimo. Os trechos selecionados são um recorte das preliminares levantadas pelos advogados maritimistas a respeito da incompetência para o julgamento de ilícitos penais pelo TM e as suas respectivas respostas por parte dos juízes da Corte Marítima.

No Processo nº 12.349/87, a defesa traz preliminar de incompetência do Tribunal para julgar matéria penal, devendo o TM apreciar a questão só após sentença judicial e recebe a seguinte resposta:

[...] A preliminar deve ser indeferida pois apenas de na representação, fazer-se alusão ao Artigo 12 da Lei nº 6.368/76 e Artigo 334 do Código penal, ambos vêm reforçar e identificar o crime e/ou contravenção referidos na letra f) do Art. 15 da Lei 2180/54 [...] Portanto, o T.M. é competente para julgar o fato. [...] (TM. Processo nº 12.349/87 (TM). 05 mai. 1987. Juiz-Relator: José do Nascimento Gonçalves).

É patente a não percepção do juiz que se está diante de uma questão prejudicial de mérito. O seu voto, acompanhado por unanimidade, demonstra desconhecimento jurídico e faz com que o representado, de fato, não tenha a sua preliminar devidamente julgada. Pior ainda acontece no Processo nº 13.236/90:

[...] A Defesa de Ofício de José Ribamar das Neves e Sérgio Paulo da Silva alegou [...] Que nos autos não existe prova do envolvimento dos representados nos fatos descritos na representação, muito menos da condenação dos mesmos na Justiça Penal, condição “sine qua non” para que ficasse configurada a incidência do Art. 15 da letra f) da Lei 2.180/54, uma vez que não existe o tal ilícito na forma culposa. [...] (TM. Processo nº 13.236/90 (TM). 20 set. 1990. Juíza-Relatora: Vera Lúcia de Souza Coutinho. (grifo nosso)

Após a declaração da defesa de que uma sentença penal condenatória transitada em julgado seria condição indispensável para a existência da infração administrativa de uso da embarcação para a prática de crime ou contravenção penal, não houve resposta dos juízes a respeito desta preliminar, sendo, por completo, ignorada.

No contexto do Processo nº 10.716/83, o advogado foi ainda mais preciso e apontou que a competência constitucional para analisar crime cometido a bordo de embarcação é da Justiça Federal e que, inclusive, já estava em trâmite ação da 4ª Vara Federal do Rio de Janeiro. É como se vê:

[...] As defesas de Iran Alves Vieira (fls. 356) e de Alcy Francisco Negrão Leite (fls. 370) sustentam duas preliminares: a 1ª, da incompetência absoluta do Tribunal Marítimo para apreciar a matéria alegada na Representação: ‘prática de ato (contrabando)

previsto no Artigo 334 do Código Penal como crime...’ Deriva de princípio constitucional, já que a jurisdição e competência da Justiça Federal, por princípio de ordem pública, é excludente de qualquer outra, exceto a Militar. Já tramita, no Juízo da 4ª Vara Federal do RJ, ação penal onde são apuradas as responsabilidades pelo crime de contrabando a bordo do navio ‘LLOYD ROTTERDAM’. Assim sendo, os termos da Representação são, judicialmente, inaceitáveis, eis que a matéria (contrabando) já está sendo apreciada pelo Juízo competente. [...] (grifo nosso)

Não obstante a clareza com que foi explicado o equívoco que estava sendo cometido naquela oportunidade, eis a contrapartida do juiz-relator:

[...] Não pode, portanto, prevalecer a preliminar de incompetência do Tribunal Marítimo e, tampouco, a de inépcia da representação. O advogado, que sustenta as preliminares, habilmente, procura estabelecer confusão sobre a matéria que está em julgamento neste Tribunal. Aqui não se julga o crime ou a contravenção penal, ou melhor, o contrabando em si, que no caso, é pertinente à Justiça Federal. [...] (TM. Processo nº 10.716/83 (TM). 15 mar. 1983. Juiz-Relator: Raymundo Lannes Bernardes) (grifo nosso)

É assustador ver como o juiz-relator não consegue notar o caráter prejudicial do ato ilícito envolvido no fato da navegação. Note-se como chega a dizer que “ali” não se julga o crime ou a contravenção penal, mas apenas o incidente marítimo, sugerindo, ainda, má-fé por parte do advogado que teria a intenção de “estabelecer confusão sobre a matéria”. Ou seja, reconhece que o julgamento do ilícito penal é competência da Justiça Federal, mas não alcança que a configuração desse ilícito é imprescindível para o julgamento do fato da navegação.

O caráter prejudicial do ilícito penal presente no tipo administrativo é ventilado pela primeira vez, nesses termos, não por coincidência, no Processo nº 25.054/10, quando Pimenta já havia se posicionado acerca da questão. Observa-se o fragmento do acórdão:

[...] A DPU-RJ levantou, ainda, uma prejudicial no sentido de que o processo administrativo deveria ser susgado para aguardar deci-

são do processo criminal, uma vez que a representação é fundada no art. 15, f), da Lei nº 2.180/54, pois não pode o mesmo estado punir na esfera administrativa pela prática de um alegado crime se o mesmo representado vier a ser absolvido na esfera criminal. [...] (grifo nosso)

Muito embora a tendência comum de se cogitar, após explanação feita por Pimenta, fosse pelo maior esclarecimento dos juízes do TM sobre o comportamento das questões prejudiciais, não foi o que ocorreu. Passa-se ao voto do relator:

[...] Esse ilícito seria suficiente para configurar o art. 15, f), da lei nº 2.180/54, não havendo necessidade que os representados sejam condenados na esfera criminal para prosseguimento do feito, pois para o fim de enquadramento no art. 15, f), da lei nº 2.180/54 bastaria o flagrante dado pelo IBAMA (materialidade) e a identificação dos tripulantes (autoria) para o oferecimento de uma representação pela PEM para que o processo siga seu curso até o julgamento no Tribunal Marítimo. Uma eventual absolvição na esfera criminal poderia vir a favorecer ou não os representados, mas o ônus da prova desse fato cabe a eles e teria cunho meritório e não preliminar, motivo pelo qual a prejudicial foi rejeitada. [...] (TM. Processo nº 25.054/2010 (TM). 25 jul. 2017. Juiz-Relator: Nelson Cavalcante e Silva Filho) (grifo nosso)

As incoerências são tantas que precisam ser listadas. Primeiro, torna-se inconcebível a alegação de prescindibilidade de sentença penal condenatória para o prosseguimento do feito. Havendo questão prejudicial envolvida, certo seria a decisão do juiz relator pelo sobrestamento do feito, aguardando decisão da Justiça Federal, única competente para julgar o crime em si. Só após o trânsito em julgado da decisão criminal, o TM poderia analisar o fato da navegação sob estudo, sob pena de clara violação à presunção de inocência, estando seu acórdão, por completo, vinculado à sentença penal, seja ela condenatória ou absolutória.

Segundo, soa estranho que o juiz confunda as atribuições da Procuradoria Especial da Marinha - PEM com as do Ministério Público - MP. Conquanto haja semelhança entre os órgãos, sendo a primeira até mesmo

apelidada de “*parquet* do mar” por Pimenta (2013, p. 19), seus âmbitos de atuação são inconfundíveis.

Ora, o artigo 5º, II, da Lei 7.642/87 dispõe que é atribuição da PEM “atuar nos processos da competência do Tribunal Marítimo, em todas as suas fases”. Nessa mesma linha, está a inteligência do artigo 41, I, da LOTM, que atribui à PEM a possibilidade de iniciar processo perante o TM, por meio de representação.

Bem esclarecedor são os artigos mencionados, que não deixam dúvidas de que cabe à PEM oferecer representação somente daquilo que é da competência do TM. Afinal, sua atuação é junto a esse Tribunal, nos termos do artigo 1º da Lei 7.642/87.

Foi exatamente isso que fez o representante da PEM, quando imputou a autoria do fato navegação aos representados. Veja-se, autoria do fato da navegação, e não do crime em si. Cabe ao TM julgar o incidente marítimo, e não o ilícito penal, assim como cabe à PEM a representação do incidente marítimo, enquanto ao MP, à acusação pelo crime.

É incorreta, portanto, a afirmação de que bastaria a representação da PEM, para que o processo seguisse a julgamento no TM. O correto seria, como já demonstrado, a suspensão do feito administrativo, em respeito à competência criminal.

Ademais, a menção de ônus da prova do representado não está de acordo com a Constituição. Ora, ninguém é obrigado a provar a sua inocência, sendo esta presumida até que se prove o contrário, em coerência ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nesta lógica, cabe à PEM o ônus da prova, não tendo o acusado necessidade nenhuma de juntar a absolvição criminal aos autos do processo marítimo.

Por último, ao contrário do exposto pelo relator, caso o acusado viesse a apontar a absolvição criminal em sede administrativa, esta teria local adequado como preliminar, e não como questão meritória, vez que a absolvição vincula a decisão do TM, não havendo espaço para julgamento outro, senão o que declare exculpado o representado.

Precisa foi a defesa de Benedito da Silva, no Processo nº 13.056/91, que se coaduna com o que é ensinado por Pimenta:

[...] A defesa de Benedito Teixeira da Silva arguiu preliminar de incompetência do Tribunal Marítimo “*ratione materiae*” para

apreciar e julgar a prática do crime de descaminho imputado ao marítimo [...] competindo à Justiça Federal de Primeira Instância o julgamento da matéria.

Falece ao Tribunal Marítimo essa competência em razão da matéria, cabendo-lhe tão somente, e após sentença condenatória ter decidido sobre a ocorrência de crime e sua autoria, examinar a repercussão desse fato no âmbito administrativo e diante das regras do Regulamento do Tráfego Marítimo. [...] (grifo nosso)

Entretanto, mais uma vez, a jurisprudência da Corte do Mar foi no sentido de rejeitar qualquer tipo de alegação que afaste o seu julgamento, ainda que momentâneo. É como soa a jurisprudência:

[...] I- DAS PRELIMINARES

Primeira: Rejeitada, tendo em vista que o Tribunal Marítimo não extrapolou sua jurisdição administrativa, visto que se limitou a julgar o emprego da embarcação mercante para a prática de ato ilícito e não crime de descaminho conforme fez crer a defesa. [...] (TM. Processo nº 13.056/91 (TM). 05/07/91. Juíza-Relatora: Vera Lúcia de Souza Coutinho). (grifo nosso)

Diante do exposto, faz-se urgente dizer que não há mais lugar para a violação de garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito. É inadmissível que os julgados do TM permaneçam neste rumo, sem direção fundamentada na Constituição e reféns das idiosincrasias de seus juízes. Espera-se, nesse sentido, que, o quanto antes, o Colegiado que compõe a tão essencial Corte Marítima reveja o seu posicionamento, ajustando suas velas aos novos ventos da democracia.

### 4.3. Da Proposta Profilática

Por amor ao Estado Democrático de Direito, aventura-se este articulista em trazer contribuição legiferante para o tema, de modo que não mais se viole o direito fundamental da presunção de inocência. Nesse rumo, propõe nova redação ao artigo 15 da LOTM, não estando, de modo algum, imune a críticas.

O artigo 15 da LOTM passaria a vigorar da seguinte maneira: “Art. 15. Consideram-se fatos da navegação: [...] Parágrafo Único. Para fins do disposto na alínea f) deste artigo, ficam sobrestados os processos até que ocorra o trânsito em julgado do feito perante a Justiça Comum.”

Registre-se, todavia, que não se pretende com a proposta dar razão para que os juízes do TM permaneçam agindo da mesma forma até que, finalmente, o legislador faça a alteração. Não. Antes, tem o cunho de instigar a comunidade jurídico-marítima ao aprofundamento no tema e a se cogitar a plausibilidade e eficácia desta mudança na Lei 2.180/54.

Neste contexto, a sugestão vem com o objetivo profilático de por fim ao equívoco jurídico imposto no julgamento deste incidente marítimo e, também, de resguardar o tão precioso princípio da presunção de inocência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio das considerações feitas ao longo deste artigo, percebe-se a urgência de se defender o princípio da presunção de inocência. Não parece haver, de fato, forma do TM deixar de infringir estes mandamentos constitucionais, senão passando a suspender o feito em via administrativa, a fim de aguardar resposta do juízo criminal competente.

Foi reforçado, ao longo do trabalho, o caráter do TM de auxiliar do Poder Judiciário. Natureza esta, como demonstrado, desrespeitada pelos julgadores que compõem o Colegiado do Mar, quando do julgamento do fato da navegação.

Ora, não há auxílio algum em se usurpar a competência. O mesmo respeito que é dado pelos juízes da Justiça Comum aos acórdãos do TM, deveria ser oferecido, na mesma medida, pela Corte do Mar aos juízos cível e penal. Apenas desta maneira, o prestígio que ostenta os acórdãos do TM poderá permanecer duradouro perante a comunidade jurídica.

Seria de bom tom que os juízes do Colegiado do Mar, desobstruídos de qualquer sorte de preconceito e por meio da revisão da jurisprudência da Corte, guinassem a rumos, onde encontrem águas mais tranquilas e, principalmente, abarcadas pela Magna Carta. Só assim, a Corte Marítima brasileira poderá sair do mar de suas ilegalidades, que começará a ser dragado pela limpidez dos direitos fundamentais constitucionais.

Por fim, é o desejo deste articulista ter contribuído de alguma forma para que as comunidades jurídica e marítima possam debater sobre o

tema, e, sobretudo, para que o princípio da presunção de inocência seja respeitado em todo o país, garantindo-se a preservação do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Paris, 10 dez. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2019
- BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 2.180 de 5 de fevereiro de 1954. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L2180.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2180.htm). Acesso em: 21 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 20 out. 2018.
- BRASIL. Tribunal Marítimo. **Anuário de Jurisprudência**. v. XLIX. Rio de Janeiro: Imprensa Naval, 1991.
- BRASIL. Tribunal Marítimo. **80 Anos do Tribunal Marítimo**. Rio de Janeiro: O Tribunal, 2014.
- CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais: Rio de Janeiro, 2002.

FERRARI, Sérgio. **Tribunal Marítimo**: natureza e funções. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GONÇALVES, Marcelo David. **Prefácio**. In: Processo Marítimo: formalidades e tramitação. 2. ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2013.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos**

**Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo**: formalidades e tramitação. 2. ed. rev. e ampl. Barueri: Manole, 2013.

STF. Ação Declaratória de Constitucionalidade. 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio: DJ 05/10/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 21 jul. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

# A DISCIPLINA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO HÁBIL PARA EFETIVAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM DOS PRINCIPAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTUDANTE DE GRADUAÇÃO

*Vanessa Gurgel Gonzalez Corrêa*

## Introdução

O propósito desse artigo é apresentar uma reflexão sobre as possibilidades da Ciência Jurídica, em uma visão multidisciplinar do Direito, proporcionar, no ensino superior, uma formação humanística do aluno. Trata-se de vislumbrar argumentos que justificam o motivo para a inclusão, na matriz curricular de cursos superiores de graduação, não pertencentes à Ciência Jurídica, do Direito como disciplina obrigatória.

Num primeiro momento, pode-se ponderar a respeito da principal função das instituições educacionais: Educação de/com qualidade que proporcione o conhecimento significativo, apto a patrocinar a formação humanística do estudante, além de assegurar-lhe o acesso aos conteúdos estritamente técnicos. Isso pressupõe uma aprendizagem oferecida, de acordo com a *práxis* educacional, capaz de emergir a organização cultural subjacente, almejando a concepção ao pensar livre e crítico do estudante.

Promover o crescimento pessoal e profissional do aluno poderá acontecer se houver a presença, no plano curricular, de saberes que abordem o

contexto sociocultural. Nesses termos, analisar-se-á a necessidade em se incluir, na matriz curricular, disciplinas com saberes de teor humanista, competente para provocar o desenvolvimento do aluno aos diversos contextos pessoais e profissionais que se apresentem em seu universo social. Será examinado, então, se o Direito cumpre esse papel de contribuir para a formação humanística do estudante de graduação.

A conquista aos saberes significativos, em especial os adquiridos na educação superior, pode ser relacionada à ideia de Dignidade da pessoa humana. A partir do momento em que o aluno se encontra em um processo formativo que lhe proporciona o acesso aos mais diversos conhecimentos, incluindo os jurídicos, podem-se efetivar possibilidades ao seu crescimento como sujeito autônomo e socialmente responsável.

Para essa reflexão, no presente texto será argumentada a concepção de que, no ensino superior, devem interagir as Ciências, incluindo a do Direito, mas dentro de uma visão multidisciplinar. Essa noção evidencia-se, porque resulta ao estudante uma visão intercontextualizada do conhecimento, favorecendo uma coerência entre o processo de profissionalização e o crescimento pessoal.

Nesse aspecto, o Direito, como disciplina presente nos cursos de graduação, será dimensionado como um benefício à formação humanista, com o propósito de preparar o aluno para as futuras situações pessoais e profissionais existentes no meio social. Isso, porque o acesso ao conhecimento do Direito, em nível superior, poderá ser capaz de subsidiar o desenvolvimento de um pensar livre e crítico, podendo concretizar, assim, a Dignidade da Pessoa Humana: um dos principais Direitos Fundamentais que deve ser preservado a todo ser humano e, enfatizando, a todo estudante de graduação.

## 1. Direito: disciplina multidisciplinar capaz de desenvolver uma formação humanística

Pelo conhecimento, o ser humano busca aprender e elucidar o universo ao seu redor, com o objetivo, tanto de reconhecer a si mesmo, quanto de encontrar um lugar na sociedade em que vive. Essa trajetória, inicialmente instintiva e inconscientemente, é traçada pelos pais e influenciada pelos ambientes. Com o passar dos anos, a pessoa se desenvolve e seu nível

de consciência cresce, ampliando sua participação na sua própria formação até que venha, exclusivamente, a conduzir seu caminho ao conhecimento.

Em relação ao processo social, para a formação do sujeito são oferecidos diversos meios capazes de propagar conhecimentos, habilidades, posturas éticas etc. Mas, na educação superior, momento em que se acredita já estarem desenvolvidas essas aptidões advindas do meio social, espera-se que outras habilidades possam ser ampliadas. Essas habilidades, quando enraizadas no aluno, poderão ser responsáveis por uma formação humana mais completa, apta a efetivar o sentimento de Dignidade da Pessoa Humana.

Esse é um dos sentidos do saber adquirido no ensino superior, um dos propulsores da manutenção/transformação da sociedade e da formação para o trabalho. Os conhecimentos incluídos nos cursos superiores de graduação podem ser considerados essenciais para a vida pessoal, acadêmica e profissional do estudante.

É na Graduação, o local capaz de elevar o conhecimento ao nível do pensar livre e crítico, que se objetiva alcançar, com o acesso a uma aprendizagem significativa, o sentimento de pertença a liberdade e a cidadania. Busca-se efetivar os direitos fundamentais de todo ser humano, em especial, os de todo estudante de Graduação.

Existem justificativas a respeito da necessidade de se incluírem conhecimentos considerados básicos e fundamentais do Direito em cursos superiores de graduação não pertencentes a esse campo epistêmico. Essa percepção decorre da ideia de que o acesso ao saber jurídico pode ser capaz de habilitar o estudante, não apenas como profissional competente, mas, também, como pessoa apta ao exercício da Cidadania enquanto sujeito autônomo, crítico e socialmente responsável.

O conhecimento jurídico, incluído no ensino superior, pode ser concebido como possível fonte geradora do Sujeito de Direito, visto que às instituições de educação superior cabe o papel de garantir o acesso a saberes necessários à manutenção dos valores do cidadão em comunidade. Isso, porque o direito de acesso a uma educação cidadã envolve a proposta de uma educação não apenas técnica, mas humana. Envolve a perspectiva de materializar direitos fundamentais do aluno de graduação.

Para que a Educação seja considerada de/com qualidade deve promover o conhecimento significativo a respeito da cultura de determinado ambiente social, capaz de construir e desenvolver uma educação integral do sujeito

autônomo, crítico e responsável. A Educação de/com qualidade deve decorrer da construção cultural e social em Cursos cuja matriz curricular, na concepção multidisciplinar, contempla, portanto, a inclusão do Direito.

Destaca-se a percepção, estudada paralelamente ao panorama apresentado, de que as instituições de ensino superior, por terem como uma de suas finalidades preparar o estudante para uma formação social ampla, arrogam-se na fundamental condição de agente de socialização. Isso significa dizer que as instituições de ensino superior conseguem transmitir a cultura, presente em uma sociedade, a partir do momento em que promovem o acesso à aprendizagem significativa. Nessa perspectiva, Marques (2014, p. 756) sustenta que:

*A educação é parte da sociedade; qualquer que seja ela, tenha sido ou venha a ser. (...). Mas para entender o seu sentido mais profundo, é preciso buscar este todo maior de que faz parte, a sociedade que a perpassa. (...), a educação é o fator de equilíbrio e manutenção da sociedade, na medida em que transmite os valores, costumes, hábitos e saberes de uma sociedade, seja através dos processos informais de socialização, seja mediante a educação formal, escolar. (grifos nossos).*

O contexto sociocultural exercerá influência concreta na atuação social do estudante toda a vez que houver a dialeticidade no contexto educacional entre a descoberta do aprender a pensar com as teorias articuladas no campo educacional às práticas vivenciadas por seus protagonistas (docentes e discentes), pois:

*(...) o campo educacional está cindido em teorias e práticas. Teorias que orientam práticas ou o seu contrário, práticas que orientam teoria e todas as variações dialéticas possíveis. Teorias e práticas educacionais como campo povoado por distintos elementos reunidos em sistema. (CORRÊA E PREVE, 2011, p. 183).*

Essa dialeticidade é importante para que se possa promover o ato educativo no ensino superior, capaz de proporcionar a formação humanística do aluno, pois, de acordo com a *práxis* educacional, Dalbosco (2015, p. 126-127) explica:

O que está em jogo aqui, novamente, como já o estava em Platão, *é formação equilibrada do ser humano*, contemplando todas as suas dimensões e não só um tipo específico de racionalidade. Neste sentido, *a ampla formação cultural refere-se à educação de todas as dimensões e potencialidades humanas*, exigindo o cultivo de seus diferentes tipos de racionalidade. (...). *Isto exige, de outra parte, que a educação superior reponha novamente em sua agenda a questão da ampla formação cultural*, pois é por meio dela que as novas gerações poderão ter acesso a formas de pensamento e de ação baseadas na cooperação internacional e na solidariedade humana. (grifos nossos).

Por essa perspectiva, nota-se que a aquisição de conhecimentos necessários à existência do ser social e ao desenvolvimento da sociedade pode ser considerada como fator determinante na formação do aluno de graduação. Nesse enfoque deve-se fazer o seguinte questionamento:

(...) “*o que ensinar?*”. (...) A análise das identidades culturais dos estudantes e dos processos de formação das mesmas não é alheia a essa questão central, na medida em que as decisões sobre *o que ensinar e como ensinar* têm implicações relativas à compatibilidade entre currículo e essas mesmas identidades. (SOUSA, 2013, p. 74). (grifos nossos).

Atenta-se, ademais, que a organização do conhecimento deve ser realizada com o intuito de desvelar o universo da realidade social, seus objetivos e suas funções, com enfoque na construção para a formação cidadã. É nesse sentido que se compreende a necessidade de um plano curricular estar em consonância com as práticas pedagógicas multicontextualizadas contemplando conteúdos e orientações que consolidam o processo de acesso aos saberes significativos.

A matriz curricular dos cursos de graduação, dessa forma, comportará saberes aptos para a participação do aluno em uma sociedade democrática. Efetiva-se a Cidadania por meio do olhar do sujeito/aluno para si mesmo, tornando-o visível na sociedade. Ao trazer o sujeito para si, momento em que este passa a pensar como pessoa e como ser social, consegue-se, então, materializar o fim almejado pela Educação: o desenvolvimento subjetivo e profissional do indivíduo e, por consequência, o desenvolvimento social,

cultural e político da sociedade. (GOERGEN, 2014). Conforme Dalbosco (2015, p. 137 e 129):

Ao formar as novas gerações com o espírito de um cidadão do mundo, a educação superior está contribuindo, desse modo, à própria formação da cidadania democrática [uma vez que] (...) *a ideia de uma boa formação profissional exige a educação para a cidadania democrática.* (grifos nossos).

Percebe-se que o plano curricular, ao trazer em seu bojo conteúdos culturais desenvolvidos de maneira multicontextualizada, incorpora saberes significativos hábeis a constituir e a modificar o livre e crítico pensar do aluno a respeito de sua realidade social e cultural e, principalmente, a respeito de si mesmo. Essas situações possibilitam constituir a Dignidade da pessoa humana.

Percebe-se, então, que as práticas educativas, consubstanciadas na construção/reconstrução das relações sociais, culturais e históricas, conseguem superar a fragmentação exacerbada do conhecimento. Dessa forma, os cursos de graduação conseguem conquistar a sua finalidade de criar meios à conquista e ao estímulo do pensamento livre e crítico do estudante, porque (...), *as IES<sup>48</sup> devem contemplar no perfil de seus formandos as competências intelectuais que reflitam a heterogeneidade das demandas sociais em relação a profissionais de alto nível, (...).* (Edital 4/97 do Ministério da Educação – MEC e da Secretaria de Educação Superior – Sesu).

Nesse sentido, o ensino superior, ao proporcionar o conhecimento significativo em consonância com as práticas pedagógicas multicontextualizadas, oferta ao educando meios para arquitetar sua subjetividade e autonomia, que são condições necessárias para uma formação cidadã.

Essas perspectivas se cumprem quando a matriz curricular consegue indicar o qual conhecimento é considerado imprescindível para que o futuro profissional/cidadão possa viver em sociedade, já que se entende que o ser humano é, por definição, um ser social (GOERGEN, 2014).

Nesse aspecto, propõe-se a elaboração de um plano curricular que proporcione saberes delineadores do conhecimento considerado significativo na *práxis* pedagógica (PAIS, 2015). Pleiteia-se uma matriz curricular

---

48 A referida sigla “IES” significa Instituições de Ensino Superior.

que ‘desenhe’ os conhecimentos essenciais à constituição de Sujeito de Direito.

O Estado, ao assegurar e promover o acesso à Educação, a fim de garantir a formação do Sujeito de Direito, materializa o direito constitucional previsto no Ordenamento Jurídico Brasileiro:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 2016, p. 102).

Assim, todos que queiram ter acesso a saberes profissionalizantes têm direito à educação superior pela simples condição de serem pessoas humanas. Têm direito de acesso ao ensino superior pensado para além da estrita formação profissional; pensado no sentido da formação humana, cidadã e digna.

## 2. Ato educativo efetivado pela disciplina do Direito nos cursos de graduação

O acesso à Educação superior e à efetiva aquisição do conhecimento não serão capazes, por si só, de serem suficientes para o pensar no horizonte da formação humanística do estudante. Para essa formação pressupõe-se a concretização dos direitos fundamentais do aluno que se reflete na propagação de uma aprendizagem significativa capaz de denotar mais consciência, liberdade e autonomia ao estudante. Pereira e Pedro (2009, p. 106) assinalam que:

*(...), a luta pela cidadania não passa, apenas, pela conquista da igualdade de direitos para todos os seres humanos, mas também pela conquista de uma vida digna, na sua ampla acepção, para todos os cidadãos do planeta. Esta tarefa pressupõe a educação de todos com o objectivo de promover uma cidadania pautada na democracia, na justiça, na igualdade e na participação activa de todos os membros da sociedade. (grifos nossos).*

Por esse motivo se exprime que no cerne da educação superior deve ocorrer o denominado ato educativo, que se refere à *função fundamental do*

*ensino superior de servir e promover a cultura comum nacional (...), [sem se esquecer] de sua função de formadora da cultura nacional e da cultura científica chamada pura ou “desinteressada”.* (TEIXEIRA, 1989, p. 156 e 166). A dimensão política da Educação, ao construir o saber significativo por meio do processo pedagógico, consegue efetivar os direitos fundamentais do estudante, pois constrói uma trajetória no sentido de promover o livre e crítico pensar do aluno:

(...) uma educação que não descuidasse da vocação ontológica do homem, a de ser sujeito e, por outro lado, de não descuidar das condições peculiares de nossa sociedade em transição, intensamente mutável e contraditória. (...) *Educação*, afinal, *que promovesse a “ingenuidade”, característica da imersão, em criticidade, com a qual o homem opta e decide* (FREIRE, 1997, p. 66). (grifos nossos).

O acesso ao conhecimento significativo e a conscientização crítica, via formação de sujeitos conscientes e autônomos, são arquitetados em um plano curricular que contempla saberes interconectados com a realidade sociocultural. Para se efetivar os direitos fundamentais do aluno de graduação, é necessária a inclusão de saberes multicontextualizados, porque *todo processo de construção e difusão do conhecimento deve ser entendido como parte da práxis humana.* (GOERGEN, 2001, p. 70).

Portanto, a matriz curricular, ao incluir o saber necessário e essencial ao aluno de graduação, resultará no ato educativo, que poderá vir a ser evidenciado no contexto do conhecimento jurídico inserido como disciplina nos cursos outros que não os pertencentes ao Direito.

Nessa perspectiva, ressalta-se a Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012<sup>49</sup>, do Conselho Nacional de Educação, que *estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos* a serem seguidas pelo sistema de ensino e suas instituições, porque se concebem os Direitos Humanos como *um dos eixos fundamentais do direito à educação*:

Art. 5º. A Educação em Direitos Humanos tem como *objetivo central a formação para a vida e para a convivência*, no exercício cotidiano

---

49 Resolução Conselho Nacional de Educação/Conselho Pleno 1/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de maio de 2012 – Seção 1 – p. 48.

dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário. (grifos nossos).

Percebe-se que a inclusão da disciplina do Direito em outros cursos de graduação poderá contribuir para a formação cidadã do aluno, porque propicia o sentimento de conquista e de estímulo ao pensamento livre e crítico, mas também lógico e articulado de ideias capazes de fazer o estudante compreender o meio social em que se encontra.

Assim, em um plano curricular, que almeje a formação cidadã, deverão estar os saberes essenciais para o aluno que vive/convive em sociedade. Entre esses saberes identifica-se a presença do conhecimento jurídico desenhado multidisciplinarmente nos demais campos epistêmicos.

O conhecimento, pois, deve ocorrer de forma progressiva para a construção da aprendizagem concreta de interação social e multicontextualizada da realidade social, política, administrativa e histórica, pois, conforme afirma Goergen (2001, p. 71):

Na verdade, a divisão do saber em disciplinas e especialidades tem um sentido prático e, como tal, não pode ser evitada, sobretudo nas condições atuais de enorme acúmulo de conhecimento e informações (...). No entanto, não podemos esquecer também que *a segmentação do saber é formal e não corresponde à realidade concreta, orgânica, integrada e indivisa.* (grifos nossos).

A articulação dos campos de saber é, então, fundamental para o desenvolvimento do conhecimento significativo, porque o estudante poderá alcançar, dentro da *práxis* educacional, uma visão que não se esgota em sua experiência intelectual pessoal, mas se perfaz dentro de um universo que leva à consolidação da sua Dignidade humana, um dos principais direitos fundamentais concebidos a todo ser humano.

Nessa perspectiva, ressalta-se que essa articulação dos campos de saber é resultado da multidisciplinaridade, própria dos saberes provenientes de uma realidade multicontextualizada. De acordo com Alver e Reinert (2007, p. 691), entende-se que multidisciplinaridade:

*(...) é a justaposição de disciplinas diversas, às vezes sem relação aparente entre elas, ou seja, é o estudo de um objeto sob diversos ângulos, mas sem pressupor um acordo ou um rompimento de fronteiras entre as disciplinas.*

Na *práxis* educacional, a multidisciplinaridade pode ocorrer no momento em que é feita a transferência de métodos de uma disciplina para outra. É o que ocorre com o Direito nos demais cursos de graduação.

Esse processo educativo pode ser entendido como instrumento capaz de efetivar os direitos fundamentais do aluno de graduação, porque consegue resultar na finalidade primordial do processo de ensino-aprendizagem: a democratização dos saberes, que prepara cidadãos profissionalmente competentes e socialmente responsáveis. Dalbosco (2015, p. 129-130) embasa essa indicação enfatizando que:

*(...) a ideia de que uma boa formação profissional exige a educação para a cidadania democrática [e que] o exercício democrático da cidadania exige a capacidade de pensar por si mesmo e desenvolvê-lo é tarefa primordial da educação.*

Percebe-se que, para se garantir a conquista da Dignidade da pessoa humana, o processo de ensino-aprendizagem deve patrocinar a cultura concretizada na consolidação dos diferentes, *mas integrados*, saberes desenvolvidos aos estudantes. Deve, portanto, assegurar a multidisciplinariedade, capaz de integrar as Ciências, com o objetivo de utilizar os conhecimentos de diversos campos epistêmicos no enfoque necessário da prática educativa.

Nessa direção, o Conselho Nacional de Educação - CNE, em seu Parecer nº 776, de 03 de dezembro de 1997, ao descrever que as diretrizes curriculares são orientações a serem seguidas pelas instituições de ensino superior, para a elaboração de seus planos curriculares, recomenda que:

*Visando assegurar a flexibilidade e a qualidade da formação oferecida aos estudantes, as diretrizes curriculares devem observar os seguintes princípios: (...); 4) Incentivar uma sólida formação geral, necessária para que o futuro graduado possa vir a superar os desafios de renovadas condições de exercício profissional e de produção do*

conhecimento, *permitindo variados tipos de formação e habilitações diferenciadas em um mesmo programa*; 5) Estimular práticas de estudo independente, *visando uma progressiva autonomia profissional e intelectual do aluno*; (...). (grifos nossos).

Desse modo, percebe-se que a presença de determinados saberes inter-relacionados, de natureza antes humanística que técnica, na matriz curricular se justifica tanto pela necessária formação integral do estudante, quanto pela realidade sociocultural, pois contribuirá para a formação cidadã do estudante. É o que se vislumbra com a presença do Direito nos demais cursos de graduação.

### 3. Disciplina da Ciência Jurídica capaz de edificar a noção de Sujeito de Direito

A pessoa humana, desde o seu nascimento, é Sujeito de Direito que possui, no cenário de um sistema Democrático de direito, garantias para a convivência social representadas nas regras de conduta social. Dentre essas regras encontram as do universo jurídico.

Em uma sociedade democrática, para “mapear” as condições necessárias à transformação do indivíduo em um Sujeito de Direito, devem, conforme se demonstrou, existir condições de se materializar saberes considerados significativos a serem propagados por um dos principais agentes de socialização, a Educação. Entretanto, Ferreira (1993, p. 11-12) faz o seguinte alerta:

*O que é, hoje, educar para a cidadania? (...). As pessoas precisam do conhecimento sistemático para chegar a ser “cidadãos”, mas a posse desse conhecimento não garante a “conversão” para a cidadania. (...) A cidadania vai além da aquisição do conhecimento de conteúdos sistematizados.* (grifos nossos).

Efetiva-se o papel primordial do processo de ensino-aprendizagem, possibilitando, então, o pensar livre e crítico suscetível de se fazer apoderar do sentimento de Cidadania, pois *o exercício democrático da cidadania exige a capacidade de pensar por si mesmo e desenvolvê-lo é tarefa primordial da educação.* (DALBOSCO, 2015, p. 129-130).

Nessa linha de raciocínio, a mencionada Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, do Conselho Nacional de Educação, ao prescrever a respeito da finalidade de se inserirem os Direitos Humanos no ensino superior, consegue dimensionar a relevância em protegê-los a partir, inclusive, do acesso ao considerado conhecimento significativo:

Art. 3º A Educação em Direitos Humanos, *com a finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social*, fundamenta-se nos seguintes princípios:

I - *dignidade humana*;

II - *igualdade de direitos*;

III - *reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades*;

(...);

V - *democracia na educação*; (...). (BRASIL, 2016) (grifos nossos).

Percebe-se, portanto, que a conquista do direito ao acesso à Educação liga-se à ideia de Sujeito de Direito e, conseqüentemente, à de efetivação da Dignidade da pessoa humana. Isso, porque, ao se motivar a formação pessoal, profissional e cidadã do aluno, o torna capaz de participar de todos os movimentos sociopolíticos presentes em seu meio social, bem como o auxilia a reconhecer como um fim em si mesmo:

A título de conclusão, pode-se dizer que, para Kant, o homem, como vimos, é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, de conseqüente, ser usado como instrumento para algo, e, justamente, por isto **tem dignidade, é pessoa**. (...). Assim, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. (SANTOS, 1999, p. 27 e 91-92).

Perfilhar que o ser humano é um Sujeito de Direitos significa preservar o sentimento de Dignidade da Pessoa Humana. Por sua vez, ressalta-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro, na Constituição Federal de 1988, prevê o respeito à Dignidade da pessoa humana não apenas como uma imposição, mas como um *fundamento* a todo o sistema jurídico:

Art. 1º 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:

(...); III- *a dignidade da pessoa humana*; (...). (BRASIL, 2016) (grifos nossos).

Assim, a Dignidade é compreendida como um princípio fundamental e como uma regra de interpretação que deve ser utilizada para orientar a aplicação das demais normas jurídicas. A Dignidade, capaz de consolidar a pessoa/aluno em Sujeito de Direito, é um valor absoluto e irrenunciável presente nas relações humanas, pois:

*Instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado Democrático de Direito importa, ainda, em consequência, não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, em que uma existência digna se imponha como fim da ordem econômica, não se tolerando, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade.* (SANTOS, 1999, p. 79) (grifos nossos).

Ao apoderar-se de sua Dignidade, a pessoa humana será, então, caracterizada e considerada como Sujeito de Direito, situação que ocorre a partir do momento em que *toma consciência de seu valor*. Nesse enfoque, destaca-se o que Santos (1999, p. 23) elucida:

*Só através da práxis, a razão se libertará da autoalienação na teoria, porquanto, no domínio da prática, a razão está a serviço de si mesma. O que significa não procurar as normas do agir humano na experiência, pois isso significa submeter o homem a outro homem. E o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial, é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo.* (grifos nossos).

A conscientização ocorre, portanto, pela/na Educação e é um dos requisitos primordiais de concretização da Dignidade humana.

Em relação ao reconhecimento da Dignidade da pessoa humana, destaca-se, ainda, o que preceitua a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas - ONU de 1948:

**Artigo I** - *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.*

(...)

**Artigo VI** - *Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. (grifos nossos).*

O processo pedagógico, em especial em nível superior, servirá como recurso para assegurar e reconhecer os direitos fundamentais a todo ser humano, pois *a educação é um elemento essencial para o desenvolvimento de cada cidadão* (MORGADO, 2016, p. 57).

Observa-se que, de acordo com a análise apresentada, é preciso fomentar uma educação que vise à criticidade e à consciência da necessidade do reconhecimento do direito à Dignidade para que se possa efetivar o sentido de Sujeito de Direito, uma vez que o *conhecimento é matéria de formação humana. Portanto, há de ter forte significado civilizador.* (DIAS SOBRI-NHO, 2014, p. 660) (grifos nossos).

Esse ‘significado civilizador’ do qual fala o autor reflete na responsabilidade assumida pelas instituições de ensino superior, que se traduz na formação de profissionais competentes e de cidadãos comprometidos com a construção de uma sociedade melhor, mais digna e justa. Por isso, conhecer e compreender os direitos e deveres de cada ser humano é essencial, para que se possa vislumbrar a possibilidade de se tornar um cidadão livre e digno; para que se possa concretizar a concepção de Sujeito de Direito.

Portanto, pelo presente estudo, pode-se dimensionar a necessidade da inclusão do conhecimento jurídico, multicontextualizado, nos cursos de graduação não pertencentes à Ciência Jurídica, por se tratar de um fundamento para as respostas às questões da formação humana cidadã.

## Conclusão

Compreende-se, dessa forma, que a educação superior deve fortalecer o pleno desenvolvimento da pessoa, mediante uma aprendizagem significativa capaz de efetivar o sentimento de Dignidade da pessoa humana. Para que esse sentimento ocorra, devem estar presentes, na matriz curricular dos cursos de graduação, saberes sociais que contemplem o conhecimento significativo.

Dentre esses saberes, considera-se que a educação cidadã se efetivará se houver a presença do conhecimento jurídico desenvolvido de forma inter-relacionado aos demais saberes, considerados específicos para um determinado curso de graduação. Isso, porque o conhecimento proveniente da Ciência Jurídica favorecem, como se analisou, o desenvolvimento do pensamento reflexivo e autônomo, com base na análise significativa do universo em que vive o aluno, o que terá reflexo sobre sua liberdade e Cidadania.

A orientação descrita no Parecer do Conselho Nacional de Educação nº. 776 de 03 de dezembro de 1997 prescreve que:

Os cursos de graduação precisam ser conduzidos, através das Diretrizes Curriculares, (...) *a orientar-se para oferecer uma sólida formação básica, preparando o futuro graduado para enfrentar os desafios das rápidas transformações da sociedade, do mercado de trabalho e das condições de exercício profissional.* (grifos nossos).

Deduz-se, então, que a inclusão do Direito, como uma disciplina em cursos de graduação, é um passo importante para a construção de um projeto pedagógico competente para formar profissionais capacitados e pessoas aptas para o viver em sociedade.

Nessa compreensão, destaca-se, mais uma vez, a Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, do Conselho Nacional de Educação, que *estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos*, pois em seu artigo 5º prescreve que:

*A Educação em Direitos Humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário.* (grifos nossos).

Assim, o plano curricular deve materializar a interconexão dos saberes utilizando-se de disciplinas referentes ao Direito, pois reúnem representações de uma realidade sociocultural capaz de contribuir para a democratização dos saberes, imprescindível para se efetivar a concepção de Sujeito de Direito.

Por fim, as Instituições de Ensino Superior contribuirão para a formação técnica e humanística do estudante se o saber jurídico estiver presente no conteúdo curricular dos cursos de graduação, pois, de acordo com o artigo 9º da Resolução nº 1, de 30 de maio de 2012, do Conselho Nacional de Educação<sup>50</sup>, que *estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos: a Educação em Direitos Humanos deverá estar presente na formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais das diferentes áreas do conhecimento.*

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernanda de Matos Sanchez; REINERT, José Nilson. Percepção dos coordenadores dos cursos de graduação da UFSC sobre a multidisciplinaridade dos cursos que coordenam. In: **Revista de Avaliação da Educação Superior**. Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, v. 12, n. 4, dez. 2007, p. 685-702.
- BRASIL, VADE MECUM RT. 12ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- CORRÊA, Guilherme Carlos; PREVE, Ana Maria Hoepers. A Educação e a Maquinaria Escolar: produção de subjetividades, biopolítica e fugas. In: **Revista de Estudos Universitários**. vol. 37, n. 2, Sorocaba, SP: Uniso, dez. 2011, p. 181-202.
- DALBOSCO, Cláudio Almir. Educação superior e os desafios da formação para a cidadania democrática. In: **AVALIAÇÃO: Revista da Avaliação da Educação Superior**. vol. 20, n.1, Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, março 2015, p. 123-142.
- DIAS SOBRINHO, José. Universidade e novos modos de produção, circulação e aplicação do conhecimento. In: **Revista de Avaliação da Educação Superior**. vol. 19, n. 03. Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, nov. 2014, p.643-662.

---

50 Resolução CNE/CES nº 1/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de maio de 2012 – Seção 1.

- FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania**: uma questão para a educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 21. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1997.
- GOERGEN, Pedro. Ensino Superior e Formação: elementos de um olhar ampliado de avaliação. In: **Avaliação: Revista de Avaliação da Educação Superior**. vol. 6, n. 4. Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, 2001, p. 63-76.
- GOERGEN, Pedro. Tecnociência, pensamento e formação na educação superior. In: **Revista de Avaliação da Educação Superior**. vol. 19, n. 03. Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, nov. 2014, p. 561-584.
- MARQUES, Waldemar. Brasil, terra de contrastes. In: **Revista de Avaliação da Educação Superior**. vol. 19, n. 03. Campinas, SP: RAIES; Sorocaba, SP: Uniso, nov. 2014, p. 749-771.
- MORGADO, José Carlos. O Professor como Decisor Curricular: de ortodoxo a cosmopolita. In: **Revista Tempos e Espaços em Educação**. São Cristóvão, Sergipe: Fluendo Crescit, v. 9, n. 18, jan-abr. 2016, p. 55-64.
- PAIS, José Machado. Conhecimentos cotidianos nos processos de aprender e ensinar. In: **Diferentes perspectivas de Currículo na Atualidade**. Org. por FERRAÇO, Carlos Eduardo; RANGEL, Iguatemi; CARVALHO, Janete Magalhães; NUNES, KEZIA Rodrigues. Petrópolis, RJ: De Petrus: NUPEC/UFES, 2015, p. 23-44.
- PEREIRA, Caridade Maria dos Santos; PEDRO, Ana Paula. Escola, Cidadania e Formação de Sujeitos Éticos: os desafios da participação do aluno. In: **Revista de Estudos Universitários**. vol. 35, n. 2, Sorocaba, SP: Uniso, dez. 2009, p. 101-120.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SOUSA, Francisco. Cultura e Experiência enquanto ferramentas conceituais no trabalho curricular. In: **Estudos curriculares**: um debate contemporâneo. Org. por MORGATO, José Carlos; SANTOS, Lucíola de Castro Paixão; PARAÍSO, MarLucy Alves. Curitiba, PR: CRV, 2013, p. 65-80.

TEIXEIRA, Anísio. **Ensino Superior no Brasil**: análise e interpretação de sua evolução até 1969. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1989.

# MOVIMENTOS SOCIAIS E O RECONHECIMENTOS DOS DIREITOS DAS MULHERES ENQUANTO DIREITOS HUMANOS

*Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha*

*Inácio Ferreira Façanha Neto*

*Diogo de Almeida Viana dos Santos*

*Irlane Regina Moraes Novaes*

## 1 INTRODUÇÃO

A história da mulher é marcada por uma trajetória de luta incessante pelo reconhecimento de seus direitos, principalmente de igualdade e garantias individuais. Considerada por séculos como um “ser” inferior, subjugada, humilhada e menosprezada em razão de uma crença social acerca da superioridade masculina, a mulher teve que lutar contra a opressão de sociedades machistas, que garantiam privilégios somente aos homens, tratando a figura feminina como um objeto, uma coisa pertencente ao pai ou ao marido.

O Direito, em especial o Direito de Família, foi um dos principais responsáveis pela consolidação das desigualdades entre homens e mulheres no âmbito familiar, pois, apesar das reivindicações dos ideários liberal e humanista, o discurso de manutenção da família a qualquer preço, fortaleceu as estruturas patriarcais e o exercício do poder masculino sobre as mulheres.

A trajetória de dominação masculina, firmada a partir do estabelecimento das desigualdades de gênero e do patriarcado, a reação das mulhe-

res por meio da revolução feminista a esta imposição social e o consequente enquadramento dos direitos das mulheres enquanto direitos humanos serão abordados no decorrer desse artigo.

Mundialmente, as mulheres têm se organizado para a luta pelo reconhecimento de seus direitos enquanto direitos humanos. A partir dos anos 1970, em razão dos movimentos feministas que se engendraram na defesa dos direitos das mulheres, denunciando a dominação-exploração praticada pelos homens, o Estado passou a ser cobrado para a criação de políticas públicas de combate da violência de gênero, incluindo a violência doméstica e familiar.

Os grupos feministas militantes, ao longo de décadas, conseguiram modificações nas legislações, políticas e costumes de diversos países. Todavia, apesar desses avanços relevantes, em alguns países do mundo ainda existem leis e políticas discriminatórias, e, na prática, a discriminação “de fato” continua sendo uma realidade.

Com esse artigo pretende-se traçar em aspectos gerais, o surgimento do movimento feminista no Brasil, assim como levantar as mais significativas conquistas e os atuais desafios dos movimentos frente aos direitos das mulheres na sociedade. A metodologia adotada caracteriza-se como revisão bibliográfica e documental, sendo a natureza de pesquisa qualitativa.

## 2 ORIGEM DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Movimentos sociais, na definição de Touraine (1973), representam a ação de agentes das classes sociais, lutando pelo controle do sistema de ação histórica. A partir da reunião dos princípios da identidade, da oposição e da totalidade, poderia se falar em “consciência coletiva”.

De acordo com Castells (1995), o “social” está presente desde o século XVI, por meio das intervenções públicas que iam desde a assistência aos indigentes até a regulação estatal da organização do trabalho. Entretanto, a assistência pública era resumida apenas a situações de indigência, na qual estruturadas da assistência confessional não haviam sido quebradas.

Até esse momento histórico, portanto, a assistência limitava-se a prestação de auxílio às pessoas necessitadas, geralmente, feita de forma tímida por motivações religiosas e filantrópicas, tanto pelas igrejas como pelas pessoas caridosas, preocupadas com a situação do próximo. Ao Estado

não competia o amparo aos necessitados e desempregados, sendo que, no Brasil, no período anterior à década de 30, a questão social era considerada caso de polícia, vez que o Código Penal Brasileiro de 1941, enquadrava como contravenção penal a prática da mendicância e da vadiagem.

Para Cerqueira Filho (1979, p. 10), a questão social seria um “conjunto de problemas políticos, sociais e econômicos que o surgimento da classe operária impôs no mundo no curso da constituição da sociedade capitalista”. Na verdade, a questão social torna-se um problema a partir do século XIX, ocasião da transição da mão de obra escrava para a mão de obra assalariada, fato que coincidiu com o início da industrialização no eixo Rio de Janeiro / São Paulo, surgimento da classe operária e o embrião da questão social.

No Brasil, podemos afirmar que a “questão social” consistiu em um processo tardio, em razão do modelo implantado pelo sistema colonial, baseado no trabalho escravo, na monocultura agrícola e no latifúndio exportador, todos subordinados aos grandes expoentes da economia mundial, fato que marcou em absoluto a vida econômica, política, social e cultural de nosso país. Na verdade, a Questão Social era reprimida pela sociedade e pelo Estado, por ser considerada com um caso de polícia.

A Questão Social aparece como caso concreto no Brasil no quadro do processo de industrialização e implantação do modo de produção capitalista e o surgimento da classe operária. Caio Prado Jr., em sua obra *Formação do Brasil Contemporâneo* (1979), desenvolveu os capítulos “Agricultura de Subsistência” e “Pecuária” do Brasil Colonial, mas adverte antes que tais setores não constituem atividades fundamentais da economia colonial, centrada no trinômio *grande propriedade, trabalho escravo e monocultura*, voltado ao comércio exterior. Certamente, a agricultura de subsistência e a pecuária não se encaixam neste trinômio, embora já no período colonial “ocupassem” parcela expressiva da população em extensão territorial muito vasta da colônia.

Durante a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), a indústria brasileira registrou alto índice de expansão, resultado do declínio do comércio internacional e da conseqüente necessidade de substituição das importações. Em razão do crescimento das atividades industriais, o contingente de trabalhadores organizados aumentou de modo a fortalecer o movimento operário.

Nos anos de 1917 a 1920, inúmeras greves foram deflagradas nos principais centros urbanos do país, motivo pelo qual o debate acerca da chamada “questão social” e as medidas necessárias para seu enfrentamento conquistou espaço no cenário político nacional.

O principal objetivo da classe operária era proporcionar melhores condições de vida, trabalho e salário, enquanto os empregadores consideravam a possibilidade de fazer algumas concessões ao operariado para garantir o processo de produção e de acumulação de capital e, simultaneamente, fazer frente às críticas anti-industrialistas que acusavam o setor de ser o causador da alta do custo de vida e de estimular o aumento de graves problemas sociais com sua intransigência.

Enquanto a classe trabalhadora negociava com os empresários através dos seus sindicatos legalmente organizados, o patronato também se reunia em associações. Entre as principais figurava o Centro Industrial do Brasil (CIB), que funcionou como um órgão de negociação, representando aspecto favorável à concessão de certos direitos para a classe trabalhadora como condição para a reprodução do capital e da força de trabalho. Além disso, aceitava a intervenção estatal na regulamentação do mercado de trabalho, até então relativamente ausente, desde que fosse respeitada a iniciativa individual dos empresários.

O Brasil participou da Conferência do Trabalho de Washington em 1919, fórum de discussão sobre a questão social no plano internacional. Nesse mesmo ano, ocorreram as eleições presidenciais no país, sendo esse tema explorado pelo candidato de oposição Rui Barbosa. Apesar de não ter contado com o apoio de uma máquina eleitoral, Rui Barbosa conseguiu sair vitorioso no Rio de Janeiro, então capital da República, com aproximadamente um terço dos votos.

Somente na década de 30, período do governo Vargas, o Estado passa a considerar a Questão Social como um problema político (“caso de política”), porém diversos aspectos continuavam sendo reprimidos pela polícia.

Ao se falar em “políticas públicas”, ao contrário do significado de *politics*, volta-se ao conteúdo concreto e simbólico das decisões políticas, ao processo de construção e atuação dessas decisões. Políticas públicas consistem em intenções públicas para a consecução de objetivos definidos pelo Estado em momento anterior, buscando reduzir ou superar dese-

quilíbrios sociais, estabelecendo a Justiça, pautada pelo ideal de cidadania (LINHARES, 1994).

Dentre os sujeitos do processo de implementação das políticas públicas, destacam-se os movimentos sociais, dos quais o movimento operário é exemplo. Outros sujeitos e participantes na luta pelas políticas públicas são os movimentos de mulheres e feministas.

Os movimentos sociais no Brasil emergem em um momento histórico marcado por tensões e perda da legitimidade do Estado, cujo regime coercitivo provocou conflitos em razão do modelo de gestão caracterizado pelo autoritarismo e pelos limites impostos à liberdade de expressão. Os movimentos sociais representavam naquele momento histórico, uma estratégia para demonstrar o descontentamento da sociedade contra o modelo político marcado pelos equívocos.

As ações afirmativas empreendidas pelos movimentos sociais possuíam caráter eminentemente contestador, tendo por escopo, de forma majoritária, a transformação da ordem vigente, de modo a converter as reivindicações em direitos sociais. Nessa perspectiva se insere o movimento feminista, originário do movimento sufragista do século XIX, ocasião em que milhares de mulheres se reuniram em todo o mundo na luta pelo direito ao voto, à educação e à igualdade de condições no mercado de trabalho.

Os movimentos feministas podem ser considerados o movimento social mais expressivo do século XX, em virtude de sua ruptura paradigmática com uma cultura política profundamente autoritária e excludente para as mulheres (VALENTE, 2004).

A luta dos movimentos feministas e suas conquistas para o reconhecimento dos direitos das mulheres transformaram o cenário mundial e brasileiro, em especial no que diz respeito ao enfrentamento da violência contra a mulher. É o que será abordado no próximo tópico.

## 2.1 A luta dos movimentos feministas para o reconhecimento dos direitos das mulheres enquanto direitos humanos

Apesar de o movimento feminista ter origem anterior à existência da Organização das Nações Unidas, foi a partir da criação desse órgão internacional que a luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres ganha

visibilidade e força, com a instalação do fórum de debates e da criação das fontes de dados e informações sobre a situação da mulher. Assim, até os dias atuais, a ONU tem contribuído para a evolução e discussão das questões de gênero, promovendo os direitos das mulheres como direitos humanos fundamentais, codificando esses direitos em instrumentos legais internacionais e ainda, reforçando a importância do papel das mulheres no desenvolvimento social e econômico dos países.

Em 1948, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, “os povos reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

Apesar da Declaração Universal de Direitos ter feito referência explícita à igualdade de direitos entre homens e mulheres, a avaliação acerca do cumprimento dos direitos humanos não contemplou a violação aos direitos das mulheres, razão pela qual na década de 60, um conjunto de Convenções Internacionais, no âmbito das Nações Unidas, introduziram as categorias “homens e mulheres” ao tratarem de diversos temas, dentre estes instrumentos estão o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969) (BARSTED, 2001).

No plano internacional, em 1979, é árdua a luta dos movimentos feministas pelo reconhecimento e efetivação dos direitos das mulheres, que pressionaram até obterem a adoção pela Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, constituindo um marco histórico no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres, ratificando o compromisso firmado na I Conferência Mundial da Mulher (MÉXICO, 1975).

As conquistas dos movimentos de mulheres têm reflexos em diversas legislações internacionais e brasileiras, inclusive na promulgação da Lei Maria da Penha, cujo fundamento foi extraído da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1972, da Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de

Viena de 1980, e da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim (1995).

O Brasil é signatário de todos os acordos e tratados internacionais em cujo teor ocorre o reconhecimento e garantia, de modo direto ou indireto, dos direitos das mulheres enquanto direitos humanos, e estabelecem diretrizes a serem adotadas pelos Estados-parte para a eliminação de todas as formas de discriminação e violência baseada no gênero.

No Brasil, o processo de ratificação dos acordos e tratados internacionais necessita da participação imediata do Poder Legislativo, a quem cabe apreciar, analisar e deliberar acerca da pertinência dos referidos documentos internacionais em relação à Constituição Federal. Se pertinentes, os acordos e tratados são submetidos à aprovação do Congresso Nacional, e depois de aprovados, passam a integrar o nosso ordenamento jurídico sob a forma de lei ordinária.

Elaborada em 10 de dezembro de 1948, no período pós Segunda Guerra Mundial, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco para a conquista e reconhecimento desses direitos, uma vez que estabelece sua proteção universal enquanto norma comum a ser alcançada por todos os povos.

Desde sua adoção em 1948, a DUDH já foi traduzida em mais de 360 idiomas, sendo considerada atualmente o documento mais traduzido do mundo, além de ter sido o fundamento e inspiração para a elaboração de Constituições de vários países e democracias recentes.

Os valores e ideias acerca dos direitos humanos foram traçados a partir da História Antiga e das crenças religiosas e culturais ao longo do mundo, sendo o primeiro registro de uma declaração de direitos humanos, o denominado Cilindro de Ciro, escrito por Ciro, o Grande, rei da Pérsia, por volta de 539 a.C. Filósofos europeus do período iluminista desenvolveram teorias acerca da lei natural que influenciaram a adoção de documentos como a Declaração de Direitos de 1689 da Inglaterra, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França e a Carta de Direitos de 1791 dos Estados Unidos (CARVALHO, 2008).

Para Bobbio (2002), a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma inspiração e orientação para o crescimento da sociedade interna-

cional, com o principal objetivo de torná-la um Estado, e fazer também com que os seres humanos fossem iguais e livres.

A DUDH juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre o procedimento de queixa e pena de morte), além do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, compõem a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

No preâmbulo da referida Declaração Universal, os governos se comprometem, juntamente com seus povos, a tomarem medidas contínuas para garantir o reconhecimento e efetivo cumprimento dos direitos humanos, anunciados na Declaração. Eleanor Roosevelt, nessa época Presidente dos Estados Unidos, apoiou a adoção da DUDH como declaração, ao invés de tratado, por acreditar que teria a mesma influência na comunidade internacional que teve a Declaração de Independência dos Estados Unidos para o povo americano. Dessa forma, a DUDH, embora não obrigando legalmente os governos, tem sido o fundamento para inúmeros tratados internacionais e leis nacionais, bem como para organizações internacionais, regionais, nacionais e locais na promoção e proteção dos direitos humanos.

Diversos tratados internacionais de Direitos Humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o âmbito do Direito Internacional no que diz respeito aos direitos humanos, dentre os quais: Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, sendo ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Três fatores históricos relevantes influenciaram o processo de elaboração dessa Convenção na década de 60, destacando-se o ingresso de 17 novos países africanos na ONU em 1960, a realização da 1ª Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em Belgrado em 1961 e o ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa. Estes fatores estimularam a edição da Convenção

enquanto instrumento internacional voltado ao combate da discriminação racial.

Em seu preâmbulo, a Convenção reafirma o propósito das Nações Unidas de promover o respeito universal aos Direitos Humanos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião, enfatizando os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, especialmente no que diz respeito à concepção de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer espécie. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968.

Obedecendo aos princípios da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos e às reivindicações das organizações de mulheres pelo mundo, a questão dos direitos das mulheres foi mais uma vez objeto de discussão na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, na Áustria, de 14 a 25 de junho de 1993. Em Viena, os direitos das mulheres foram reconhecidos como direitos humanos, universais, interdependentes e indivisíveis. A Conferência ensejou, ainda, naquele mesmo ano, a elaboração da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (ALVES, 2001).

O artigo 18 da Declaração de Viena enuncia que “os direitos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais”. Segundo Alves (2001, p. 128), o texto mencionado “torna claro que, tendo as mulheres necessidades específicas, inerentes ao sexo e à situação socioeconômica, cuja universalidade não pode ser questionada”.

Questões relativas às mulheres e meninas foram incluídas na Declaração de Viena e no Programa de Ação adotado pela Conferência sendo resultado das pressões exercidas pelas mulheres de diversas partes do mundo, por meio do trabalho de ONG's voltadas para temáticas relacionadas ao gênero. Fatores como a mobilização geral das mulheres, a rede internacional e troca de informações que incluía o uso efetivo da mídia para provocar a opinião pública, e extensiva inscrição de organizações nacionais e regionais para a Conferência e suas reuniões preparatórias fizeram com que os direitos das mulheres fossem incluídos na pauta da Conferência de Viena (COSTA, 2006).

Dentre as normativas construídas pela Organização das Nações Unidas, após vários anos de trabalho, já em 1967, conseguiu-se fazer adotar

pela Assembleia Geral, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. A partir desse texto, foi redigida a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), que aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1979, entrou em vigor somente em 1981, obtendo nessa oportunidade a assinatura de 20 países.

No Brasil, o Congresso Nacional ratificou a assinatura, com algumas reservas, em 1984. Tais reservas foram suspensas em 1994 pelo Decreto Legislativo n. 26.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), por sua vez, representa um marco histórico na proteção dos direitos das mulheres, sendo referência obrigatória em matéria de igualdade entre homens e mulheres. Em 1979, ela foi aprovada pela Organização das Nações Unidas, enquadrando como “discriminação contra a mulher”, em seu Artigo 1º:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e as liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil e em qualquer outra esfera.

O preâmbulo da referida Convenção assinala que “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, para o bem-estar do mundo e para a causa da paz”. A premissa fundamental da Convenção de 1979 considera que as mulheres são livres tanto quanto os homens para fazer suas escolhas.

Em 06 de outubro de 1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, adotou um Protocolo Opcional para a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), conclamando os países signatários, dentre eles o Brasil, a ratifiquem o novo instrumento. Ao ratificar o Protocolo Opcional, o Estado reconhece a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, órgão responsável pelo monitoramento do cumprimento da CEDAW pelos países signatários, com poderes para receber e analisar

denúncias e queixas de indivíduos ou grupos, dentro de sua jurisdição, acerca das violações de direitos humanos das mulheres.

O Brasil assinou a Convenção em 1981 e o Congresso Nacional ratificou a assinatura, com algumas reservas no que pertine ao direito de família, em 1984. Tais reservas foram suspensas em 1994 pelo Decreto Legislativo n. 26, sendo então ratificada em sua totalidade. O Protocolo Facultativo foi aprovado pelo Brasil em 06 de junho de 2002, por meio do Decreto-Legislativo n. 107, por meio do Decreto-Legislativo n. 107.

Em 17 de fevereiro de 2012, o Brasil passou pela 7ª revisão frente ao Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), presidido pela brasileira Sílvia Pimentel, realizado entre os dias 13/02/2012 e 02/03/2012, na cidade de Genebra, Suíça.

Além das observações a respeito da formulação e implementação de políticas voltadas à redução das desigualdades e a erradicação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, o Comitê elaborou uma série de recomendações referentes à eliminação da violência contra as mulheres, incluindo o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

Dentre as recomendações formuladas pelo Comitê, encontra-se a *recomendação geral de acesso à Justiça, uma vez que “é necessário que as mulheres tenham noção de seus direitos, como e onde exigí-los”*. Essa recomendação prevê, ainda, a *criação de instituições que integrem serviços legais e sociais, como o Centro de Referência para atendimento de mulheres em situação de violência, ou seja, um único lugar onde as mulheres encontram vários serviços reunidos fisicamente*.

A Resolução 48/104 (Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres de 1993) promoveu o *reconhecimento da urgente necessidade de uma aplicação universal às mulheres dos direitos e princípios relativos à igualdade, segurança, liberdade, integridade e dignidade de todos os seres humanos, por meio da constatação de que tais direitos e princípios estão consagrados em instrumentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*.

Referida Convenção exige dos Estados um compromisso efetivo na erradicação da violência de gênero a partir da criação de leis de proteção

aos direitos das mulheres, modificações dos padrões socioculturais, fomento à capacitação de pessoal, além da criação de serviços específicos para atendimento das mulheres que tiveram seus direitos violados (BARS- TED, 2006). Portanto, estabelece deveres aos Estados signatários, com o propósito de criar condições reais de rompimento com o ciclo de violência identificado contra as mulheres em âmbito internacional.

Em setembro de 1995, homens e mulheres de todo o mundo se reuniram em Pequim para a IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, com o subtema “igualdade, desenvolvimento e paz”, que assim como as três Conferências anteriores com a mesma temática, reafirmou o compromisso com o reconhecimento e preservação dos direitos humanos das mulheres, dando continuidade à agenda global para o progresso e fortalecimento da condição feminina no mundo. Os participantes dessa Conferência avaliaram as mudanças ocorridas na vida das mulheres nos últimos anos, e decidindo quais as medidas a serem adotadas para manter as questões de interesse para as mulheres no topo da agenda internacional.

A Plataforma de Ação e a Declaração de Beijing (Pequim), por sua vez, são resultados dos trabalhos realizados durante a Conferência, inclusive do processo de preparação em cada um dos mais de 180 países participantes durante os 18 meses que a antecederam.

A Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres adicionou uma nova dimensão ao discurso sobre o desenvolvimento sustentável. A Plataforma de Ação de Pequim identificou os direitos humanos, a transversalização de gênero e o desenvolvimento das parcerias entre homens e mulheres como fatores estratégicos para a busca da igualdade de gênero, considerando os seres humanos como preocupação central para o desenvolvimento sustentável e o papel desempenhado pelas mulheres como essencial para os padrões de produção e consumo, bem como para o manejo dos recursos naturais.

A Declaração de Pequim reconheceu, ainda, que o status das mulheres tem avançado em alguns aspectos importantes nas últimas décadas, mas que esse progresso tem sido desigual. As desigualdades entre homens e mulheres têm persistido e sérios obstáculos têm existido, com graves consequências para o bem-estar de toda a humanidade.

A Conferência detectou que esta situação de desigualdade é agravada pelo aumento da pobreza, que afeta a vida da maioria das pessoas do mundo, em particular de mulheres e crianças.

A Conferência de Pequim insere-se no contexto de evolução do movimento de mulheres, constituindo-se em mais um avanço na luta pelo reconhecimento e afirmação dos direitos femininos. O evento é uma continuidade aos encontros sobre o tema violência contra a mulher, iniciados na década de 70 sob a égide da Organização das Nações Unidas, por iniciativa e pressão da ação das próprias mulheres.

Para Abramovay (1995, p. 213), a ampliação da temática nas conferências reflete “um processo de amadurecimento e de uma visão renovada da problemática da mulher sob a perspectiva de gênero”. Até a década de 1970, os modelos de desenvolvimento, vistos como um “gênero natural” ignoravam as peculiaridades femininas, tratando homens e mulheres sem distinção.

A Plataforma de Ação, principal documento da Conferência de Pequim de 1995, representa um diagnóstico da situação da mulher no mundo, estabelecendo um conjunto de medidas a serem adotadas pela comunidade internacional de modo a promover a capacitação das mulheres e a superação das discriminações de gênero. Constitui, portanto, um guia de ação, não apenas para os Estados e organizações governamentais e não governamentais, como também para famílias e indivíduos (ALVES, 2001, p. 220).

A Declaração de Pequim teve como intuito manifestar a vontade política dos governos no tocante à consolidação dos direitos das mulheres, em todos os lugares e no interesse de toda a humanidade (Declaração de Beijing, art. 3º). Sem permitir reservas, essa Declaração deve ser adotada integralmente pelos Estados signatários, de modo a simbolizar o reconhecimento da relevância da causa da mulher a nível internacional.

Por meio dessa Declaração, os países signatários reafirmaram o compromisso com a igualdade de direitos e com os demais objetivos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (Declaração de Beijing, art. 8º).

Em que pesem as dificuldades durante a aprovação, a Declaração de Beijing atendeu as reivindicações e demandas do movimento feminista.

Uma das negociações mais conturbadas foi a do artigo 23 acerca da garantia de observância dos direitos das mulheres e meninas. A polêmica foi gerada em torno dos direitos sexuais, exigida por países ocidentais, mas rejeitada pelos países islâmicos e católicos mais radicais. Ao final, optou-se por uma redação mais moderada, visando garantir as mulheres e meninas de forma ampla, os direitos e liberdades fundamentais (ALVES, 2001).

Outro instrumento legal internacional adotado pelo Brasil foi o Protocolo de Palermo, promulgado pelo Decreto nº. 5.017, de 12 de março de 2004. Elaborado no ano 2000, referido documento versa a respeito do tráfico de pessoas, principalmente de mulheres e crianças, funcionando como Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à “prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças”.

Mencionado Protocolo estabelece medidas de prevenção, cooperação e segurança. Quanto às ações de prevenção, o artigo 9º elenca: “pesquisas, campanhas de informação e de difusão através de órgãos de comunicação, bem como iniciativas sociais e econômicas”, incluindo planos e programas com “a cooperação com organizações não governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil”. Além disso, o tratado prevê medidas para a redução dos fatores de vulnerabilidade das pessoas ao tráfico, especialmente mulheres e crianças, através do combate à pobreza, ao subdesenvolvimento e à desigualdade de oportunidades, incentivando a cooperação bilateral ou multilateral entre os Estados signatários. São mencionadas, ainda, medidas legislativas, educacionais, sociais e culturais, com o objetivo de desencorajar o aliciamento para a exploração de pessoas (SCACCHETTI, 2011).

No âmbito da ONU, destacam-se as Resoluções do Conselho de Direitos Humanos nº. 11/2 de 2009 e nº. 14/12 de 2010 sobre “*Accelerating efforts to eliminate all forms of violence against women*”. A Resolução nº. 14/12, expressamente, demanda dos Estados que estabeleçam ou fortaleçam planos de ação de combate à violência contra mulheres e meninas contemplando mecanismos para prevenção da violência, por meio da adoção de estratégias de alcance universal e específico voltadas aos grupos considerados vulneráveis.

Diante da comunidade internacional, o Brasil, ao ratificar os acordos e tratados internacionais mencionados, não apenas reconheceu os direitos

femininos como direitos humanos, como também assumiu o dever jurídico de combater a impunidade em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, competindo-lhe a adoção de medidas e instrumentos eficazes e eficientes para garantir os direitos das mulheres, bem como o acesso à Justiça daquelas em situação de violência

### 3 CONCLUSÃO

Os movimentos feministas conquistaram muitos avanços, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos das mulheres enquanto direitos humanos, em especial o acesso à educação e a regulamentação do trabalho da mulher em igualdade de condições aos homens. Entretanto, as transformações sociais englobam várias dimensões da vida social, o que faz com que as mudanças tão almejadas ocorram de forma gradativa. Trata-se de uma luta pela liberdade, para além da equiparação de direitos, e pelo respeito à alteridade.

Ressalta-se que o movimento feminista consiste em uma modalidade de movimento social, que ao evidenciar as diversas formas de opressão e discriminação pautadas nas hierarquias de poder e de gênero, permitiu uma tomada de consciência e a construção de identidades coletivas e diversas que possibilitou que mulheres pudessem – enquanto atores coletivos – afirmar sua autonomia, mobilizar-se, tematizar questões e encampar lutas importantes por meio de diferentes repertórios de ação e interação com o Estado na busca por mudança sociais, políticas e culturais.

O movimento feminista brasileiro, enquanto “novo” movimento social, foi além dos limites do seu *status* e do próprio conceito. Foi mais além da demanda e da pressão política na defesa de seus interesses específicos.

Compreende-se que apesar de o movimento feminista no Brasil se manter ativo deve se adequar às novas demandas e reivindicações das mulheres na contemporaneidade, de modo a enfrentar os novos desafios interpostos, seja no âmbito da sociedade ou dentro do próprio movimento, não recuar em face às novas demandas que surgem diariamente.

### REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam. **Engendrando um novo feminismo, mulheres líderes de base**. v. I. Brasília: UNESCO, 1995.

- ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- ALVES, Fabrício da Mota. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2001.
- ANDREUCCI, Ricardo. Violência doméstica e Lei Maria da Penha. In: **Manual dos Direitos da Mulher**. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARSTED, Leila Linhares. **Uma vida sem violência é um direito nosso**: proposta de ação contra a violência intrafamiliar no Brasil. Nações Unidas; MJ/SNDH: Brasília, 2006.
- CARVALHO, Paula Marques. **Manual prático de processo penal**. Lisboa: Almedina Editora, ed. 4, jun. 2008. CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**: A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. II. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- CERQUEIRA FILHO, Gildásio. **A questão social no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- COSTA, Ana Alice Alcântara. **O movimento feminista no Brasil**: dinâmica de uma intervenção política. Olhares Feministas. Brasília: Ministério da Educação, 2006.
- ECHOLS, Alice. **Daring to be bad radical feminism**. In: America, 1967-1975. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- FERREIRA, Mary. **As caetanas vão à luta**: feminismo e políticas no Maranhão. São Luís. EDUFMA/ Grupo Mulheres da Ilha, 1998.
- FREEDMAN, Estelle B. **No Turning Back**: The History of Feminism and the Future of Women. Ballantine Books, 2003.
- HAHNER, June. **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas**: 1850-1937. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- LINHARES, Barsted L. **Violência contra a mulher e cidadania**: uma avaliação das políticas públicas. Rio de Janeiro: CEPIA I, 1994.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 16 ed. São Paulo: Brasiliense, 1979.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre Direitos Humanos no Brasil. In: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (org.). **Direitos Humanos: Atualização do debate**. Brasília: UNDP, 2008.

ROCHA, Lourdes Maria Leitão Nunes. **Organizações de mulheres em São Luís**. JOINPP. UFMA, 2011.

SCACCHETTI, Daniela Muscari. **O tráfico de pessoas e o protocolo de palermo sob a ótica de direitos humanos**. 2011. Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6540:o-traffic-de-pessoas-e-o-protocolo=-de-palermo-sob-a-otica-de-direitos-humanos&catid=34:noticias&Itemid=223](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6540:o-traffic-de-pessoas-e-o-protocolo=-de-palermo-sob-a-otica-de-direitos-humanos&catid=34:noticias&Itemid=223)>. Acesso em 12 maio 2019.

# BREVE ANÁLISE DE DESAFIOS QUE DIFICULTAM A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

*Naiane da Cruz Novais*

## INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher permeia a sociedade desde os primórdios, e o Estado nem sempre teve mecanismos que pudessem combatê-la, por exemplo, no Brasil, por mais de cinco séculos até o Código Penal de 1940, a criminalização das condutas voltadas a violência sexual, era o único tipo penal de proteção às mulheres. No entanto, sabe-se que tal criminalização visava proteger a honra e não a dignidade sexual da vítima (FERNANDES, 2015).

Aos poucos foram sendo criadas mudanças e conseqüentemente evoluções no que tange a igualdade entre homens e mulheres, dentre as quais, temos a criação da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), a qual foi sancionada após o Brasil ser condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, a pagar indenização no valor de 20 (vinte) mil dólares à Maria da Penha Maia Fernandes, bem como foi responsabilizado por negligência e omissão frente a violência doméstica (DIAS, 2010), devendo adotar medidas que simplificassem os procedimentos judiciais relativos à tal violência.

A condenação do Estado brasileiro se deu em virtude de Maria da Penha ter sido vítima de violência doméstica, inclusive, de tentativas de

homicídio (atualmente, tal crime seria o de tentativa de feminicídio) perpetradas pelo seu ex-cônjuge, sendo que, a condenação dele se deu quase 20 (vinte) anos após o crime, tendo o agressor cumprido apenas dois anos de prisão.

Assim, com a criação da Lei Maria da Penha, tivemos diversos avanços no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (Unifem) a reconhecido como uma das três melhores leis do mundo.

Entretanto, ainda existem diversos problemas no âmbito doméstico relacionados a questões de gênero, destarte, o presente artigo visa analisar três desafios que ainda dificultam a eficácia da Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo eles a aplicação das escusas absolutórias no contexto de violência doméstica, o silêncio da vítima e a aplicação desigual da Lei Maria da Penha no Brasil.

Desse modo, para o desenvolvimento do presente estudo, fez-se necessário uma análise minuciosa através do método qualitativo, consubstanciado em bibliografia dos mais renomados doutrinadores na temática de violência doméstica, com destaque para Alice Biachini, Maria Berenice Dias e Valéria Scarance Fernandes, bem como a pesquisa em diferentes leis brasileiras, principalmente a Lei n. 11.340/06, e, a análise da pesquisa científica intitulada Mulheres vítimas de violência doméstica: uma abordagem fenomenológica. Outrossim, utilizou-se uma abordagem quantitativa, vez foram empregados dados estatísticos disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no da Agência de Jornalismo Investigativo Pública e no Mapa da Violência.

## 1. DA APLICAÇÃO DAS ESCUSAS ABSOLUTÓRIAS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Um dos grandes avanços obtidos por meio da Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica foi o reconhecimento das violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, como tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, desmistificando a ideia de que apenas a agressão física caracteriza a violência, configurando

toda e qualquer conduta que viole os direitos da mulher, conforme disposto no art. 7º<sup>51</sup>.

Adentrando no que diz respeito à violência patrimonial, esta está elencada no título II do Código Penal Brasileiro (CPB), e neste título encontramos as imunidades absolutas e relativas, previstas respectivamente nos arts. 181 e 182 do CPB. Sobre o tema Alice Bianchini preleciona o seguinte:

As imunidades absolutas (também denominadas escusas absolutórias isentam o agente de pena quando o crime for praticado em prejuízo de cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou em prejuízo de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, civil ou natural. Na imunidade relativa, impõe-se a necessidade de prévia oferta de representação, caso ocorra a prática de um crime em que figure como sujeito passivo o cônjuge desquitado ou judicialmente separado [...]. (BIANCHINI, 2013, p. 231)

---

51 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A Lei Maria da Penha permaneceu silente, em nada se manifestando em relação a aplicação ou não das escusas absolutórias nos casos de violência patrimonial no âmbito doméstico e familiar, e diante desse silêncio alguns doutrinadores, a exemplo de Alice Bianchini, se posicionam a favor da aplicação das imunidades absolutórias, devendo o agente ser isento de pena.

Entretanto, diante do contexto de violência doméstica, no qual as mulheres acabam tendo seu patrimônio dilapidado pelos seus companheiros/cônjuges, em decorrência de uma sociedade ainda patriarcal, resta necessário a declaração da inaplicabilidade de tais escusas, para assim, efetivar com mais veemência o disposto no inciso IV, art. 7º da Lei nº 11.340/06.

Assim, vejamos abaixo o que diz Maria Berenice Dias sobre o assunto:

[...] não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua esposa ou companheira, ou ainda, alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta isenção de pena quando a vítima tiver mais de 60 anos. (DIAS, 2010, p. 71)

Diante da obscuridade do legislador, que embora tenha explicado o que é a violência patrimonial, mas não tenha deixado claro a inaplicabilidade das escusas como fez o Estatuto do Idoso. Ao ocorrer a aplicação das escusas absolutórias, está abrindo margem para que o agressor veja a violência patrimonial como uma forma de atingir e menosprezar a vítima, e assim, não ser responsabilizado criminalmente, permanecendo com o sentimento de poder sobre a mulher.

Frisa-se que, o art. 183, I do Código Penal Brasileiro traz exceções à aplicação das escusas absolutórias, declarando que não devem ser aplicadas quando houver violência ou grave ameaça à pessoa. Ocorre que tal dispositivo deve ser interpretado conforme o inciso IV, art. 7º da Lei nº 11.340/06, pois o legislador ao se referir à violência, queria tratar sobre o contexto de violência em que a vítima está inserida, e não puramente à agressão física (FERNANDES, 2017).

Outrossim, sabe-se que aplicar as escusas absolutórias visando manter a paz no ambiente familiar é um pensamento antiquado, que somente prejudica a mulher, e vai de encontro à proteção garantida pela Lei Maria

da Penha, bem como de encontro à Carta Magna, a qual visa proteger a família, assegurando assistência a cada um dos indivíduos que compõem o núcleo familiar, conforme expresso no art. 226, § 8<sup>o</sup>52.

Assim, resta nítida a necessidade de criar-se um instituto na Lei n° 11.340/06, que deixe clara a inaplicabilidade das escusas absolutórias nos casos de violência doméstica e familiar, tal como fez a Lei n° 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

## 2. DO SILÊNCIO DA VÍTIMA

Um dos grandes desafios para a erradicação da violência doméstica é o silêncio da vítima, a qual, em decorrência de diversos fatores, se mantém inerte diante das situações violentas em que é submetida.

Vários são os motivos que levam uma vítima de violência doméstica a não denunciar seu agressor, dentre eles temos o medo, pois na maioria dos casos o agressor ameaça ela e sua família; a dependência financeira da mulher para com o cônjuge/companheiro; bem como a dependência psicológica, a qual está diretamente ligada à sociedade ainda patriarcal.

Salienta-se que o silêncio da vítima ocasiona a impunidade do agressor, porque ao silenciar-se, a mulher não chega a registrar boletim de ocorrência contra o agente, em vezes chega a registrar, mas não exerce seu direito de representação, ou até mesmo, após noticiar a violência, a vítima se retrata e acaba por inocentar o agressor (FERNANDES, 2015).

Em uma pesquisa fenomenológica realizada no Centro de Referência de Atendimento à Mulher de um município do interior de São Paulo, em 2015, com dez mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, ficou constatado que o medo do agressor e a dependência financeira são fatores que levam a vítima a se manter em silêncio, conforme relatos de três entrevistadas a seguir: “ele sempre deixou bem claro que se eu denunciar, ele me mata (E10); ele disse que vai sumir com a minha filha se eu separar dele (E2); ameaçou me matar e matar minha filha, mas também tem outro motivo: eu não tenho trabalho (E7)”. (OLIVEIRA, 2015, p. 200)

---

52 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Outro fator que leva a vítima a permanecer silente é a vergonha de expor sua dor, e até mesmo vergonha de expor as lesões presentes em seu corpo. Ainda segundo a pesquisa realizada no Centro de Referência de Atendimento à Mulher, duas das entrevistadas falaram o seguinte: “tenho vergonha de sair de casa com estas marcas no meu corpo. Se alguém pergunta, falo que foi acidente de carro. Mudei até de emprego, hoje trabalho só com serviço interno para ter contato com menos pessoas (E8); evito sair de casa, eu manco (E1)”. (OLIVEIRA, 2015, p. 200)

Assim, nota-se que as mulheres se sentem extremamente fragilizadas com as marcas das agressões, o que acaba por retrá-las ainda mais.

Outrossim, o cenário existente no âmbito da violência doméstica e familiar é revestido por um homem dominador e uma mulher submissa – financeira e/ou psicologicamente-. Esse cenário é embasado na sociedade ainda patriarcal, que desde a primeira educação ensina que as mulheres são “inferiores” aos homens e não podem se comportar de forma agressiva, mas a recíproca não é verdadeira, conforme preleciona Chimamanda Ngozi Adichie em sua obra *Sejamos Todas Feministas*:

Perdemos muito tempo ensinando as meninas a se preocupar com o que os meninos pensam delas. Mas o oposto não acontece. Não ensinamos os meninos a se preocupar em ser “benquistos”. Se, por um lado, perdemos muito tempo dizendo às meninas que elas não podem sentir raiva ou ser agressivas ou duras, por outro, elogiamos ou perdoamos os meninos pelas mesmas razões. (ADICHIE, 2014, p. 28)

Destarte, vivendo em uma sociedade machista, um outro motivo que silencia a vítima de violência doméstica e familiar é a inversão da culpa. Tal motivo ocorre porque a vítima que se encontra psicologicamente fragilizada, em decorrência dos abusos psicológicos ocasionados pelo agressor, não consegue se enxergar como vítima, mas sim como a culpada (FERNANDES, 2015). E assim, a mulher perdoa o agressor, se mantém inerte, e cria-se um novo motivo para se manter em silêncio, qual seja, a crença na mudança do parceiro, pois a vítima passa a encontrar explicações para o comportamento agressivo do seu companheiro, além de acreditar que a conduta violenta é apenas uma fase ruim que irá passar (DIAS, 2002).

Nesse modo, vê-se que embora a Lei n° 11.340/06 tenha trazido inúmeros avanços no combate à violência doméstica contra a mulher, ainda resta necessário uma maior atuação do poder público, para desenvolver políticas efetivas que reeduquem a sociedade, por meio de promoção e realização de campanhas educativas, conforme disposto nos incisos V, VIII, IX, artigo 8° da Lei n° 11.340/06<sup>53</sup>. Frisa-se que tal reeducação deve ser destinada à toda sociedade, como forma de prevenção, bem como aos agressores e vítimas, como forma de evitar a reincidência.

Ressalta-se ainda que, é essencial uma reeducação na qual seja possível o empoderamento feminino, para encorajar a mulher vítima de violência doméstica a denunciar seu agressor, evitando que ela permaneça em silêncio.

### 3. APLICAÇÃO DESIGUAL DA LEI MARIA DA PENHA NO BRASIL

Uma das dificuldades enfrentadas pela Lei Maria da Penha para combater a violência doméstica e familiar contra a mulher é o fato de, após 13 (treze) anos de sua vigência, existirem muitos municípios brasileiros que ainda não são abarcados pelas políticas públicas e programas instituídos pela lei.

Sobre o tema, a ilustre Maria da Penha Maia Fernandes em uma entrevista ao site *Migalhas* disse:

---

53 Art. 8° A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A gente percebe, inclusive com as pesquisas que o instituto fez mais recente, que a violência ainda está muito presente na sociedade na região nordeste do país e também há um descaso do Poder Público em criar as políticas que atendam a eficácia da lei. Então a gente tem nas grandes cidades, que são geralmente as capitais, uma estrutura razoável. Mas nos pequenos municípios, é muito difícil encontrar uma estrutura que atenda as mulheres daqueles municípios. (FERNANDES, M, 2018)

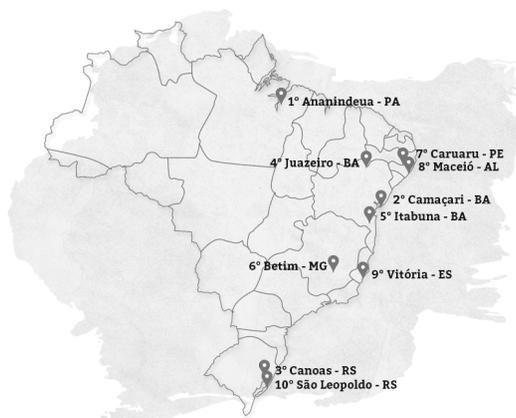
Para Maria da Penha é necessário que a lei seja aplicada de forma igualitária em todo o país, vez que a violência doméstica acontece em grande número nas cidades do interior do Brasil. Dessa forma, a falta de varas especializadas e de profissionais capacitados nos municípios menores, é um grande empecilho, que dificulta a possibilidade da mulher conhecer seus direitos, fazendo com que permaneça em situação de violência.

Frisa-se que a Recomendação nº 9 de 08/03/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou a criação e estruturação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher em todos os estados e municípios do Brasil, com base na Lei nº 11.340/06, na Constituição Federal, na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, visando combater a violência no âmbito doméstico.

No entanto, segundo o Mapa de Produtividade Mensal de 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, das 167 varas especializadas em violência doméstica no país, 112 estão situadas nas principais capitais, sendo que, apenas 55 estão localizadas em municípios do interior.

Outrossim, de acordo com o Mapa da Violência de 2015, são nas cidades menores onde ocorre o maior índice de violência. (WAISELFISZ, 2015)

A partir do levantamento feito pela Agência de Jornalismo Investigativo Pública, é possível notar que a cidade com o maior número de mulheres mortas por agressões é Ananindeua/PA, que possui 471.980 habitantes, seguida de Camaçari/BA com 242.970 pessoas e Canoas/RS que possui 323.827 habitantes, conforme gráfico abaixo colacionado:

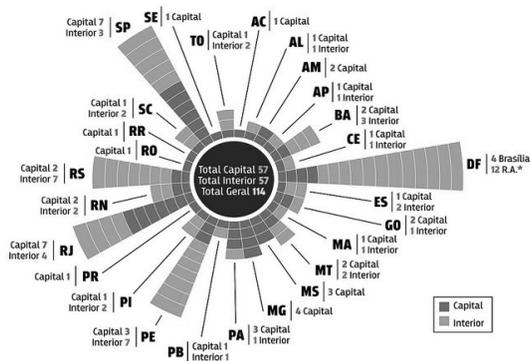


Fonte: APUBLICA - Jornalismo Investigativo (2017)

Assim, nota-se que as cidades com maior número de violência contra mulher são as do interior do país, ou seja, tais municípios necessitam de uma maior atenção, devendo ser instituídos programas de combate a violência, e a instalação de varas especializadas nos locais que ainda não tem.

Como exemplo do déficit no número de varas especializadas, temos o estado de Amazonas que possui 62 municípios, mas só há juizados especializados em violência doméstica e familiar em Manaus. Já o Distrito Federal possui o maior número de varas especializadas no tema, posto que das 30 Regiões Administrativas, 16 são abarcadas por tais varas. Vejamos abaixo o gráfico do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, no qual consta o número de varas especializadas existentes nos estados brasileiros:

**Radar das varas especializadas em violência doméstica no Brasil**



Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ - Data: 2016  
 \*Regiões Administrativas, artigos Cidades Satélites  
 Wagner Uliasz/Afete ONU

Fonte: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ (2016)

Tendo em vista que as varas/juizados especializados em violência doméstica e familiar atribuem competência para julgar apenas crimes no âmbito doméstico contra a mulher, atuando com profissionais capacitados para tratar dessa questão tão singular e delicada, os municípios que não possuem tais varas, acabam por sair prejudicados, pois os processos são julgados em varas criminais comuns, com profissionais sem qualificação para tratar tais conflitos. Sobre o tema, no site do Conselho Nacional de Justiça, a juíza do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar do Rio de Janeiro, Katerine Jathy Kitsos Nygaard, diz que

Para certos magistrados, acostumados a analisar casos criminais diversos, conflitos íntimos não precisam sequer virar processo. Não são poucos os que acham que juiz não tem que intervir na relação privada do casal. Muitos deles ou não aplicam as medidas protetivas devidas ou mesmo deixam de condenar o homem por achar que o direito penal é muito severo para uma relação familiar. (NYGAARD, 2017)

Assim, nota-se a necessidade de ser instituído os Juizados de Violência Doméstica e Familiar em todas as cidades do país, conforme prececiona a Lei Maria da Penha, uniformizando a sua aplicação, como forma de encorajar as mulheres a denunciar as agressões, vez que se sentirão mais à vontade num ambiente criado com o intuito de ajudá-las. Ademais, tal uniformização trará maior celeridade para o julgamento de tais processos, que carregam uma maior carga sentimental, por ocorrer no seio familiar.

Além dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, é necessário que também sejam instituídos em todos os municípios, os programas e políticas públicas determinadas pela Lei n° 11.340/06, a fim de combater a violência contra a mulher no ambiente familiar.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, resta claro que, logo da sua entrada em vigor, a Lei Maria da Penha trouxe consideráveis avanços no enfrentamento à violência doméstica. No entanto, após 13 (treze) anos de sua vigência apresenta algumas lacunas decorrentes da necessidade de se criar

mais institutos que proíbam a violência doméstica, assim, representando desafios que ainda necessitam serem enfrentados para que possa ter um maior combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, o presente trabalho apresentou três desafios que ainda dificultam a eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica, quais sejam, a aplicação das escusas absolutórias no contexto de violência doméstica, o silêncio da vítima e a aplicação desigual da Lei Maria da Penha no Brasil.

No que tange ao primeiro desafio, restou evidente a necessidade da Lei nº 11.340/06 criar um instituto que proíba a aplicação das escusas absolutórias nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que ao ocorrer a aplicação de tais escusas, abre-se margem para o agressor violentar a vítima e não ser responsabilizado criminalmente, continuando a ter poder sobre ela.

Em relação ao segundo desafio aqui elencado, qual seja, o silêncio da vítima, conclui-se que os principais motivos para o silêncio da vítima são o medo do agressor, a vergonha de relatar a violência, a dependência psicológica da vítima para com o agressor, a qual desencadeia outros motivos para a inércia da vítima, como a inversão da culpa e a crença na mudança do parceiro, além da dependência financeira. Neste modo, percebeu-se que o silêncio da vítima acaba por possibilitar a impunidade do agressor, e assim permitir que ele continue a cometer ilícitos penais no âmbito doméstico. Outrossim, ficou constatado que para combater tal desafio é necessário que haja efetivação dos dispositivos da Lei Maria da Penha referentes às políticas públicas voltadas a esse tema, proporcionando a reeducação da sociedade e o empoderamento feminino.

O último desafio citado no presente trabalho, diz respeito à aplicação desigual da Lei nº 11.340/06 no Brasil. Nesta senda, conclui-se a partir dos dados aqui expostos, que a violência contra a mulher ocorre em maior índice nos municípios menores, justamente onde se tem o menor número de políticas públicas voltadas ao combate da violência doméstica e de varas especializadas em tal assunto. Em virtude dos dados e da necessidade de efetivação do disposto pela Lei Maria da Penha, se torna necessária a uniformização da aplicação da Lei em todo país, criando-se Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todos os municípios brasileiros, bem como criando-se programas e políticas públicas, a fim de

encorajar a vítima a denunciar, além de reeducar toda a sociedade e principalmente o agressor. Ademais, a instauração de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todos os municípios do país, trará uma maior celeridade ao Poder Judiciário.

Portanto, conclui-se que, embora, a Lei Maria da Penha tenha sido um marco extremamente importante no combate à violência doméstica, ainda é necessário enfrentar alguns desafios para erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

## REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. Companhia das Letras, 2014.

APLICAÇÃO da lei Maria da Penha é desigual no Brasil. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI275734,-61044-Aplicacao+da+lei+Maria+da+Penha+e+desigual+no+Brasil>>. Acesso em: 05 junho 2019.

BANDEIRA, Regina. Juizados de violência doméstica ainda são insuficientes no interior do país. In: Agência CNJ de Notícias, março de 2017. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84405-juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes> >. Acesso em 06 junho 2019.

BIACHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/06: aspectos Assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 3<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial, Brasília/DF, 05 out 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 07 de agosto 2019.

\_\_\_\_\_. DECRETO Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. **Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994**. Diário Oficial, Brasília/DF, 01 ago 1996. Dis-

ponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em 16 junho 2019.

\_\_\_\_\_. **DECRETO-LEI Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Diário Oficial, Brasília/DF, 31 DEZ 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 08 agosto 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Violência e o pacto de silêncio. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 14 Dez. 2002. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/2043-violencia-e-o-pacto-de-silencio>>. Acesso em: 05 julho 2019.

DIP, Andrea; FONSECA, Bruno. As cidades que mais matam mulheres no Brasil. Disponível em: <<https://apublica.org/2017/10/as-cidades-que-mais-matam-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em 06 junho 2019.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Aplicabilidade das Escusas Absolutórias nos Crimes Patrimoniais contra a mulher no ambiente doméstico e familiar: Posição Contrária – Jornal Carta Forense: São Paulo, 2017.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

IBGE. População Ananindeua. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/ananindeua/panorama>> Acesso em 09 junho 2019.

IBGE. População Camaçari. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/camacari/panorama>> Acesso em 09 junho 2019.

IBGE. População Canoas. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/canoas/panorama>> Acesso em 09 junho 2019.

\_\_\_\_\_. LEI 10.741/03. **Estatuto do Idoso**. Diário Oficial, Brasília/DF, 03 out 2003. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm) >. Acesso em 07 agosto 2019.

\_\_\_\_\_. LEI 11.340/06. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Diário Oficial, Brasília/DF, 08 ago 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 08 de agosto de 2019

OLIVEIRA *et al.* Mulheres vítimas de violência doméstica: uma abordagem fenomenológica – **SciELO**: Florianópolis, 2015.

PARA ONU, Lei Maria da Penha é uma das mais avançadas do mundo. Disponível em <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2110644/para-onu-lei-maria-da-penha-e-uma-das-mais-avancadas-do-mundo>>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

RECOMENDAÇÃO n° 9 de 08/03/2007. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1217>>. Acesso em 06 julho 2019.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil. In: Flasco Brasil, 2015. Disponível em <[https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015\\_mulheres.php](https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php) >. Acesso em 06 junho 2019.

# O DIREITO COMO MEIO DE FOMENTO OU DE OPRESSÃO AO MOVIMENTO FEMINISTA À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

*Letícia Christina Moraes Bezerra*

*Ricardo Tavares de Albuquerque*

## INTRODUÇÃO

O Feminismo é um movimento social, político e filosófico defensor da igualdade de direitos entre mulheres e homens. A depender do momento histórico analisado, é possível perceber que a norma jurídica brasileira já atuou tanto como opressora quanto como apoiadora do movimento feminista.

A partir de tal premissa, o problema a ser enfrentado neste artigo se constitui em averiguar como cada Constituição Federal afetou o direito das mulheres de sua época e qual foi a reação feminista por ela desencadeada, de forma a perceber a maneira com a qual a edição dos textos constitucionais levou ao crescimento e avanço do movimento feminista.

Assim, o objetivo geral deste artigo é analisar a dicotomia presente na atuação do Direito quanto ao movimento feminista no Brasil à luz das garantias concedidas pelos textos constitucionais ao longo do tempo. Para atingir este objetivo, foi empregado o método de procedimento histórico, a abordagem dialética e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa tem por base os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais que regeram a história brasileira, analisados sob a perspec-

tiva de gênero, especificamente como cada legislação afetou o movimento feminista da época e quais foram as consequências fáticas experimentadas pelas mulheres de cada período histórico.

Analisa-se, inclusive, como tais modificações do poder constituinte originário afetaram a evolução do movimento feminista, quais foram os direitos por ele conquistados e se tais prerrogativas foram garantidas ou se foram oprimidas pela Lei Maior. Desse modo, será estudado como o feminismo cresceu e se desenvolveu, como se tornou uma luta multifacetada, caracterizada pela interseccionalidade e, ainda assim, pela igualdade.

## EVOLUÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA

O movimento feminista, desde seu berço, busca a igualdade social, política e econômica entre os gêneros. Desse modo, o feminismo procura, em sua prática enquanto movimento, superar as formas de organização tradicionais, marcadas pela assimetria e pelo autoritarismo (BRANCA, 2017).

A atuação do movimento feminista foi, ao longo do tempo, dividido em ondas, caracterizadas pelos objetivos de cada luta do gênero feminino e, conforme foram sendo conquistados direitos, novas reivindicações surgiam, com o objetivo permanente de se alcançar a paridade social entre os sexos, razão pela qual o empenho feminista perdura até os dias atuais.

A primeira onda do movimento surgiu a partir do século XIX, encabeçado por mulheres conhecidas como sufragistas, as quais objetivavam principalmente o direito ao voto feminino. Esta fase se caracterizou pela busca da “igualdade jurídica, do direito ao voto e do acesso à instrução e às profissões liberais, além da oposição a casamentos arranjados e à propriedade de mulheres casadas por seus maridos.” (CONSOLIM, 2017).

Tal onda ganhou força principalmente no século XX, uma vez que, durante a Segunda Guerra Mundial, as mulheres assumiram papéis antes somente executados por homens, ganhando certo espaço no mercado de trabalho. Foi este avanço laboral que desencadeou o movimento conhecido como “We Can Do It!”<sup>54</sup>, o qual encorajava as mulheres a participar da produção de guerra e a trabalhar nos estaleiros e nas fábricas, incorporando a força de trabalho feminina à indústria.

---

54 “Nós podemos fazer isso!”, em tradução livre.

Todavia, com o fim da guerra e o conseqüente retorno dos homens à sociedade, as mulheres voltaram a executar o ofício que antes lhes era atribuído: o de mãe, esposa e dona de casa. Em análise a este período, Simone de Beauvoir estudou a visão da coletividade sobre o gênero feminino, concluindo que, sendo a sociedade um organismo fortemente patriarcal, as mulheres eram vistas como seres secundários, existentes para realizar funções determinadas e limitadas: “O homem é definido como ser humano e a mulher é definida como fêmea. Quando ela comporta-se como um ser humano ela é acusada de imitar o macho.” (BEAUVOIR, 1949).

A segunda onda do feminismo, por sua vez, ocorreu no século XX, entre 1960 e 1980 e objetivou a libertação da mulher tanto no âmbito público quanto no privado. Esta onda atuou como uma reação contra a domesticidade renascida no pós guerra, reforçada ativamente pelos meios de comunicação midiática, que idealizavam a atuação da mulher dentro de casa e em submissão ao seu marido:

Repetidas vezes, os textos nas revistas femininas insistem que as mulheres só podem conhecer a satisfação no momento em que dão à luz uma criança. Elas negam os anos em que ela (a mulher) não pode mais ansiar por dar à luz, mesmo que tente repetidas vezes. Não há outra maneira de sonhar consigo mesma, exceto como mãe de seus filhos, esposa do marido. (FRIEDAN, 1963).

Nesse período as mulheres alcançaram grandes conquistas: o direito de trabalhar independente da autorização de seus cônjuges; o de poder ser reconhecida como vítima de estupro cometido por seu marido; e o de ter acesso à pílula anticoncepcional, que aumentou as chances da mulher no mercado de trabalho. Além disso, o movimento ganhou força em 1963 com a edição do Equal Pay Act e da Lei dos Direitos Civis, em 1964, bem como com a criação do National Organization for Women - NOW<sup>55</sup>, em 1966.

A terceira onda do movimento feminista surgiu entre as décadas 80 e 90 com o intuito de questionar os padrões de feminilidade criados pela mídia durante a segunda onda. Nesse período o movimento entrou em expansão, passando a alcançar um grupo mais diversificado, não encaixado do arqueótico social “ideal” de mulher branca, cisgênero, hétero,

---

55 “Organização Nacional para Mulheres”, em tradução livre

magra e de classe média. Assim, o feminismo passou a ser representado também por mulheres como Bell Hooks e Audrey Lorde, importantes escritoras feministas que encabeçaram a luta contra a chamada “ditadura da beleza”.

Por fim, alguns estudiosos discutem a existência de uma quarta onda, nascida em meados de 2010, que se associa com uso das redes sociais e da internet para combater o machismo, a desigualdade de gênero, os padrões de beleza, o assédio sofrido por mulheres, a cultura do estupro e para fomentar discussões sobre interseccionalidade, responsável por defender o feminismo como um movimento corpo-positivo, anti-racista, trans inclusivo, pró-escolha, anticapacitista e contra o classicismo.

## CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DE 1824

A primeira constituição brasileira foi a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 24 de março de 1824, elaborada a pedido de D. Pedro I pelo de Conselho de Estado, constituído por dez cidadãos de sua confiança, responsáveis por preparar uma constituição mais liberal do que a redigida pela extinta Assembleia Constituinte.

A Constituição de 1824 é, dentre as existentes até hoje, a de maior tempo de vigência: de março de 1824 a novembro de 1889, com o total de 65 anos. Segundo o jurista Raul Horta, três são as principais características deste Texto Constitucional: a flexibilidade, pois suas normas eram semirrígidas; a incorporação constitucional do Poder Moderador, base de toda organização política; e a liberalidade, posto que seu texto previu garantias e direitos individuais nos 35 incisos do art. 179. (HORTA, 2003).

Neste período, no auge do século XIX, as mulheres iniciavam sua luta na primeira onda feminista, em busca do direito à cidadania, de direitos políticos e civis, em suma, de serem reconhecidas como seres revestidos de personalidade na sociedade. Todavia, apesar de tais aspirações, a mulher somente foi mencionada na Constituição de 1824 no tocante à sucessão imperial, tendo a Lei maior somente definido como cidadãos os homens com 25 anos ou mais com renda de cem mil réis, com exceção dos analfabetos que, a partir de 1881, foram proibidos de votar.

Assim, as mulheres e os escravos não eram sequer considerados seres revestidos de direitos, motivo pelo qual foram excluídos políticos no

período imperial. Houve, ainda nesse período, um fomento ao isolamento entre mulheres, consequência da atividade dos missionários, que, ao impor o casamento cristão, fragmentaram os grupos familiares existentes antes da colonização dos povos nativos da América.

No entanto, as limitações impostas pela Lei Maior não impediram as mulheres de clamar por seus direitos: Dionísia Gonçalves Pinto (1810-1885), mais conhecida como Nísia Floresta, uma das primeiras feministas brasileiras, acreditava que a educação era a base para a emancipação da mulher. Por este motivo, a autora e educadora traduziu, em 1832, o livro *Direitos das Mulheres e Injustiça dos Homens*, considerada uma tradução livre de *A Vindication of the rights of woman* de Mary Wollstonecraft.

Outro acontecimento basilar para a evolução do movimento feminista na época foi o surgimento da imprensa feminina alternativa com periódicos como o *Jornal das Senhoras*, criado em 1852 por Juana Noronha e *O Sexo Feminino*, de Francisca Diniz, publicado em 1873, no qual, em um de seus editoriais, afirmou: “Não sabemos em que grande república ou republiqueta a mulher deixe de ser escrava e goze de direitos políticos, como o de votar e ser votada. O que é inegável é que em todo o mundo, bárbaro e civilizado, a mulher é escrava”.

Assim, em 1879, talvez como forma de concessão frente às supra-mencionadas reivindicações, o governo brasileiro permitiu que as mulheres cursassem o ensino de terceiro grau. Contudo, havia ainda grande preconceito contra as mulheres que buscaram este nível educacional, posto que, aos olhos da sociedade, estas estavam agindo “contra a natureza”.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1891

Em meados de 1889 surgiram discussões políticas acerca da elaboração de um novo texto constitucional, motivo pelo qual, após vários meses de negociações entre as autoridades brasileiras, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a primeira a instituir a forma de governo republicana e o regime de governo presidencialista, rompendo, com a monarquia antes instaurada. Suas principais características eram a descentralização dos poderes, a autonomia dos entes integrantes do Estado e a nomeação de chefes do Poder Executivo, intitulados presidentes de estado.

Apesar de os direitos políticos femininos terem sido discutidos entre os deputados responsáveis por elaborar a Constituição de 1891, o texto final permaneceu uma incógnita acerca do cenário político das mulheres, pois ainda que o voto feminino não fosse expressamente proibido, também não era garantido. Assim, aproveitando-se da obscuridade do texto constitucional, os intérpretes da lei permaneceram cerceando o movimento feminista, agindo como verdadeiros opressores dos direitos das mulheres, as quais não puderam votar ainda por muitas décadas.

Não obstante, na tentativa de assegurar seu direito ao voto, muitas mulheres em todo o país tentaram, apesar de sem sucesso, alistarem-se como eleitoras. Por muitos anos estas recusas se basearam em justificativas fracas e infundadas, divididas em duas correntes antagônicas: a primeira afirmava que os homens, seres dotados de discernimento e equilíbrio, eram superiores às mulheres, sendo estas mentalmente inferiores e retardadas, ou que, dada sua natureza delicada, “bastava a menor perturbação nervosa, um susto, um momento de excitação, para que elas se pervertessem” (TELES, 1983). A outra corrente, por sua vez, sustentava ser a mulher uma figura cândida, revestida de tamanha pureza que Deus lhe reservara o digno dever de atuar no lar, motivo pelo qual ela deveria ser protegida do “mal da política”.

Independente do motivo que embasava a recusa, estava clara a existência de um injustiça política, razão porque as sufragistas brasileiras, em destaque a professora Leolinda Daltro e a escritora Gilka Machado, fundaram em 1910 o Partido Republicano Feminino. A fundação do partido foi baseada na premissa de que, se a Constituição determinava como excluídos políticos, em suma, os mendigos e analfabetos, o voto feminino, por não ser vedado, era permitido.

Contudo, apesar das lutas constantes, a sociedade da época ainda considerava que a não concessão do direito ao voto condizia com o estado de subalternidade da mulher, entendimento esse fortemente ratificado pela entrada em vigor do Código Civil de 1916, o qual expropriou da mulher casada sua capacidade jurídica, uma vez que a esta era concedida a condição de relativamente incapaz, a mesma atribuída aos silvícolas, aos pródi-gos e aos menores impúberes.

Ao ver os avanços nos direitos conquistados pelo movimento feminista no exterior, as mulheres brasileiras tomaram ainda mais consciência

do papel secundário que a sociedade lhes atribuía. Acerca deste assunto, Bertha Lutz, brasileira educada na Europa, afirmou:

As mulheres russas, finlandesas, dinamarquesas e inglesas (...) já partilham ou brevemente partilharão do governo, não só contribuindo com o voto como podendo ser elas próprias eleitas para o exercício do Poder Legislativo (...) Só as mulheres morenas continuam, não direi cativas, mas subalternas. (LUTZ apud PINTO, 2003).

Assim, durante toda a década de 1920, dada a crise da República Velha, gerada pelo domínio oligárquico de São Paulo e Minas Gerais e por outros fatores desfavoráveis à economia e à política no país, diversos setores sociais manifestaram seu descontentamento, ora através de atos de rebeldia, ora pela criação e promoção de movimentos como o tenentismo, o modernismo e, inclusive, o feminismo.

Eis que, com a edição do Decreto n. 21.076 de 24 de fevereiro de 1932, também chamado de novo Código Eleitoral, o movimento feminista garante uma importante vitória: o direito de votar e de ser votada, a ser incorporado na Constituição Federal de 1934. Em verdade, a primeira proposta do código feita sob o governo provisório de Vargas limitava o voto feminino apenas às mulheres solteiras e viúvas acima de 21 anos, devendo as mulheres casadas obter autorização dos marido. Em resposta, as organizações feministas como a FBPF e a ANM (Aliança Nacional de Mulheres, fundada em 1930 por Nathércia Silveira), iniciaram uma campanha nacional para extinguir tais limitações, de modo que foi promulgado o novo Código Eleitoral, a garantir o voto feminino sem restrições.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934

A Constituição Federal de 1934, também chamada de Constituição da República Nova, foi considerada um marco progressista no Brasil, dado que, consoante seu preâmbulo, foi criada “para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”. Inspirada na Constituição de Weimar, este regimento foi promulgado por Getúlio Vargas, que governou o país

por decreto desde a Revolução de 1930 até 1933, após a derrota da Revolução Constitucionalista de 1932.

Vargas indicou Bertha Lutz e Nathércia Silveira para a comissão especial encarregada de redigir a proposta da constituição que seria analisada pelo Congresso Nacional. Assim, conforme discutido anteriormente, o direito ao voto feminino estava entre as principais inovações da Lei Maior, juntamente com a instituição dos direitos básicos do trabalhador, como a jornada máxima de oito horas diárias, as férias e o repouso semanal remunerados. Em 1934 foi criada a União Feminina, posteriormente integrada à Aliança Nacional Libertadora (ANL), com participação socialista, comunista e com caracteres anti imperialistas.

Ocorre que, com o destaque social trazido pela carta constitucional e o conseqüente crescimento da participação popular no cenário político, as oligarquias de São Paulo e Minas Gerais, juntamente com a burguesia, sentiram-se ameaçadas pelo crescimento organizacional da classe trabalhadora brasileira e suas pretensões, de modo que os conflitos ideológicos, rivalidades regionais, resistências à sucessão presidencial e outros fatores provocaram a queda deste regime constitucional através do golpe de estado que instituiu o Estado Novo.

Assim, foi instaurado no Brasil um movimento autoritário, anti socialismo e anti liberalismo, similar ao fascismo italiano, que levou, em 1935, à dissolução cassada de associações como a ANL e a FBPF e à prisão de suas líderes e aliadas, de maneira que o movimento feminista sofreu grave retrocesso após o fim da Constituição de 1934.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937

No dia dez de novembro de 1937, através de um pronunciamento em rede nacional, Getúlio Vargas instituiu a ditadura do Estado Novo, o qual tinha, segundo ele, o objetivo de “reajustar o organismo político às necessidades econômicas do país” (VARGAS, 1941). Desta forma, nasce a Constituição Federal de 1937, outorgada a serviço dos detentores do poder, rompendo com a integração entre povo e governo, uma vez que apenas uma minoria usufruía da participação política.

Houve nessa época, com apoio da Lei de Segurança Nacional, dura represália a movimentos revolucionários como a Intentona Comunista de

1935, bem como notória censura midiática, sendo o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) encarregado da apreciação dos meios de imprensa e propaganda, fazendo com que muitos direitos básicos, como a liberdade de expressão e de associação, fossem cerceados.

Como consequência, o cenário político e eleitoral durante o Estado Novo mudou drasticamente e a participação da mulher, que gradualmente crescia, cessou. Assim, o movimento feminista perdeu força graças à hostilidade apresentada pelos líderes do regime militar acerca das demandas femininas, em especial quanto à igualdade (HAHNER, 2003).

Esta antipatia se destacou principalmente nas leis trabalhistas da época, que almejavam novamente rebaixar a mulher no mercado de trabalho. Prova disso foi a edição do Decreto nº 2.548 de 1940, o qual novamente permitiu a diferença salarial em razão do sexo: “Para os trabalhadores adultos do sexo feminino, o salário mínimo, respeitada a igualdade com que vigorar no local, para o trabalhador adulto do sexo masculino, poderá ser reduzido em 10%” (Decreto lei n. 2.548/1940, art. 2º).

Foram, ainda, editadas leis com o suposto condão de proteger a mulher no ambiente de trabalho, mas que somente prejudicavam sua atuação, como, por exemplo, a proibição do trabalho noturno ou do considerado insalubre ou perigoso, instituída para, alegadamente, salvaguardar as mulheres. Ocorre que tal impedimento somente serviu para gerar demissão em massa das mulheres empregadas em fábricas, restaurantes e bares. Na prática, esta medida “estabelecia uma reserva de mercado aos homens, muitos dos quais clamavam pela restrição do emprego feminino, de modo a que estas não ocupassem vagas que pertenceriam aos chefes de família” (WOLFE, 1994).

Apesar disso, algumas mulheres ainda buscavam trabalho fora do lar e, por mais que trabalhassem por necessidade econômica, eram mal vistas, como se agissem contra sua natureza. Aos olhos da sociedade, ideal seria se exclusivamente trabalhassem em casa, cumprindo seu dever básico e essencial: “Seria agradável se se pudesse riscar do vocabulário humano a palavra operária [...] como é impossível, resta aos governos [...] minorar o sofrimento” (CALLAGE, 1941).

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946

Em 18 de setembro de 1946, Eurico Gaspar Dutra promulgou a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, também chamada de Cons-

tituição da República Populista, restabelecendo as liberdades previstas na Constituição de 1934 que haviam sido extintas em 1937.

Ao prever a igualdade de todos perante a lei, a liberdade de manifestação e pensamento, a inviolabilidade da casa e o sigilo da correspondência, entre outros direitos básicos, a constituição em comento atuou como avanço da democracia e das liberdades individuais do cidadão.

Não obstante as limitações práticas ao exercício das liberdades asseguradas pela Constituição de 1946, as mulheres brasileiras continuaram sua luta em prol dos direitos civis: em 1952 ocorreu a primeira Assembleia Nacional de Mulheres, cuja pauta era a obtenção de igualdade de direitos entre os gêneros; em 1954 houve a Conferência sobre os Direitos da Mulher na América Latina, a qual tratou de assuntos como a democracia e a anistia; em 1962, após inúmeras reivindicações, foi editado o Estatuto da Mulher Casada, considerado um marco na emancipação feminina, pois alterou o Código Civil de 1916, dando à mulher casada capacidade plena aos 21 anos.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967

A Constituição Brasileira de 1967 foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 através do Ato Institucional n. 4, o qual atribuiu ao constituinte originário poder de forma ilimitada e soberana, afastando a oposição e legalizando a ditadura, com duração de 1964 a 1985. Em 1969 a constituição recebeu alterações feitas pelos Ministros militares no exercício da Presidência da República que, apesar de terem sido formalmente uma emenda, foram, materialmente, uma nova Constituição outorgada.

Apesar dos avanços ocorridos durante a década de 1950, em 1964 o golpe militar reprime o movimento feminista em todas as suas vertentes, pois quaisquer manifestações eram firmemente rechaçadas. A fim de mascarar a retaliação do movimento feminista e de dar ao Estado ares de democracia, o governo promoveu a “Marcha da Família com Deus pela Liberdade”, levantando bandeiras de proteção à nação contra a suposta ameaça do comunismo, prestigiando os militares e seus apoiadores.

Contudo, assistir a segunda onda do feminismo fervilhar na Europa e nos Estados Unidos em busca da libertação da mulher tanto no ambiente privado quanto no público, incentivou a luta feminina pelo fim da dita-

dura militar. Desse modo, as mulheres passaram a se organizar em uma grande militância contra o regime ditatorial, lutando inclusive junto aos homens que faziam parte da resistência.

Esta atuação do feminismo como um grupo *uno* que agia independentemente de classe social e orientação política foi bem visto pela sociedade durante o período da ditadura: “No momento da guerrilha, o fato de estar lutando ombro a ombro com os homens faz com que você rompa com o machismo, mas isso não significa que, quando termina a guerrilha, não exista um retorno à situação anterior ” (MURAT, 2018)<sup>56</sup>. A busca pelas liberdades democráticas unificou as mulheres em prol do objetivo de redemocratizar o país, inclusive na luta armada, onde os aspectos de bravura e honra eram relacionados somente à figura masculina.

A ditadura foi um período de trevas para a liberdade *lato sensu*, aqueles que contra ela se manifestavam eram fortemente rechaçados, e com as mulheres não foi diferente: perseguição política, exílio forçado, tortura física, psicológica e sexual eram a resposta militar para o movimento liberal feminista:

As mulheres eram submetidas a torturas e muitas delas sexuais. Houve depoimentos de que os militares levavam os filhos de presas para assistirem às sessões. A Amelinha Teles, conta que levaram o filho dela à sala de tortura e a criança perguntou, ‘- Mãe por que você está azul?’. A Amelinha só se deu conta que seu corpo estava tomado de hematomas naquele momento. (WOLFF, 2014)<sup>57</sup>.

Com o aumento exorbitante da inflação, o fomento da dívida externa, a manutenção das perseguições políticas e de outras medidas desvantajosas tomadas pelo governo ditatorial, em 1983 cresce no país o movimento “Diretas Já”, resultado da união de diversas lideranças políticas em busca das eleições diretas para presidente. Como consequência, em maio de 1985, o Congresso Nacional aprovou uma emenda constitucional que encerrava parte das disposições ditatoriais; em julho do mesmo ano foi

---

<sup>56</sup> Entrevista feita ao Jornal O Globo. 1968: Mulheres que lutaram contra a ditadura e contra o machismo. Edição de Helena Borges.

<sup>57</sup> Palestra “Feminismo, configurações de gênero e a ditadura no Brasil” feita pela professora Cristina Scheibe Wolff no Instituto Humanitas Unisinos – IHU em 02 de abril de 2014.

enviada a Emenda Constitucional 26, convocando a Assembleia Nacional constituinte, devidamente aprovada em 22 de novembro, perdurando até 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal.

No que tange à participação feminina na redemocratização, em 1985 foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), com a participação ativa da sociedade, cuja repercussão levou à aprovação da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, em 1987, elaborada a partir de diversos encontros regionais que reuniram demandas garantidas pelo “Lobby do Batom”, formado pelo CNDM, pelas feministas e por vinte e seis deputadas constituintes que lutaram pela inclusão da igualdade formal de direitos entre mulheres e homens no Brasil no texto constitucional.

## CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte e promulgada em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil ficou conhecida como Constituição Cidadã, por ter sido criada durante a redemocratização do país, rompendo com a ditadura militar. A carta política restabeleceu a democracia, instituiu direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, avançou na proteção ao meio ambiente, aos direitos indígenas e aos direitos das mulheres.

No tocante aos dispositivos que apoiam o avanço feminino, a carta magna garantiu, em seu art. 5.º, I, o direito à igualdade, bem como assegurou plena cidadania à mulher, levando à uma grande alteração na composição dos espaços sociais. Dessa forma, a mulher conquistou mais autonomia no lar, maiores oportunidades no mercado de trabalho e melhor acesso à educação. Tais conquistas levaram ao crescimento do movimento feminista como um trabalho a favor da sociedade e dos grupos que a compõem, revelando uma grande diversidade dentro do movimento, que foi chamado de “interseccionalidade”.

Graças ao retorno da liberdade de expressão e de associação, em dezembro de 1988 ocorre o I Encontro Nacional de Mulheres Negras, a fim de trazer à tona questões do feminismo negro. Em 1995 ocorre a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que firmou compromisso de promoção da igualdade de gênero, tendo como consequência a aprovação

da Lei 9.100/1995, a qual institui o sistema de cotas femininas, prevendo 20% das vagas de cada partido ou coligação para o cargo de vereador daquela eleição para candidaturas de mulheres. Em 1997 é aprovada a Lei 9.504/1997, responsável por reservar 30% das candidaturas dos partidos ou coligações para cada sexo em eleições proporcionais.

Em 2002 passa a vigorar o Novo Código Civil, cujo texto cessa a diferenciação entre homens e mulheres para obtenção da capacidade civil plena, trazendo, em seu art. 5º, unicamente o critério de idade para tanto, assim, o Código não inclui mais as mulheres no rol dos relativamente incapazes. Com este texto legal, as mulheres conquistam também direitos reais como o de alienar ou gravar de ônus real bens imóveis ou prestar fiança, o que pelo Código de 1916 só podia ser feito por homens. Ademais, pelo artigo 1.567 do presente Código, fica assegurada a igualdade de gêneros também no âmbito familiar: “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

A fim de atender demandas feministas ferrenhas contra a violência doméstica como a campanha “Quem ama não mata”, em 2006 entra em vigor a Lei Maria da Penha, a representar uma grande conquista do feminismo para a segurança da mulher no ambiente familiar, sendo considerada pela Organização das Nações Unidas como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres. Outra vitória acerca da proteção da mulher foi a aprovação da Lei n. 13.104/15, a qual altera o Código Penal brasileiro, incluindo o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio.

Hodiernamente, o direito tem sido importante meio de fomento à independência da mulher no ambiente doméstico, no trabalho, na esfera pública e na privada. Todavia, muitos direitos ainda não foram garantidos porque a lei cria empecilhos à autonomia feminina ou porque não age ativamente para cessar a opressão social que ocorre cotidianamente contra as mulheres.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O feminismo, na busca pela igualdade entre homens e mulheres, ambiciona a atuação jurídica estatal tanto nas relações horizontais, entre

particulares, que teoricamente possuem paridade de direitos, quanto nas relações verticais, entre Estado e particular.

Desse modo, a análise do movimento feminista como resposta à atuação do Estado é essencial para que se compreenda quais Constituições Federais salvaguardaram a conquista de direitos das mulheres e quais reprimiram os direitos desse gênero.

Assim, o texto constitucional algumas vezes age como instituidor de medidas responsáveis por beneficiar as mulheres, como a Constituição de 1934, que assegurou o livre voto feminino e a Constituição de 1988, garantidora da igualdade entre os gêneros em seu art. 5º, I.

Outras vezes, porém, a carta magna é responsável por injustas opressões à este gênero, como a Constituição de 1924, cujo texto sequer considerava a mulher como sujeito de direitos e a Constituição de 1967, que retira a liberdade de expressão e associação e impede o avanço feminista.

De todo modo, da análise do contexto histórico, político e social de cada constituição brasileira e da conseqüente reação feminista por esta motivada, é possível perceber que a atuação jurídica do Estado muitas vezes foi a faísca que alimentou o fogo do avanço feminista.

Após tantos avanços e retrocessos, o movimento feminista permanece buscando a igualdade entre os gêneros, a visibilidade social, política e econômica da mulher, o fim da disparidade salarial em razão do sexo entre aqueles que realizam o mesmo ofício, a não objetificação midiática do corpo feminino, a não imposição de padrões corporais e comportamentais às mulheres, maior atuação estatal para garantir segurança às mulheres em ambientes públicos e privados, a não discriminação de mulheres trans e das demais integrantes da comunidade LGBTI+ (lésbicas, gays, trans, intersexuais e outros), e tantas outras medidas necessárias para que se alcance, enfim, a tão almejada isonomia social entre os gêneros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Branca Moreira. **Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1980.

\_\_\_\_\_.; PINTANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo (Primeiros Passos)**. Petrópolis: Brasiliense, 2017.

- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo. Fatos e mitos.** São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1961.
- CALLAGE, Fernando do. O trabalho da mulher em face da legislação social brasileira. **Cultura política.** Ano III, n. 19, setembro de 1942. Disponível em <[http://memoria.bn.br/pdf/163538/per163538\\_1942\\_00019.pdf](http://memoria.bn.br/pdf/163538/per163538_1942_00019.pdf)>. Acesso em 20 de julho de 2019, p. 36-37.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho.** 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008
- CONSOLIM, Veronica Homs. **Segunda onda feminista: desigualdade, discriminação e política das mulheres.** 2017. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/09/14/segunda-onda-feminista-desigualdades-culturais-discriminacao-e-politicas-das-mulheres/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.
- CSISZAR, Sean Anderson. **1.824 - A Constituição Política Do Império Do Brasil.** São Paulo: Rising Star Books, 2017.
- FRIEDAN, Betty. **The Feminine Mystique.** W.W.Norton & Company, Inc. 2013.
- HAHNER, Juner Edith. **Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940.** Florianópolis: Mulheres, 2003.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MATOS, Maria Izilda S. de. **Por uma história da mulher.** 2. ed. Bauru: EDUSC, 2000.
- MERLINO, Tatiana. **Direito à memória e à verdade: Luta, substantivo feminino.** São Paulo: Editora Caros Amigos, 2010.
- MURAT, Lúcia. **1968: Mulheres que lutaram contra a ditadura e contra o machismo.** Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/1968-mulheres-que-lutaram-contraditadura-contramachismo-22759477>>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

SCHIEBINGER, Linda. **O feminismo mudou a ciência?** Bauru: EDUSC, 2001.

SANTOS, Tânia Maria dos. **A MULHER NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**. Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto alegre, 2009. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, vol. 18, n. 36, Jun 2010.

VARGAS, Getúlio. **A nova política do Brasil**, 10 volumes. Brasília: Livraria José Olympio, 1941.

VIEIRA, Amanda dos Santos; SOUZA, Greyce Kelly. **FEMINISMO E GÊNERO DENTRO DA SALA DE AULA**. Disponível em <<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/download/4649/4247>>. Acesso em 23 de julho de 2019.

WOLFE, Joel. **“Pai dos pobres” ou “Mãe dos ricos”?: Getúlio Vargas, industriários e construções de classe, sexo e populismo em São Paulo, 1930–1954**. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, ANPUH/Marco Zero, vol. 14, nº 27, 1994.

WOLFF, Cristina Scheibe. Palestra. **Feminismo, configurações de gênero e a ditadura no Brasil**. Instituto Humanitas Unisinos – IHU, abril de 2014. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/170-noticias/noticias-2014/529926-feminismo-e-resistencia-a-ditadura-militar-desde-uma-perspectiva-de-genero>>. Acesso em 06 de agosto de 2019.

# O DIREITO À FELICIDADE COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA REUNIÃO FAMILIAR DOS REFUGIADOS

*Selmara Aparecida Batista de Oliveira Silva*

## Introdução

Ao analisarmos o conceito de felicidade, perceberemos que há opiniões bastante díspares, entretanto, existe um mínimo consenso no sentido de que a essência do conceito de felicidade permanece, estando comumente associado ao sentimento de bem-estar, prazer, emoção, dentre outros.

Em resumo, podemos dizer que a felicidade é semeada por sentimentos positivos capazes de nutrir a sua própria existência, mantendo a liberdade incondicional do indivíduo, alcançando o sentimento de forma mais íntima, dando-lhe satisfação plena.

Não é possível pensar em felicidade à base de imposições e sanções, limitando o cidadão das suas convicções, dos seus valores e dogmas, persuadindo-o com critérios avaliativos, demonstrando que essas atividades agregam ao bem-estar (LEAL, 2013, p. 258).

O direito à felicidade como instrumento de promoção da reunião familiar dos refugiados será discutido com base na análise crítica da obra de Saul Tourinho Leal, na qual se afirma que a felicidade não é apenas uma questão de “bem-estar” social, mas também de liberdade, igualdade, segurança, compaixão, empatia e reconhecimento do outro, garantindo efetividade aos direitos humanos (LEAL, 2013, p. 258).

Presume-se que todos os homens não apenas ambicionam, como sobretudo possuem o direito de ser felizes. Portanto, a falta de felicidade em uma nação (por motivo de perseguição política, crise econômica, ou qualquer outra discriminação) constitui fato bastante para garantir a esse indivíduo o direito de migrar, refugiando-se em outra nação.

Após chegar nesta nova nação, transtornado psicologicamente diante de tanta violência, não resta outra alternativa ao refugiado do que respirar fundo e acreditar que dias melhores virão e um dia estará reunido novamente com sua família.

Contudo, no país para onde imigra, o refugiado encontrará dificuldades impostas pela barreira do idioma, para encontrar habitação e emprego dignos e, o que receberá especial destaque no presente trabalho, reunir o seu grupo familiar.

Ao não conseguir unir-se à sua família, o refugiado sofre e, sem o amparo afetivo daqueles que o amam, seu projeto de felicidade se perde, restando apenas um indivíduo amargo, incompreendido, que não tem forças para acreditar no seu próprio futuro.

O que o Brasil tem feito para promover a reunião familiar dos refugiados? O ordenamento jurídico brasileiro ampara a família sem discriminação? Quais políticas têm sido adotadas para efetivar os direitos humanos dos refugiados?

## 1. Direito de Família: Uma Proteção do Estado

### 1.1 Os Reflexos da Entidade Familiar no Direito Brasileiro

A entidade familiar é um conceito que veio mudando ao longo dos anos, principalmente no atual cenário brasileiro. A família era considerada apenas em seu modelo tradicional, que se resumia em mãe, pai e filho. Vivíamos numa fase onde a figura masculina era enfatizada como única e exclusiva opção de liberdade.

Com o passar do tempo, a estrutura familiar foi se alterando, sobretudo em função dos dilemas impostos pela figura do concubinato: Para quem ficará a pensão do falecido: para a esposa ou para a concubina? Como será a divisão de bens? E os filhos nascidos fora do casamento?

Surgiram realidades que precisavam ser amparadas, motivo pelo qual o Brasil começa reformas visando maior igualdade e liberdade para todos. Entretanto, faltava ao modelo jurídico positivamente constitucional. Era necessário construir uma Constituição sólida, que não medisse esforços para defender toda a coletividade.

A família então ganha proteção do Estado e é disciplinada na atual Carta Magna, mais especificamente no artigo 226. Não obstante o caráter sintético do dispositivo Constitucional, dele emanam normas repletas de significado e que serão objeto de exaustivo estudo no presente trabalho.

O tema de Direito de Família também encontra respaldo do Código Civil de 2002, no Livro IV, que se dividiu em quatro títulos. O primeiro trata das disposições do casamento e das relações de parentesco. O segundo título traz a lume os direitos patrimoniais, alimentos, usufruto e bens de filhos menores. O terceiro versa sobre união estável. O quarto título cuida da tutela, curatela e a tomada de decisão apoiada, este último acrescentado pela Lei 13.146/2015.

Ainda sobre o tema, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente, que destaca políticas e programas para garantir efetivo exercício do convívio familiar, sendo fundamental para o melhor interesse do menor, a exemplo do inciso VI do artigo 87 da Lei 8.069/90 (BRASIL, 2019).

No mesmo sentido, torna-se imperioso descrever o “*caput*” do artigo 227 da Constituição, que assim dispõe:

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. (BRASIL, 2019). (Grifo nosso).

Percebe-se que o legislador foi cauteloso ao propiciar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre diversos direitos, a convivência familiar e comunitária, além de reprimir toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, o que abordaremos melhor no próximo capítulo.

A família é essencial para o crescimento do indivíduo. Sem contar as situações naturais, biológicas e psicológicas, também é a família que dará direcionamento em várias etapas da vida. A família possui influência nas opções profissionais e afetivas, além da vivência dos fracassos e sucessos (FARIA; ROSENVALD, 2014, p. 34).

Assim, é no contexto familiar que o indivíduo molda a sua personalidade, cuja a construção, apesar de ser o resultado de diversos fatores, tais como pessoais, sociais e culturais, depende, sobretudo, do seu núcleo familiar, que o encaminhará enquanto cidadão.

Antes da Constituição de 1988, a família biológica era composta pela figura do pai, mãe e filho. Atualmente, o ordenamento jurídico ampliou o conceito de família, criando diversas espécies. A esse respeito, Flávio Tartuce exemplifica: família informal, decorrente da união estável; família homoafetiva, derivada da união de pessoas do mesmo sexo; família monoparental, parte da convivência de parentes etc. (TARTUCE, 2014, p. 37).

O Estado brasileiro se propõe não apenas garantir proteção à família, como também amparar cada membro que integra o grupo familiar, criando mecanismos para evitar violência na esfera de suas relações. Assim reza o § 8º do artigo 226 da Constituição:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 2019)

A forma estampada na Carta Magna nos revela o dever do Estado em assegurar a base da sociedade, qual seja, a família. Ademais, percebe-se que o conceito de família é amplo, amparando cônjuge, filhos, pais, tios, primos e todos que integram o grupo familiar.

Importante salientar que no § 3º do referido dispositivo, o Estado reconhece e garante proteção à união estável entre homem e mulher, entretanto, para excluir qualquer preconceito ou discriminação, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Funda-

mental nº 132/RJ (Recurso Extraordinário nº 898.060) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF (Recurso Extraordinário nº 477.554), estendeu proteção à entidade familiar homoafetiva.

Além disso, no presente contexto, é relevante destacar o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia (Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão 26 e Mandado de Injunção 4733), o que só reforça a proteção da entidade familiar homoafetiva.

Ressalta-se também que o direito à reunião familiar dos refugiados, objeto do presente trabalho, é disciplinado na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97) e na Lei de Migração (Lei 13.445/2017, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro no Brasil), nas resoluções do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), tal como a Resolução 27/2018, e na Portaria Interministerial nº 12 e 13 de 2018.

Desta maneira, resta evidenciada a importância, no direito brasileiro, das mais variadas formas de entidade familiar. Assim, a proteção à família constitui questão da mais alta relevância. No entanto, esse conjunto de normas merece não só um aperfeiçoamento formal, mas sobretudo uma busca incessante por mais efetividade social do direito já positivado.

Não estamos falando de uma aproximação qualquer entre duas ou mais pessoas, mas, sim, da construção de um vínculo afetivo familiar, de raízes, portanto, muito profundas, a interferir na formação humana.

Como a própria Carta Magna ressalta no “*caput*” do artigo 226, a família é a base da sociedade, ou seja, o pilar, que dará resistência ao indivíduo, tornando-o um cidadão melhor, cabendo o Estado implementar medidas efetivas para promoção da reunião familiar.

## 1.2 A Reunião Familiar dos Refugiados

Refugiado é aquele indivíduo obrigado a deixar sua terra natal por motivo de perseguição política, religiosa, social, cultural, dentre outros, que coloquem a sua própria vida em risco (art. 1º e 2º da Convenção de Viena de 1951 e art. 1º, I da Lei 9.474/97).

Como vimos anteriormente, o direito à reunião familiar dos refugiados é disciplinado na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97) e na Lei de Migração (Lei 13.445/2017, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro no

Brasil), nas resoluções do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), tal como a Resolução 27/2018, e na Portaria Interministerial nº 12 e 13 de 2018.

O direito à reunião familiar que o presente artigo pretende abordar é o que permite ao indivíduo refugiado no Brasil receber seus pais, filhos, tios, primos e todo grupo familiar para, dessa forma, reencontrar a felicidade.

Ressalta-se que, apesar da “reunião familiar” não estar tipificada na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), usaremos a aplicação subsidiária da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que foi um grande avanço no Ordenamento Jurídico Brasileiro, principalmente por trazer a reunião familiar como um dos princípios e garantias da política migratória.

A Lei de Migração coloca a garantia do direito à reunião familiar como princípio e diretriz da política migratória brasileira (Lei n. 13.445/97, art. 3º, VIII). A mesma lei traz o direito à reunião familiar como algo a ser garantido ao migrante em território nacional (Lei n. 13.445/97, art. 4º, III). Ainda dentro dessa mesma legislação, há a previsão de concessão de visto temporário para fins de promoção de reunião familiar do migrante (Lei n. 13.445/97, art. 14, I, “i”).

Importa ressaltar que o visto temporário tem por objetivo permitir que o familiar do migrante possa estabelecer residência por tempo determinado no Brasil (Lei n. 13.445/97, art. 14, “caput”), sendo certo que visto é espécie de documento que objetiva conceder ao seu titular uma expectativa de ingresso em território nacional (Lei n. 13.445/97, art. 6º).

A reunião familiar também é garantida ao apátrida, para o qual nasce o direito de reunião a partir do momento do reconhecimento de sua condição de apatridia (Lei n. 13.445/97, art. 26, § 11). O apátrida é o indivíduo que não possui vínculo de nacionalidade com nenhum país, ou seja, não é reconhecido como nacional de nenhum país do globo (Lei n. 13.445/97, art. 1º, § 1º, VI).

A apatridia pode surgir por diferentes circunstâncias. Por exemplo, o ex-agente da agência de segurança americana Edward Snowden se tornou apátrida após perder sua nacionalidade americana por ter divulgado segredos do serviço secreto do país (SOUZA, 2013), ou seja, no caso de Snowden a apatridia surgiu como espécie de punição de natureza política em decorrência de seu ato de desobediência civil.

Retomando o estudo da Lei de Migração, há nela a previsão da concessão de autorização de residência ao imigrante, ao fronteiriço ou ao visitante com o objetivo de lhes permitir a reunião às suas famílias (Lei n. 13.445/97, art. 30, I, “i”). Adiante, o legislador abriu seção específica para tratar do direito à reunião familiar, especificando aquelas hipóteses nas quais o visto ou autorização serão concedidos:

Art. 37. O visto ou a autorização de residência para fins de reunião familiar será concedido ao imigrante:

I - cônjuge ou companheiro, sem discriminação alguma;

II - filho de imigrante beneficiário de autorização de residência, ou que tenha filho brasileiro ou imigrante beneficiário de autorização de residência;

III - ascendente, descendente até o segundo grau ou irmão de brasileiro ou de imigrante beneficiário de autorização de residência; ou

IV - que tenha brasileiro sob sua tutela ou guarda.

Mais uma vez, é preciso que se destaque que o estudo da reunião familiar se dá, em essência, com a utilização da Lei de Migração porque essa norma possui aplicação subsidiária naquilo em que for omissa a Lei dos Refugiados (Lei n. 13.445/97, art. 2º). Dessa forma, possuindo a Lei dos Refugiados disposição demasiadamente sucinta sobre o direito à reunião familiar dos refugiados, é preciso que se recorra, a todo tempo, à Lei de Migração, como fizemos a pouco.

Objetivando regulamentar dispositivos da Lei de Migração e da Lei dos Refugiados, o governo federal editou a Resolução n. 27/2018 do CONARE e as portarias interministeriais n. 12 e 13, ambas de 2018. Embora tais normas estejam repletas de preceitos da mais alta relevância, a Resolução n.27/2018 do CONARE possui dispositivo curiosíssimo e que bem explicita a situação dramática daquele que se vê obrigado a imigrar na condição de refugiado. Trata-se do art. 9º da Resolução que determina especial proceder às autoridades nacionais na exigência de documentos dos refugiados.

O refugiado, em apertada síntese, é o indivíduo que deixa seu país de origem por motivo de perseguições que ali sofre. Em função disso, esse es-

pécime de imigrante deixa seu país em situação de fuga em caráter emergencial e, nem sempre, consegue levar consigo todos os seus documentos de identificação. Ademais, como muitas vezes é alguém perseguido, o refugiado não consegue novas vias desses documentos nas embaixadas e consulados de seu país.

Para contornar essa dificuldade que o refugiado tem para obter seus documentos, inclusive para provar seus vínculos familiares, a Resolução 27/2018 determina que:

Art. 9º Na avaliação dos procedimentos disciplinados por esta Resolução Normativa, a condição atípica dos refugiados e de seus familiares deverá ser considerada quando da necessidade da apresentação de documentos emitidos por seus países de origem ou por suas representações diplomáticas e consulares.

Dessa forma, as autoridades brasileiras devem abrir mãos de formalismos demasiados, facilitando, assim, que os refugiados possam, através dos meios e documentos de que dispõem, fazer prova de seus vínculos familiares. Tal providência, de caráter desburocratizante, é mais um instrumento a serviço da promoção do direito à reunião familiar dos refugiados.

## 2. Felicidade: Um Direito Social

### 2.1 O Direito à Felicidade sob o Prisma de Saul Tourinho Leal

O que é felicidade? Podemos dizer que felicidade é o conjunto de sentimentos positivos capazes de satisfazer um indivíduo. Seria a felicidade um direito social? O tema é bastante notório. Diversos países têm a felicidade como forma de elaboração das políticas públicas.

Na Grã-Bretanha, por exemplo, David Cameron falou da felicidade dos cidadãos aos políticos. Por ocasião da comemoração da Declaração de Independência americana, Barack Obama ressaltou a importância da busca da felicidade. Já o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso estimulou o Brasil a fazer parte dos países que promovem a felicidade (LEAL, 2014, p.252).

A obra de Saul Tourinho Leal nos permite refletir sobre o que é a verdadeira felicidade e o quanto é necessária para o mundo. Em um primeiro momento, ele apresenta as ideias dos governantes, que são convincentes na promoção do direito à felicidade, logo em seguida ele mostra a disparidade do campo prático.

Leal aduz que Frederico II, da Prússia, pregava a felicidade dos homens, da nação, mas no final proporcionava apenas a felicidade aos súditos, por acreditar no Estado paternalista e burocrático. Nicolás Maduro, presidente da Venezuela, criou o vice ministério para a Suprema Felicidade Social, porém não dá liberdade aos cidadãos (LEAL, 2014, p. 258 e 259).

Nota-se, assim, que ter uma visão política e querer construir esforços para propiciar o direito à felicidade é plausível para a sociedade e para o mundo, mas não são suficientes para efetivar esse direito. Segundo Saul Tourinho Leal, os líderes, governantes e agentes detentores do poder público precisam ir além da cogitação e colocar em prática a essência da felicidade dos cidadãos.

A esse respeito, Saul Tourinho Leal nos ensina:

A ideia de um direito à felicidade ou de uma teoria da felicidade não pode abrir portas para exageros, muito menos para demagogias ou manipulações. É importante que saibamos situar bem a questão da felicidade como objetivo do constitucionalismo, sob pena de desvirtuarmos essa doutrina e criarmos um discurso legitimador perigoso. Não podemos dirigir os estudos sobre a teoria da felicidade de modo a enfraquecer suas premissas em razão da utilização incriteriosa de seus ensinamentos. (LEAL, 2014, p. 259)

Verifica-se que quem detém o poder manipula e usurpa a classe vulnerável da população. Aqueles desfrutam do bem-estar, enquanto estes passam privações. Não que o Estado, por exemplo, tenha que pedir permissão para contribuir para a felicidade, mas contribuir de forma justa, sob pena de não levar em consideração as necessidades reais do povo.

O direito à felicidade engloba o reconhecimento do outro, independente das suas características, despido de qualquer preconceito. Para promover o direito à felicidade não podemos afastar temáticas como a liberdade, igualdade e segurança (LEAL, 2014, p. 269).

Após uma análise acerca da Teoria da Felicidade, Saul Tourinho Leal reflete sobre a figura do autoritarismo e do paternalismo. O pensamento autoritário seria movido por um sentimento de bem-estar, de melhor condição de vida dos governantes em detrimento das liberdades individuais. Já o paternalismo, seria acreditar que órgãos judiciais, tais como as cortes supremas, seriam capazes de definir a felicidade para uma pessoa, sem, contudo, saber o que de fato ela pensa (LEAL, 2014, p. 272 e 275).

Torna-se questionável o quanto a Teoria da Felicidade pode transformar o mundo em um lugar melhor, pois o seu uso abusivo, principalmente pelos governantes, pode deturpar toda a essência da felicidade.

Apesar do rumo que alguns países têm tomado em relação ao conteúdo da Teoria da Felicidade, a busca incessante por justiça permanece e com ela a busca pela efetiva felicidade coletiva. A esse respeito, Saul Tourinho Leal nos remete a Constituição Sul-Coreana, que tem baseado a sua jurisprudência no direito à busca da felicidade como um direito fundamental, a exemplo da dignidade humana, servindo de modelo para todos nós (LEAL, 2014, p. 420).

## 2.2 Direito à Felicidade na Reunião Familiar dos Refugiados

Antes de adentrarmos diretamente no tema do direito à felicidade na reunião familiar dos refugiados, é necessário compreender determinados conceitos. Refugiado é aquele indivíduo forçado a procurar asilo em outro país, porque permanecer no país de origem representa perigo à própria existência, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política (art. 1º e 2º da Convenção de Viena de 1951 e art. 1º, I da Lei 9.474/97).

Podemos dizer que “todo refugiado é migrante, mas nem todo migrante é refugiado” (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR, 2019), pois apenas os que são condicionados ao deslocamento forçado em seu estado natal, seja devido à guerra ou perseguição, como indicado no parágrafo anterior, que é considerado refugiado. As demais espécies de migrantes não serão objeto do presente trabalho.

Como vimos no capítulo 1, o direito à reunião familiar aos refugiados é baseado na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97) e na Lei de Migração (Lei

13.445/2017, que substituí o Estatuto do Estrangeiro no Brasil), nas resoluções do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), na Resolução 27/2018, e na Portaria Interministerial nº 12 e 13 de 2018.

O direito à reunião familiar discutido no caso em apreço, é o direito à felicidade dos refugiados de unir-se à sua família no Brasil, por estarem no seu país de origem em situações precárias de miserabilidade, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, conforme descrito nos parágrafos anteriores.

No Brasil, tanto a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 do Rio de Janeiro, que tratou do reconhecimento da paternidade socioafetiva, quanto o Recurso Extraordinário nº 898.060 de São Paulo, que versou sobre o reconhecimento da união homoafetiva, tiveram como fundamento para reconhecimento de direitos o instituto do direito à felicidade.

No sentido do que foi esboçado no parágrafo anterior, ao reconhecer a paternidade socioafetiva, o Supremo Tribunal Federal em diversos trechos fez questão de mencionar a importância da busca à felicidade. Assim dispõe a jurisprudência:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBRE-PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). **SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO.** IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB)

E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES.

(...)

**3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.**

(...)

**6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares.** Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

**7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.**

(...)

**13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal,** tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

(...)

(Recurso Extraordinário nº 898.060, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Min. Relator: Luiz Fux. Julgado em 15 de março de 2016). (Grifo nosso).

Verifica-se na referida jurisprudência a busca da felicidade como elemento essencial do ser humano em detrimento da tentativa do Estado em enquadrar a sua forma de pensar em modelos estabelecidos, sem levar em consideração a condição real do indivíduo, o que remete às lições de Saul Tourinho Leal, onde a Teoria da Felicidade não pode abrir lacunas para exageros, tampouco para manipulações estatais (LEAL, 2014, p. 259)

Assim como o direito à felicidade serviu para o reconhecimento da paternidade socioafetiva e da união homoafetiva, espera-se também que servirá para garantir a efetividade do direito à reunião familiar dos refugiados.

Ressalte-se que, apesar da “reunião familiar” não estar tipificada na Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), usaremos a aplicação subsidiária da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que foi um grande avanço no Ordenamento Jurídico Brasileiro, principalmente por trazer a reunião familiar como um dos princípios e garantias da política migratória.

Contudo, o refugiado ainda encontra dificuldade de trazer sua família para o Brasil devido à burocracia imposta pelo governo, a exemplo da concessão de visto (art. 14 e seguintes da Lei de Migração) e da falta de estrutura de acolhimento ao próprio refugiado (moradia, trabalho, escola, etc). Observa-se que o sistema de amparo tanto do refugiado quanto de sua família precisa de maior atenção por parte do Estado brasileiro, a fim de garantir efetividade aos direitos humanos e a sua felicidade.

Diante dos institutos legais, percebe-se uma preocupação por vezes excessiva com a dogmática, o que faz com que o pesquisador da área não se atente ao campo social passível de estudo. No que tange à reunião familiar, por exemplo, há boas normas jurídicas, entretanto, é necessário explorar o campo da efetividade social de tais normas, atentando para o melhor interesse do indivíduo, permitindo ter paz e felicidade com seus familiares.

O Brasil tem realizado medidas fundamentais para garantir a reunião familiar dos refugiados, a exemplo da concessão de visto temporário e autorização de residência, bem como a participação em sindicatos (MARTUSCELLI, 2016). No entanto, o aumento substancial no número de refugiados que chegam ao Brasil, em especial por causa da crise político-econômica do país vizinho Venezuela (ONU, 2019), torna inadiável investigar se a legislação e as políticas públicas nacionais estão preparadas para receber esse novo fluxo migratório.

Ademais, considerando que, nem sempre, o refugiado consegue se deslocar acompanhado de todo o seu grupo familiar, é preciso perquirir quais são as garantias de ordem legal e social oferecidas para que esse específico grupo de migrantes possa reunir sua família no país a que chega, encontrando respaldo, o que podemos comparar com as jurisprudências mencionadas acima.

Nossos governantes não podem afastar temáticas como a liberdade, igualdade e segurança, posto que são pontes para promover o direito à felicidade (LEAL, 2014, p. 269), que por sua vez irá amparar a reunião familiar dos refugiados, dentre outros institutos extremamente importantes para o nosso país.

Assim como o nosso ex-presidente Fernando Henrique Cardoso estimulou o Brasil a fazer parte dos países que promovem a felicidade (LEAL, 2014, p.252) e julgados importantes como explicitado pelo Supremo Tribunal Federal existem a respeito do tema, por que não cultivarmos ainda mais essa ideia, a começar pelo direito à felicidade mediante a reunião familiar dos refugiados?

Por fim, registre-se que a proteção ao direito à felicidade na reunião familiar é instrumento de efetivação dos direitos humanos, não podendo, portanto, seu estudo ser negligenciado, sob pena de se negar a efetivação dos mais elevados cânones que distinguem nós humanos das demais espécies animais.

## Considerações Finais

Em pleno século XXI, nos depararmos com o reconhecimento da união afetiva, bem como o reconhecimento da paternidade pela corte suprema do nosso país, com fundamento no direito à busca pela felicidade, conforme demonstrado nos capítulos acima, é saber que a nossa nação caminha para um futuro melhor, apesar de termos conhecimento que muita coisa precisa ser feita para promover um estado de direito.

A essência da vida humana se dá no seio da casa, do lar, em meio ao nosso núcleo familiar mais básico ou essencial, qual seja, a família. Assim, quando a felicidade não se instala no lar, na família, torna-se inconcebível imaginar que um ser humano consiga edificar a felicidade. Neste sentido, afigura-se essencial garantir ao refugiado a possibilidade de reunir sua família como importante, talvez mesmo essencial, meio de se alcançar a sua felicidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui disposição normativa dedicada especificamente à garantia do direito à felicidade. No entanto, conforme demonstramos no presente trabalho, a mais alta corte do nosso país (Supremo Tribunal Federal) já teve a oportunidade de trazer, em suas decisões, o direito à felicidade. Assim, no Brasil, não haveria óbice a que se empregasse o direito à felicidade como instrumento para garantia da reunião familiar dos refugiados.

Ademais, o direito à felicidade aparece de maneira indireta no texto constitucional, pois a felicidade está intrinsecamente ligada à garantia de direitos sociais (moradia, saúde etc). Assim, se a constituição se preocupa com os meios (direitos sociais) ela se preocupa, indiretamente, com os fins (felicidade). Neste viés, garantir o direito à felicidade do refugiado (por meio da reunião familiar) é garantir efetividade ao próprio texto constitucional.

No entanto, é preciso que se ressalve, direito à felicidade não possui relação necessária com a satisfação das necessidades materiais. Assim, um Estado não promove felicidade apenas enriquecendo os seus cidadãos. Menos ainda o Estado promove felicidade fazendo recair sobre os seus nacionais um sistema opressor. Não cabe ao Estado impor soluções aos indivíduos.

O papel do Estado é oferecer às pessoas todo um cabedal de opções para que elas mesmas encontrem os seus próprios caminhos à felicidade.

Por exemplo, o Estado deve oferecer acesso ao direito social à educação a todas às pessoas, no entanto, incumbe aos indivíduos decidir que utilização tais serviços para se informar ou se qualificar.

Estado que descamba para imposições totalitárias tentem a impor infelicidade aos indivíduos. Nesse viés, poderíamos concluir que o conceito de felicidade se encontra intrinsecamente relacionado com os conceitos de liberdade e democracia. Estados totalitários ou ditatoriais tendem a promover generalizações que infelicitam aqueles cidadãos que discordam dos valores desse Estado.

## Bibliografia

ACNUR. Brasil, **Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/acnur/> Acesso em 06 de julho de 2019;

ACNUR. Brasil, **Dados sobre o refúgio**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em 22 de junho de 2019;

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 27 de junho de 2019;

AHLERT, Mara; ALMEIDA, Alcione. **A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS NA CONDIÇÃO DE REFUGIADO NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS**. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/9574/5994>. Acesso em: 23 de junho de 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: Acesso em 22 de junho de 2019;

- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. **A Lei do Refúgio**. Brasília, DF, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em 22 de junho de 2019;
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. **A Lei de Migração**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em: Acesso em 22 de junho de 2019;
- BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 – **Estatuto da Criança e do Adolescente** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 16/04/2016;
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 4733. Ação Direita de Inconstitucionalidade Por Omissão 26**. Segunda Turma. Relator: Min. Edson Fachin. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 28/06/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 24/08/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554**. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 26/08/2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª. ed. Salvador/BA: Ed. Jus Podivm, 2014.
- LEAL, Saul Tourinho. **DIREITO À FELICIDADE**. 1ª ed. Jardim Paulista/SP: Ed. Almeida Brasil, 2014.
- MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **Reunião Familiar como Alternativa de Proteção: Desafios e Avanços na Realidade Brasileira**. São Paulo. 2016. Disponível em: [https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/15\\_PNM.pdf](https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/15_PNM.pdf). Acesso em: Acesso em 22 de junho de 2019;

REFUGIADOS, Secretária Nacional de Justiça Comitê Nacional. **RESOLUÇÃO NORMATIVA DO COMITÊ NACIONAL PARA REFUGIADOS Nº 27, DE 30 DE OUTUBRO DE 2018**. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48230094/do1-2018-11-01-resolucao-normatina-n-27-de-30-de-outubro-de-2018-48229911](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48230094/do1-2018-11-01-resolucao-normatina-n-27-de-30-de-outubro-de-2018-48229911). Acesso em: 23 de junho de 2019;

SOUZA, Beatriz. **Veja a íntegra da carta de Eduard Snowden aos brasileiros. Exame**. Publicado em 17 de dezembro de 2013. Acesso em 11 de agosto de 2019. Disponível em <https://exame.abril.com.br/brasil/veja-a-integra-da-carta-de-edward-snowden-aos-brasileiros/>.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 9ª. ed. São Paulo/SP: Ed. Método LTDA, 2014.

UNIÃO, Diário Oficial. **PORTARIA INTERMINISTERIAL DE 12 E 13 DE JUNHO DE 2018**. Brasília/DF. 2018. Disponível em: [http://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/25601924/do1-2018-06-14-portaria-interministerial-n-12-de-13-de-junho-de-2018-25601731](http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/25601924/do1-2018-06-14-portaria-interministerial-n-12-de-13-de-junho-de-2018-25601731). Acesso em: Acesso em 23 de junho de 2019.

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CONCEITO DE JUSTIÇA E A INTEGRIDADE DA PESSOA NAS PRISÕES BRASILEIRAS

*Ana Paula Pessoa Brandão Chiapeta*

*Rafael Pacheco Lanes Ribeiro*

*Gabriel Toledo Silva*

## INTRODUÇÃO

Na Idade Média (séculos V a XV) não existia o conceito de prisão. O que havia de fato era a custódia momentânea do acusado para que ele fosse levado para a execução. A sentença poderia ser, por exemplo, mutilações no próprio corpo. No século XVI e XVII, as penas mais habituais eram o uso da forca e açoites em público, como punições “mais brandas”. Não existia a concepção de danos morais e o conceito de “dignidade humana”. Questionada pela ineficácia desses tipos de penas, surge em meados do século XVII a compreensão de prisão como pena privativa de liberdade. Essa ideia surgiu por haver a necessidade de aproveitar a mão de obra dos infratores para o trabalho, em vez de eliminá-las (LOPES, 2013).

O conceito de pena surgiu para evitar a vingança privada e, a partir daí, desencadear um caos social. A princípio, era restrito esse direito às famílias ofendidas, embora, com o passar do tempo, o Estado assumiu tal controle. Essa é a terceira etapa da evolução do sistema de penas, pois o Estado controla as ações e reações sociais em relação à justiça e, na figura de juiz imparcial, determinava a pena para o condenado (LOPES, 2013).

Em breve síntese o trabalho pretende demonstrar que, com a custódia do Estado com os detentos em relação às infrações penais, há responsabilidades pelo Poder Público, que vão além das penas aplicadas para que possa alcançar a ideia de justiça. Ademais, o presente artigo tem por finalidade explicar de como as pessoas modificam nos presídios, cujas mudanças físicas e mentais são notoriamente alteradas, justamente pela ausência da dignidade da pessoa humana nesses locais (LOPES, 2013).

O conceito de justiça deve abranger tanto a vítima e seus familiares quanto ao infrator e também a sua família. Isso se dá por meio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental que prescreve a Constituição Federal da República. Em geral há o desprezo pelo condenado e sua condição humana após a sentença transitada em julgado, tanto pela sociedade quanto pelo Estado. Junto a essa problemática, faz-se necessário resgatar o conceito de justiça na compreensão aristotélica (384 anos A.C.), com suas devidas interpretações para os dias atuais. O conceito de justiça no prisma de Aristóteles, na Grécia Antiga, indicada nesse trabalho algo mais bem apurado e digno do que preconizado nos anos da Idade Média, um período mais recente na história da humanidade.

## JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DA PESQUISA PARA O CONHECIMENTO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Com o sistema carcerário do Brasil saturado, em que pouco investe-se na educação, a medida paliativa para o conflito social é a repressão por meio da prisão. O Estado tem a custódia do indivíduo infrator ao cercar sua liberdade, e o Poder Público tem o dever de ofertar o mínimo de condições dignas para que o ser humano confinado possa viver sob sua custódia. A transformação do indivíduo com o boicote da autoestima, tratamento desrespeitoso e a vida em condições degradantes dentro das celas transforma o ser humano, seja física ou mentalmente, cuja ressocialização torna-se, em regra, irreversível.

O indivíduo no sistema carcerário passa por uma “metamorfose”, em que sua condição de ser humano transforma-se a uma subespécie, pois a dignidade da pessoa humana já não mais está presente. Sua compreensão do certo e errado são distorcidas e a vida em sociedade, além de ser um obstáculo no âmbito social, será também de forma individual.

Cumpra lembrar que esse problema não restringe somente ao indivíduo aprisionado, abarca a todos da sociedade, pois não há exclusão do indivíduo no meio social, em sua literalidade. Quando o cidadão que estivera preso retorna para a sociedade após a concessão da liberdade, sem perspectivas e amparo na sociedade, sua inserção social poderá ser pela via do crime. Tal fato pode ser notado por meio da conturbação social, percebido a um ciclo vicioso, cujo presidiário, ao ir preso e ser libertado, retorna para a prisão.

A relevância desse trabalho envolve a reflexão de como o sistema prisional “embrutece” o ser humano, ao tirar dele elementos básicos da natureza humana como compaixão, empatia, compreensão, emoção, carinho ao passo que alimenta a agressão, revolta, rancor, por uma sociedade que nada oferece e tudo cobra do indivíduo.

É importante observar que a dignidade da pessoa humana e justiça está além do indivíduo, é algo acima da pessoa individualizada e abrange a todos. Em momentos atuais, o Brasil atravessa por uma crise de ausência de empatia devido à direção política escolhida, em que se valoriza o discurso implacável do ódio e desvaloriza os direitos individuais indisponíveis resguardados pela Constituição Federal da República. O desprezo acerca dos direitos humanos do indivíduo que excedeu as leis e o feito da “justiça pelas próprias mãos” é o caminho para obtenção de “justiça”, por meio da reciprocidade, cujo órgão julgador é o senso comum.

Portanto, compreende-se que a reflexão dos estudos seja pertinente para que possa haver a consciência de que o infrator também é um ser humano. Pouca relevância é demonstrada acerca da temática, pois as pessoas estão alheias aos fatos, por acreditar serem inatingíveis. Todavia a sociedade é una, razão pela qual os atos que atingem os indivíduos particularmente repercutem na sociedade em si.

Para o presente estudo, o que motivou o autor a elaborar esse artigo foi a percepção da ausência do semblante no olhar de um presidiário, ao depor na justiça criminal. Na sala, estavam presentes o promotor, juiz, defensor público, a estagiária, guardas armados e o presidiário algemado. Todos na sala emanavam vida, exceto o detento, que não havia brilho em sua presença, somente escuridão, como se fosse outra espécie de ser humano, nas breves observações analisadas pelo autor em comparação com as sete pessoas que se encontravam na sala.

Essa imagem do detento “sem vida”, instigou, questionou e motivou a escrita sobre a temática da dignidade do ser humano no sistema prisional brasileiro. Além do mais, devido ao gosto pessoal por leituras sobre a filosofia no que tange à Grega Clássica, em que é prescrito sobre justiça por Aristóteles, foi inevitável para a escolha do tema como é aplicado, de forma muitas vezes distorcidas nos dias atuais, o conceito de justiça e dignidade.

## JUSTIÇA ARISTOTÉLICA

O que é justiça? Na Grécia Antiga, Aristóteles discorreu acerca do tema, ao delimitar o conceito de justiça. Para o filósofo grego, justiça é o estado em que os indivíduos estão predispostos a realizar atos justos, feito no agir e desejar dos seus atos. Já o conceito de injustiça é o que torna os indivíduos, de forma predisposta, a agir injustamente e desejar atos injustos. Assim, é delimitado essa análise sobre o que seja justo e injusto.

Em contínuo prosseguimento ao raciocínio, como comparação, ao supor que a boa condição seja a firmeza da carne, a má condição seria o oposto (flacidez). É importante refletir que se uma das duas palavras (boa e má) podem oferecer múltiplos sentidos, como por exemplo, a palavra ‘justiça’ em que abarca variadas interpretações e de formas distintas. Também ocorrerá com o injusto ou injustiça essa diversificação.

O termo ‘injusto’ é compreendido, seja pelo transgressor da lei em relação ao indivíduo que deseja mais do que lhe é de direito, quanto ao indivíduo não equitativo. Por lógica, o justo significa legal e o igual posto que o injusto representa o ilegal e desigual.

O indivíduo injusto é o transgressor da lei ao passo que quem obedece a lei será, portanto, justo. Assim a coisa legal é justa por ser decidido pela legislação e as decisões provenientes destas. Ora, todas as leis promulgadas têm como alcance o interesse comum da coletividade ou dos quem possuem o poder. Justo então significa a produção e o preservar da felicidade da comunidade política, assim como suas partes.

A justiça é tida como a virtude perfeita mesmo que em relação a terceiros, de forma relativa. Na justiça encontra-se toda a virtude somada. Igualmente, a prática da virtude compreende que seu possuidor possa praticar com o outro a chamada virtude perfeita. A Justiça, por isso, não é uma parte da virtude mas sim uma virtude em sua totalidade. Seu oposto,

a injustiça, tem o mesmo raciocínio, não é parte do vício, mas a totalidade do vício.

Todavia, objetiva-se investigar a justiça como parte da virtude. A recusa em ajudar um amigo por mesquinhez, embora seja injusto a ação, esta não é gananciosa. Agora, quando alguém age com ganância, não se aplica a nenhum desses vícios. Em regra, o vício da injustiça é representado pela ganância. Há outra parte de injustiça, que se refere à parte da injustiça total. Imagine dois indivíduos que cometeram adultério, sendo que o primeiro vise ao lucro e o outro comete por desejo. Aquele acaba pagando por isso, e sofre uma perda. O segundo indivíduo não age como ganancioso, mas sim como crápula. Já o primeiro indivíduo não age como libertino, entretanto, sua ação de adultério com o intuito de extrair lucro o torna injusto.

Em terceira análise, quando todos os outros atos injustos são conferidos a algum vício particular, como o abandono de um companheiro na batalha por covardia ou a agressão à ira, ou mesmo um ato que proveu lucro, não é relacionado a outro vício senão à injustiça. A lei ordena a prática das várias virtudes particulares e proíbe a prática de vários vícios particulares.

O injusto é o desigual e o justo é o igual. Não sendo as pessoas iguais, a proporção das coisas seria a desigualdade. O justo significa o proporcional, logo, justo é o proporcional e o injusto é o que ultrapassa a devida proporção. Pode derivar, o injusto, do excesso ou da deficiência. Quando a injustiça está cometida, quem a comete está na posse do bem em excesso e a vítima da injustiça está no polo onde o bem é deficiente ou insuficiente. O mal em si, que seja menor a outro mal, é caracterizado como um bem. Assim, o menor dos males é de preferência ao maior. Mas, o que se prefere, é o bem, quanto maior, mais bem vai ser. Essa é uma das configurações do justo.

A forma corretiva do justo dar-se-á pela transação contratual. Não faz diferença se alguém que seja bom trapaceou de alguém em essência má, pois a lei demonstra a natureza do dano ao tratar as partes iguais. Alguém produziu o dano e alguém foi atingido por essa ação. Se alguém foi ferido por outrem, há a ação de sofrer e a de fazer, logo, uma desigualdade. Nessa análise, o juiz esforça-se para tornar as ações praticadas e sofridas igualando-as, por meio da punição e assim, retira-se o ganho. A justiça corretiva é a mediania entre o ganho e perda. A mediania é decretada pelo juiz,

mensurada pela sua livre convicção. O igual é a mediania da proporção entre o maior e o menor.

Há quem defenda que a reciprocidade pura e simples é um ato justo. Tal afirmativa é errônea pois a reciprocidade é posta de acordo com a proporção e não com a igualdade. A própria integridade do ente estatal depende da reciprocidade com base na proporcionalidade.

O que determina a conduta como justa ou injusta será a sua realização, seja voluntária ou involuntária, sendo as ações justas ou injustas. Nesse sentido, compreende-se que quando há uma voluntariedade, é reprovável, logo, há o ato de injustiça. Assim, o ato pode ser injusto sem ser um ato de injustiça, caso há a ausência de voluntariedade.

Já o entendimento por ação voluntária, é referente aquilo que está na esfera do próprio controle, sem o desconhecimento da pessoa que vem a sofrer a ação. O instrumento é empregado na ação e o resultado vai ser atingido. O ato involuntário é realizado por ignorância, ou feito sob coação. Portanto, em breve a concepção de justiça orbita no significado da proporção de uma reação em resposta a ação.

## RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO

Conforme prescreve a Constituição Federal da República, em seu artigo 5º, XLIX, assegura-se aos presos, como direito destes, a plena integridade, seja ela física ou moral. Ainda, conforme preconiza o inciso III desse mesmo dispositivo, ninguém será submetido a tortura nem mesmo a tratamentos desumanos ou degradante. Entretanto, o preso, no sistema carcerário brasileiro, fica sujeito a condições sub-humanas. Tal fato deve-se à superlotação dos estabelecimentos presidiários do Brasil, sobretudo a presos condenados. Eles vivem assim, em condições degradantes devido à problemática mencionada, dentre outras situações humilhantes. Não é incomum visualizar nos jornais de televisão presos, as vezes, pendurados em grades por lençóis no momento de dormir, por falta de espaço. São situações reais que vão de encontro à realidade do país no que prescreve a Constituição Federal da República e a Lei de Execuções Penais (LEP), em seu artigo 40 e 41.

A LEP, embora seja uma Lei mais antiga que a Constituição Federal da República, garante ao preso a integridade física e moral em seu dispositivo 40. Ainda, elenca um rol exemplificativo de direito aos presidiários conforme prescreve o artigo 41 e seus incisos. Todavia o sistema carcerário

brasileiro não possui estrutura para suportar a integridade do cárcere, razão pela qual ocorrem o mau trato do ser humano confinado no sistema prisional brasileiro. A denominação de preso no sentido inteligível é distinta ao do preso em sentido real.

Preso é, para a Constituição Federal da República e para a Lei de Execução Penal, os condenados em regime fechado, aberto, semiaberto, provisórios ou processuais, além de abarcar os detentos. A integridade física prescrita nessas leis e em seus respectivos dispositivos, contempla em não molestar o preso, seja com violência ou abuso de autoridade que atentem a lesões em todos os seus aspectos. Já a integridade moral é caracterizada como práticas sexuais, humilhação, e outras, que, por vezes, possa a ser até mais danosa ao preso (SILVA, 2000).

A LEP segmenta de forma sistemática em seu artigo 84 e parágrafos, os presos pelas práticas de crimes que cometeram. Isso se dá, conforme o parágrafo 4º desse artigo, para que sejam resguardados a integridade física, psicológica e moral dos presos, com o intuito de evitar a agressão entre eles e prevenir de lesões assim como abusos sexuais. Já o artigo 85 da LEP prescreve que a capacidade de instalar presidiários nos estabelecimentos prisionais devem ser compatíveis com a estrutura junto com a finalidade da prisão.

Ora, o que se percebe é que no plano real presos de diferentes graus de periculosidade estão mesclados em um mesmo ambiente confinado. Isso enseja justamente às práticas que vão de encontro com a integridade física do preso, posto que as prisões brasileiras não possuem suporte para que seja feito a dissociação dos presidiários. Com isso ocorre a “desumanização” dos seres humanos confinados, de forma gradativa, sendo, muitas vezes, desproporcional o erro cometido em sociedade pelo preso em relação ao encargo que ele precisa suportar nas prisões.

## PRISÃO, HUMANIZAÇÃO E JUSTIÇA BRASILEIRA NAS EXECUÇÕES PENAIS

Cumpra preconizar que o *princípio da humanidade* é revestido pela Constituição Federal da República. Esse princípio não só alcança o Direito Penal, como também abrange o Direito da Execução Penal. É importante ressaltar que no Brasil, conforme artigo 5º, XLVII, não haverá penas

de morte salvo em caso de guerra declarada; penas de essência perpétua; penas de trabalhos forçados; de banimentos e penas cruéis.

Além do mais, a Constituição da República delimita outras regras no que compreende a execução penal. Tal fato é estabelecido no artigo 5º, XLVIII, à análise de a pena ser cumprida em estabelecimentos diferentes, de acordo com o grau de dano do delito em questão, assim como a idade e o sexo do infrator, em razão ao princípio da dignidade. Na referida relação ao sexo do apenado, as presidiárias têm por direito assegurado as condições para que possam amamentar seus filhos nesse período materno, conforme o artigo 5º, L, da Constituição da República e na LEP, no artigo 83, parágrafo segundo. Também nessa mesma lógica, em obediência ao princípio da humanidade, é assegurado ao preso o respeito e a integridade física e moral em relação a este sob custódia do Estado, conforme prescreve o 5º, XLIX da Constituição da República.

Na mesma sintonia ao princípio da humanidade e da dignidade da pessoa humana embasada na Constituição da República, o artigo 3º da Lei de Execução Penal (LEP) demarca a conservação de direito dos presos e internados à segurança dos direitos não alcançados pela sentença ou pela Lei. O artigo 40 da Lei de Execução penal (LEP) ratifica a integridade física dos presos, ao impor às autoridades o respeito aos condenados e presos provisórios.

Ora, na realidade esses princípios constitucionais reproduzidos em leis infraconstitucionais descritas acima são distorcidos, seja pela ausência do apoio do Estado, ou mesmo pela saturação do sistema carcerário brasileiro. Guilherme de Souza Nucci descreve essa ausência de zelo pelo poder público como:

“Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto”. (NUCCI, 2012, p. 996).

Segundo descreve o artigo 41 da Lei de Execução Penal (LEP), o preso tem direito a alimentação suficiente, vestuário, trabalho, remuneração,

descanso, recreação, exercícios de atividades intelectuais, artísticas, desportivas, desde que sejam compatíveis com a execução da pena, assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa entre outros. O preso deve conservar todos os direitos que não foram afetados pela sentença condenatória.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no presente artigo acadêmico, constata-se fundamental o resgate do conceito de justiça descrita pelo filósofo grego Aristóteles, cuja concepção refere-se ao que seja justo e injusto em uma sociedade. Percebe-se que o filósofo trata a devida concepção de justiça relativa à proporção dos atos, em que um indivíduo que infringe as leis de uma dada sociedade deve responder proporcionalmente pelo crime que cometeu. Ressalva-se que Aristóteles compreende justiça como medida proporcional ao passo que repele a ideia de reciprocidade, posto que se configura equivocada. Tal fato deve-se à análise da reciprocidade mediante a proporção e não pela igualdade.

Compreendido o conceito de justiça, em que se busca a proporção da pena aplicada a um indivíduo devido a infração deste ocorrida em sociedade, a penalidade aplicada pelo Estado ao indivíduo infrator abrange toda a sociedade. Além de atingir a família do ofendido, alcança a família do ofensor sendo injusto, por exemplo, uma pena desproporcional e degradante para um infrator e sua família. Logo, busca-se a mediania entre a ação e reação do indivíduo em sociedade.

Assim, a proporcionalidade em que pese ao ideal de pena aplicada ao apenado envolve a custódia que o Estado recebe os presidiários em seus estabelecimentos criminais. Tanto a Constituição Federal da República quanto a Lei de Execução Penal resguardam o direito do presidiário pela sua integridade física e moral no sistema carcerário brasileiro, além de estabelecimentos distintos para mulheres, com estrutura para as que estejam grávidas.

Ora, a idealização entre as leis e a realidade não são compatíveis. O país, em suas prisões, tem situações peculiares além de um sistema carcerário saturado, precário e fragilizado pela excessiva oneração e lotação da população carcerária nos estabelecimentos criminais. O que se vê com frequência, são presos de periculosidade diferentes mensuradas pelos seus

delitos, que ocupam o mesmo espaço criminal. Não tão distante disso, há também situações de homens e mulheres que ocupam a mesma cela, assim como, rebeliões brutais, carência de fiscalização nos estabelecimentos prisionais e condições degradantes para o preso.

Portanto, conclui-se de que as leis são incompatíveis com a realidade brasileira, ao ser demonstrado pelo descompasso entre o crime e a pena a ser cumprida, junto aos direitos dos presos. Na verdade, os confinados estão em condições degradantes nos estabelecimentos prisionais, razão pela qual ocorre a distorção do conceito de justiça. Não há a concepção de proporcionar ao preso esplendores em seu cumprimento de pena, mas somente ofertar ao brasileiro cerceado da liberdade o mínimo de higiene, integridade e dignidade. O Estado já restringe o bem jurídico fundamental da pessoa, a sua liberdade. Assim, deve-se fomentar os requisitos ínfimos defendidos pelas leis ao preso no que se refere à condições dignas, junto à dissociação entre presos perigosos com os que cometeram crimes mais. Compreende-se que, com essa mentalidade, amenta-se a possibilidade de o ser humano com a pena cumprida possa resgatar novamente a sua dignidade, em muitos casos, embrutecida pelo sistema carcerário.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Ética a Eudemo**. São Paulo: Edipro, 2011.
- AURY, Lopes Jr. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, Ed 10; 2013.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.
- BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei nº7.210, 11 de julho de 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, Ed 9, 2012.
- SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, Ed 9, 2009.

# REFUGIADOS: UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

*Isadora Cortez Lustoza*

## 1 Introdução

Seja por situação de guerra, discriminação racial, desordem econômica, perseguições religiosas, entre outros motivos, o número de homens, mulheres e crianças que se veem obrigados a saírem de seus países de origem está cada vez maior.

No Brasil, por exemplo, de acordo com o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) em seu relatório “Refúgio em Números”, foram reconhecidos um total de 10.145 (dez mil cento e quarenta e cinco) refugiados de nacionalidades diferentes até o final de 2017, representando os sírios cerca de 35% da população refugiada com registro ativo.

O refúgio, portanto, é um assunto de extrema relevância e de interesse comum de todos os países, inclusive do Brasil que, por sua vez, se incumbiu do compromisso de proteger os refugiados ao se comprometer em âmbito internacional com a introdução da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 que aludem sobre o Estatuto dos Refugiados, além de elaborar uma lei própria (Lei 9.474/97) para abordar a matéria.

Logo, ante os instrumentos normativos adotados para tutelar esse grupo específico de pessoas, o presente trabalho científico terá por finalidade responder se as referidas proteções normativas no ordenamento jurídico brasileiro direcionadas aos refugiados, somadas às instituições atuantes existentes, estão sendo executadas de maneira efetiva e adequada ao ponto de salvaguardar à estas pessoas seus direitos humanos e fundamentais.

Para tanto, o método de pesquisa a ser utilizado será o método hipotético-dedutivo, o qual pressupõe as bases teóricas dedutíveis a fenômenos particulares que refutarão ou corroborarão com a teoria em teste. Nesse caso, a observação será precedida de um problema, de uma hipótese.

Com efeito, o que se pretende é conduzir o trabalho um passo à frente, traçando, por meio da pesquisa bibliográfica, o conceito de refúgio e asilo e seus aspectos mais relevantes, assim como uma melhor compreensão da proteção normativa conferida aos refugiados pelo ordenamento jurídico brasileiro para, por fim, debater sobre os reflexos da efetividade da aplicação prática desses direitos da realidade dos refugiados no Brasil quanto à tutela dos direitos humanos e fundamentais.

## 2 Conceito de refúgio e o status de refugiado

Antes de adentrar especificamente no conceito de refúgio, é preciso destacar, mesmo que brevemente, algumas características diferentes entre os institutos do refúgio e do asilo, pois em que pese terem natureza jurídica muito parecidas, existem algumas distinções que merecem ser apontadas.

O asilo, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 4º, inciso X, assim como regulamentado nos artigos 28 e 29 da Lei 6.815/1980 que abrange sobre o Estatuto do Estrangeiro, trata-se de um instituto jurídico em que um Estado, por discricionariedade, pode ou não, proteger qualquer indivíduo que esteja sofrendo perseguições políticas e que, conseqüentemente, esteja sob a sua jurisdição. De acordo com Lyra (2007, p. 38) o asilo:

[...] modernamente denomina-se asilo político, uma vez que **é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas**, e se subdivide em dois tipos: (1) **asilo territorial** – verificado quan-

do o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e (2) **asilo diplomático** – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado (grifo nosso).

Nesta senda, destaca-se que além do asilo ser concedido em casos de perseguições políticas, o é feito em hipóteses discricionárias pelo Estado concessor, não lhe gerando, inclusive, qualquer responsabilidade ou dever com o asilado.

O refúgio, por conseguinte, regulado internacionalmente pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo de 1967, é fundamentado por motivos raciais, de religião, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, sendo reconhecido em condições claras e bem delimitadas. Nesse sentido preceitua Soares (2012, p. 36):

Quando se verifica que a migração foi motivada por uma perseguição em razão da raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social ou por opinião política, levando o indivíduo a abandonar o seu país de origem, a sua casa e a sua família na busca de asilo em um outro país, tem-se a figura do refugiado.

Nos casos em que são atendidos todos os requisitos necessários desse instituto, os Estados que não reconhecem o status de refugiado, respondem pela violação da norma específica e pelo descumprimento de seus deveres, afinal, adquire a partir do reconhecimento, o dever de garantir a sua proteção e incentivar a sua integração social.

Entretanto, vale comentar que existem as cláusulas de exclusão e de cessação. Isso quer dizer que, respectivamente, há a possibilidade de limitações aos que podem usufruir do reconhecimento do status de refugiado, assim como a previsão de que essa proteção concedida possa deixar de existir.

Ainda, em termos de abrangência, também há diferenças entre o refúgio e o asilo, uma vez que tanto o asilo territorial, como o asilo diplomático são verificados, sobretudo, no Direito Internacional Público da América Latina em razão das instabilidades políticas que minaram essa

região, e, em que pese já ter sido utilizado, mesmo que esporadicamente, por Estados de outras regiões, muitos doutrinadores afirmam ser esse instituto uma prática restrita àquela região. Já o refúgio possui abrangência universal (LYRA, p. 38 - 39).

Dito isso, verificadas algumas das principais diferenças existentes entre esses dois institutos jurídicos, passa-se a explicar, por fim, o conceito de refúgio e, conseqüentemente, o que leva uma pessoa a receber o status de refugiado.

Conforme assinalado anteriormente, o asilo e o refúgio possuem natureza jurídica muito semelhantes, o que acaba levando muitos doutrinadores a não os distinguirem no momento de sua conceituação. Assim aduz Lyra (2007, p.43):

Tanto o instituto do refúgio quanto o do asilo visam à proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade, residindo em tal fato a sua principal semelhança, traduzida por meio do caráter humanitário de ambos.

Logo, é possível perceber que além do conceito elaborado pela Convenção de 1951 - em que o refúgio é fundamentado por motivos raciais, de religião, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas - há um caráter humanitário muito importante que deve ser abordado e que vem complementar o significado desse instituto.

Nesse sentido, é o que a Lei brasileira 9.474/97 prevê em seu art. 1º, inciso III, ao destacar que será reconhecido como refugiado todos aqueles que “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

Sendo assim, ante o que foi exposto, pode-se considerar o refúgio como um instituto que visa proteger aqueles que, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social e de opiniões políticas, fogem de seu país de origem para buscar em outro Estado proteção humanitária, ou seja, a tutela de seus direitos humanos e fundamentais.

## 3 Proteção conferida aos refugiados no ordenamento jurídico brasileiro

### 3.1 Os instrumentos internacionais incorporados e a constituição brasileira de 1988

No ano de 1961, por meio do Decreto de n. 50.215, o Brasil decidiu incorporar em seu ordenamento jurídico a Convenção de 1951 que, posteriormente, veio a ser complementada pelo Protocolo de 1967.

Visualizava-se nesse momento significativo da história normativa do país, a importância da aplicação dos referidos instrumentos de proteção, uma vez que as perseguições e as situações geradoras de conflitos em determinados Estados se agravavam.

Assim, a responsabilidade de acolher e proteger aqueles que se encontravam desamparados aumentava e se tornava cada vez mais indispensável, dado o impacto que era claramente provocado nos direitos e garantias mínimas dessas pessoas, influenciando diretamente, dessa forma, nos direitos humanos e fundamentais.

Entretanto, de acordo com Sieber (2017, p. 178):

Tal instrumento, vale ressaltar, não trata de maneira exaustiva os direitos dos refugiados, mas estabelece diretrizes e as garantias mínimas para o tratamento jurídico das pessoas refugiadas sob a jurisdição de seus signatários. A Convenção de 51 também não estabelece qual será o procedimento a ser seguido pelos Estados para determinar a condição de refugiado, ausência suprida em geral por princípios constitucionais e leis domésticas que asseguram o respeito ao devido processo legal, assim como por sua previsão em instrumentos internacionais de direitos humanos.

Dito isso, vale dizer que, em que pese a incorporação da Convenção de 1951, assim como do Protocolo de 1967 ser considerada um marco histórico universal dos direitos dos refugiados dadas as diretrizes que ali foram estabelecidas, no Brasil, a tutela desses direitos se fortaleceu ainda mais a partir da Constituição Federal de 1988 conforme preceitua Soares (2012, p. 89):

Com a elaboração da Constituição de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana passou a nortear a compreensão e interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro e o Brasil passou a se comprometer mais efetivamente com a proteção dos direitos humanos. Com essa mudança de perspectiva a proteção aos refugiados, pessoas humanas vítimas de perseguições, restou assegurada, ainda que indiretamente, através da Constituição.

Dessa forma, assim como em outros países, houve a necessidade no Brasil de ser elaborada uma Lei que viesse especificar e regulamentar o procedimento do reconhecimento do status de refugiado com o objetivo de dar mais efetividade para os instrumentos internacionais incorporados, assim como para as garantias constitucionais previstas. Criou-se, então, em 1997, a Lei 9.947 – a lei nacional do refúgio.

### 3.2 A Lei 9.474/97

O art. 5º da Convenção de 1951 ressalta que “nenhuma disposição desta Convenção prejudica outros direitos e vantagens concedidos aos refugiados”, ou seja, facultou-se aos Estados a criação de novas regras que melhor se adequassem a cada realidade.

No Brasil, foi elaborada a Lei 9.474/97 que trouxe, por conseguinte, estruturação para os procedimentos do reconhecimento do status de refugiado. De acordo com Soares (2012, p. 101):

A edição da Lei brasileira sobre o refúgio foi muito importante no contexto regional, pois foi uma lei pioneira na garantia de uma proteção ampla aos refugiados, regulamentando a proteção a estes indivíduos desde o seu ingresso no território nacional, o acesso ao procedimento para determinação da condição de refugiado, os direitos e obrigações até a busca de soluções duradouras.

Dito isso, a lei brasileira dos refugiados tem sido enxergada como modelo em muitos lugares, principalmente nos países da América Latina, uma vez que é considerada uma lei muito bem estruturada, sendo dividida em oito títulos que abordam respectivamente o conceito, a extensão, a exclusão e a condição jurídica do refugiado (Título I), o ingresso no terri-

tório nacional e o pedido de refúgio (Título II), a criação do CONARE e suas competências (Título III), o processo do refúgio (Título IV), os efeitos sobre a extradição e a expulsão no Estatuto dos Refugiados (Título V), as hipóteses de perda e de cessação do status de refugiado (Título VI), a integração local, o reassentamento e a repatriação (Título VII), e as disposições finais (Título VIII).

Destaca-se, ainda, que todos os artigos da referida lei, precisam, necessariamente, serem interpretados com observância na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1967) e em todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro esteja comprometido, afinal, busca-se sempre a interpretação mais favorável.

Todavia, mesmo a Lei Nacional dos Refugiados possuindo muitos pontos positivos, sendo, inclusive, inovadora ao abordar determinados assuntos como por exemplo, a extensão do refúgio ao grupo familiar do refugiado (art. 2º), o direito ao trabalho para os solicitantes de refúgio por meio de carteira de trabalho provisória (art. 21, § 1º), a criação do CONARE e a sua integração com a sociedade civil nas tomadas de decisões (Título III), a possibilidade de solicitação de refúgio a qualquer tempo (art. 7º, caput), a confidencialidade das informações prestadas pelos refugiados (art. 23), a proteção dada pelo princípio *non-refoulement* desde o momento da solicitação de refúgio (art. 33), a assistência administrativa dos refugiados com relação aos seus documentos pessoais (Título VII) e a regulação do reassentamento (arts. 45 e 46), é preciso haver algumas alterações para que seja possibilitada uma proteção ainda mais efetiva a esses indivíduos. Sendo assim, passa-se a analisar alguns pontos negativos que precisam ser melhores formulados.

Analisa-se que na Lei 4.474/97 não há nenhuma menção dos direitos econômicos, culturais e sociais dos refugiados. De acordo com Lyra (2007, p. 195):

Tal fato pode ser visto como um aspecto negativo da Lei 9.474/1997, uma vez que, caso haja reforma nos diplomas legais internacionais, da qual resulte a perda de validade da Convenção de 51, e não havendo previsão expressa desses direitos em nossa lei inter-

na, os refugiados ficariam, durante o lapso de tempo necessário para a recepção da nova normativa internacional, sem a proteção complementar que é tão essencial para a reconstrução de suas vidas quanto a proteção primária que lhes assegura sua vida, liberdade e segurança.

Nesse sentido, vale dizer também que, em que pese seja estabelecida a igualdade de direitos entre estrangeiros e brasileiros na Constituição Federal de 1988, com a falta da regulamentação interna acima mencionada, os refugiados podem sofrer muitas restrições de acesso ao ensino superior, assim como ao mercado de trabalho.

Outra questão desfavorável encontra-se na falta de determinação de prazo para a tomada de decisões em sede administrativa, porque mesmo sendo previsto o caráter de urgência nesses procedimentos, assim como o dever de observação ao princípio da eficiência, o processo poderá ser em alguns casos muito demorado, o que pode prejudicar os direitos e garantias individuais assegurados.

Isto posto, não se deve negar o reconhecimento dos grandes avanços obtidos pela legislação brasileira quanto aos direitos daqueles que se encontram nessa situação, demonstrando, dessa maneira, o comprometimento nacional em contribuir e fortalecer o crescimento constante desse instituto, seja em âmbito internacional, como regional.

Logo, percebe-se que com a atual legislação nem todos os direitos dos refugiados estão sendo efetivamente assegurados, sendo necessário, portanto, algumas alterações e melhorias no âmbito normativo nacional para que seja assegurada uma proteção ainda mais efetiva àqueles que chegam no território brasileiro.

### 3.3 As principais instituições e órgãos atuantes

No Brasil, o órgão principal responsável pelo auxílio dos refugiados é o CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, junto com o Governo Federal por meio do Ministério da Justiça.

Esse órgão, portanto, foi criado pela Lei 9.497 que entrou em vigor em 1997, trazendo consigo um caráter humanitário muito evidente nas questões relacionadas ao refúgio em âmbito nacional.

Segundo Leão (2011, p. 69):

O Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) é uma realidade institucional consolidada. Trata-se de um órgão de deliberação coletiva e tripartite do Estado e da sociedade brasileira de elevado conteúdo humanitário, que se dedica à elegibilidade do refúgio no país. Ademais, orienta e coordena as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados reconhecidos pelo Brasil.

Nesse sentido, trata-se de um órgão que não atua sozinho, pois conta com a colaboração não só do governo brasileiro, mas como também das Nações Unidas por meio do ACNUR - Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e da sociedade civil que, por sua vez, é representada pelas Cáritas - uma organização não-governamental dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro que atuam no país inteiro.

Para Soares (2012, p. 104):

A participação da sociedade civil com direito a voto no CONARE é muito importante, pois confere mais transparência e credibilidade ao processo de determinação da condição de refugiado, além de permitir que a responsabilidade pela proteção dos refugiados seja compartilhada entre o governo e a sociedade civil, garantindo que representantes da sociedade que estão diretamente ligados a temática dos refugiados participem plenamente na tomada de decisões e na implementação de políticas públicas.

Por conseguinte, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), que chegou ao Brasil em 1977 devido à incorporação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 em seu ordenamento jurídico, é um órgão internacional que tem por objetivo prestar assistência e fornecer amparo aos que se encontram na situação de refugiados, o qual tem tido um papel muito importante na busca da efetivação dos direitos dessas pessoas.

Conforme Lyra (2007, p. 28):

[...] o ACNUR contribuiu para a divulgação da temática dos refugiados e para o esclarecimento da comunidade internacional quanto ao seu papel em relação a eles, facilitando a inserção dessa questão em legislações nacionais.

Por fim, as Cáritas – uma organização sem fins lucrativos e vinculada à Igreja Católica – chegou ao Brasil em 1956, tornando-se conhecida pelos seus diversos projetos sociais por todo o mundo, devido ao auxílio prestado diretamente às populações carentes.

Atualmente, encontra-se localizada no Rio de Janeiro, que cuida do atendimento das regiões Nordeste e Norte, e em São Paulo que atende às regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul do país.

#### 4 Reflexo da efetividade da proteção brasileira conferida aos refugiados no âmbito dos direitos humanos e fundamentais

O surgimento dos direitos humanos se deu após a Segunda Guerra Mundial, tornando-se a partir desse momento, uma das maiores preocupações da ONU, assim como da sociedade em geral.

Com o fortalecimento desses direitos, passou-se a garantir, portanto, a tutela da dignidade da pessoa humana – uma característica essencial e inerente ao ser humano, e, por conseguinte, a proteção dos direitos dos refugiados, a qual começou a ganhar força por meio da elaboração e da incorporação de Tratados e Convenções internacionais.

De acordo com Mendes (2012, p. 970):

Fenômenos como as situações de guerra ou de graves perturbações internacionais resultaram no surgimento de normas internacionais de proteção aos refugiados, acabando por dar ao instituto do refúgio um caráter mais amplo.

No Brasil, o primeiro documento histórico nacional de proteção dos direitos humanos e fundamentais dos refugiados foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que assegurou em seu artigo 1º, 3º e 4º, respectivamente, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, a promoção do bem de todos sem

preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação como um dos objetivos a serem alcançados, assim como os princípios da prevalência dos direitos humanos, da concessão de asilo político e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Assim sendo, além dos documentos externos incorporados com o objetivo de assegurar aos refugiados garantias mínimas de vida e a sua respectiva inserção no meio social, assim como da promulgação da atual Constituição Federal, houve a elaboração da Lei 9.474/97 que trouxe consigo um avanço significativo ao ampliar a definição de refúgio estabelecida pela Convenção de 1951, acrescentando como critério de reconhecimento do status de refugiado, a grave e generalizada violação de direitos humanos.

Deve-se dizer que a lei nacional inovou também em muitos outros pontos importantes, todos mencionados no tópico 3.2 deste trabalho, destacando-se como um deles a criação de um órgão colegiado responsável tanto pelo reconhecimento das solicitações de refúgio, como pelas tomadas de decisões acerca das políticas públicas a serem implantadas em prol desses indivíduos – o CONARE.

A participação do CONARE, por sua vez, juntamente com o ACNUR e com a colaboração das Cáritas, trouxe como principal característica do procedimento nacional de reconhecimento dos refugiados a sua função tripartite.

Nesse sentido, a coparticipação entre o Governo Federal (CONARE), a Organização das Nações Unidas (ACNUR) e as ONG's (Cáritas), possibilitou aos refugiados uma maior garantia dos seus direitos e garantias mínimas, o que reflete diretamente em sede de direitos humanos e fundamentais.

Há de se dizer, então, que o Brasil é um dos países que mais se preocupa com a tutela dos direitos dos refugiados e a sua inserção no meio social. Sendo, inclusive, referência para muitos países da América Latina por regulamentar na Lei 9.474/97 muitas questões específicas que permitem esses indivíduos a terem uma vida melhor e digna fora de seu país de origem.

Ainda, ressalta-se em sede de garantia de direitos humanos e fundamentais, a atuação do Poder Judiciário nos processos atinentes aos direitos dos refugiados, pois em que pese não haver expressa previsão legal de acesso à via judiciária na Lei 9.474/97, a Constituição Federal garante a todos em seu art. 5º, XXXV, o acesso à justiça.

Logo, o recurso ao Poder Judiciário segundo Soares (2012, p. 212):

[...] é cabível tanto para a concretização dos direitos humanos de que são titulares todos os seres humanos, independentemente de qualquer situação ou característica (a efetivação de direitos sociais fundamentais, por exemplo), quanto para a concretização de direitos específicos decorrentes do Direito Internacional dos Refugiados (a revisão da decisão negativa de reconhecimento da condição de refugiado; a observância das obrigações decorrentes do princípio do non-refoulement).

Dito isso, é possível perceber que, em que pese hajam falhas e lacunas a serem preenchidas na atual proteção conferida aos refugiados, como por exemplo, a ausência da previsão legal específica dos direitos econômicos, sociais e culturais, o Brasil encontra-se no caminho certo para que os direitos tutelados e, conseqüentemente, a garantia dos direitos humanos e fundamentais, venham a ser cada vez mais efetivados.

## 5 Considerações Finais

A pesquisa realizada, tendo em vista sua relevância temática, teve como objetivo responder o seguinte questionamento: as referidas proteções normativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro direcionadas aos refugiados estão sendo executadas de maneira efetiva e adequada ao ponto de salvaguardar à estas pessoas seus direitos humanos e fundamentais?

Para tanto, o presente estudo, por meio do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, se deu da seguinte forma: no primeiro momento verificou-se as perspectivas conceituais e as principais características de refúgio.

No segundo momento, buscou-se investigar a proteção normativa conferida aos refugiados em âmbito nacional, assim como as principais instituições e organizações atuantes para a efetivação da tutela dos direitos desses indivíduos.

Por fim, no terceiro momento, ocorreu a síntese da pesquisa, ao passo em que foi feita uma abordagem sobre os reflexos da efetividade dos di-

reitos dos refugiados quanto à tutela dos direitos humanos e fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, no que concerne à pesquisa formulada, tem-se que, não obstante haver alguns problemas na legislação brasileira quanto à falta de previsão legal expressa de direitos econômicos, sociais e culturais, assim quanto à falta de estipulação de prazo para os processos administrativos de reconhecimento do status de refugiado, considera-se a tutela conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro efetiva, uma vez que o Brasil vem demonstrando constantemente seu interesse em proteger aqueles que se encontram na situação de refúgio, conferindo, nesse sentido, um alcance cada vez maior da tutela dos direitos humanos e fundamentais por meio das instituições atuantes, da atuação do Poder Judiciário quando provocado e, principalmente por seus instrumentos normativos.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, João Alberto Alves. **Concessão de Refúgio no Brasil – a Proteção Internacional Humanitária no Brasil**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, nº 12, p. 63-76, 2012.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. Breves comentários à lei brasileira de refúgio. *In: \_\_\_\_\_*. (Org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1. ed. Brasília, DF: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.
- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de jul. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2019.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. atual. Até a EC 90/2015. — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao-eo-supremo/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho**. 16. ed. atual. amp. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: MéTODO, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: decisões comentadas do CONARE**. ACNUR; CONARE. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/24507.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. CONARE: balanço de seus 14 anos de existência. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.) **60 anos de ACNUR, perspectivas de futuro**. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR\\_Perspectivas-de-futuro\\_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das nações unidas**. 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Declaração universal dos direitos do homem**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas *In*: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.) **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CL-A Cultural, 2011. p. 15-43. Disponível em: <[https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR\\_Perspectivas-de-futuro\\_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf](https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/60-anos-de-ACNUR_Perspectivas-de-futuro_ACNUR-USP-UNISANTOS-2011.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

SOARES, Carina de Oliveira. **O Direito Internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro**: análise da efetividade da proteção nacional. 2012. Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2012. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O\\_direito\\_internacional\\_dos\\_refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O_direito_internacional_dos_refugiados.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

SIEBER, José Francisco. Os Refugiados sob a Jurisdição Brasileira: breves observações sobre seus direitos. *In*: **Refúgio no Brasil comentários à Lei 9.474/97**. JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de (Orgs.) São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017. p. 173-191. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%B3gio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

# O ALONGAMENTO DAS MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS, A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E O DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

*Roberta Aline Oliveira Guimarães*

## 1. INTRODUÇÃO

O ser humano tem traços peculiares que o diferencia dos demais animais que habitam a Terra. Por sua própria natureza, é um ser mutável, adaptável, que tem a capacidade de compreender o universo que o cerca e, a partir daí, promover mudanças significativas no ambiente, afetando toda a existência no planeta.

Aristóteles (384-322 a.C) já indicava que o homem é um animal político e sociável, ou seja, com pré-disposição para se organizar em sociedade e estabelecer diferentes modalidades de relacionamentos interpessoais. Essa característica da sociabilidade humana é tratada por diversas áreas do conhecimento (filosofia, antropologia, sociologia) e tem total influência nas relações políticas e jurídicas.

Battista Mondim (1997, p. 159) estabelece que:

*A sociabilidade é a propensão do homem para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmo bens.*

A *politicidade* é o conjunto de relações que o indivíduo mantém com os outros, enquanto faz parte de grupo social.

*Sociabilidade* e *politicidade* são, então, dois aspectos correlativos de um único fenômeno: o homem é sociável e, por isso, tende a entrar em contacto com os seus semelhantes e a formar com eles certas associações estáveis; porém, começando a fazer parte de grupos organizados, torna-se um ser político, ou seja, membro de uma *pólis*, de uma cidade, de um estado, e, como membro de tal organismo, adquire certos direitos e assume certos deveres.

Dentro dessa estrutura social, o homem, além de adquirir direitos e assumir deveres, também estabelece organizações de poder e submissão.

Para garantir a ordem social, regras entre súditos e governantes são fixadas, ora para canalizar que os indivíduos devem proteger o Estado Soberano e que, para garantir a segurança do Estado, é possível a violação de normas jurídicas, políticas, morais e econômicas, fundamentando-se o afastamento dessas normas pelas razões de Estado (CARDOSO, 2010); e, em outros momentos, sustentando-se a ideia oposta, predominante no Século XXI, de que o Estado é detentor da obrigação de proteger e garantir aos indivíduos um mínimo existencial digno.

A ampliação das obrigações do Estado para com os cidadãos começa a ganhar forma a partir do constitucionalismo, que inicia um processo de limitação do poder dos governantes para evitar afrontas aos direitos fundamentais dos indivíduos. Conforme esse pensamento evoluiu, as razões de Estado não mais podem violar os direitos individuais, pois é o Estado que deve proteção aos seus súditos. Ocorre, então, o processo de enfraquecimento do poder real, refletindo-se nos ideais liberais da Revolução Francesa.

Tais mudanças se relacionam com as transformações ocorridas na própria consciência humana, posto que o passar do tempo altera a visão que temos do mundo e, conseqüentemente, a forma pela qual nos relacionamos com os demais membros da sociedade e com o elemento político. Assim, toda essa concepção de organização, estruturação e limitação do poder sofre modificações ao longo dos séculos, sendo conseqüência natural da socialização do homem e de suas ponderações axiológica, gerando inafastável repercussão no campo jurídico.

## 2. LEIS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Sem adentrar em maiores detalhes sobre os aspectos sociais do homem, é válido estabelecer noções sobre a organização humana, associada às questões constitucionais e de limitação de poder.

Roberto Viciano Pastos e Rubén Martínez Dalmau (2011) comentam que a apresentação de novas categorias dentro do Direito Constitucional não são habituais, especialmente quando se fala de elementos como democracia, governo e direito, umbilicalmente associados:

*[...] si existe una disciplina en las ciencias jurídicas que parece contar como cualidad intrínseca problemas para la innovación es, desde luego, el Derecho Constitucional [...] la razón se encuentra en la íntima relación entre democracia, gobierno y Derecho; fundamentos del constitucionalismo en general, y del Derecho Constitucional, entendido como la dimensión jurídica del constitucionalismo, en particular. En efecto, cuando las innovaciones afectan a la legitimidad del poder público – democracia –, al ejercicio de este poder – gobierno – o a la materialización constitucional de los anteriores – Constitución, ordenamiento jurídico –, son poco atractivos los procesos innovadores, en especial cuando el devenir histórico ha enseñado que no todo avance en este campo se consolida siempre y de forma inmediata. [DALMAU; PASTOR; 2011, p. 308].*

Embora a construção de novas categorias ou o rompimento com categorias antigas possa ser um processo mais lento dentro do Direito Constitucional, especialmente quando se trata da institucionalização política do poder, é inegável que temas referentes ao Estado, sua organização e o cuidado com os direitos fundamentais vem ganhando cada vez mais espaço e possibilidade de interpretação. Isso tudo provoca sensíveis mudanças na visão constitucional e, sobretudo, na forma de ver e encarar as normas constitucionais.

E, se por um lado os processos inovadores referentes à legitimidade e exercício do poder público são mais esparsos, não podemos perder de vista que tais alterações existem e que, ao longo dos séculos, questões mundiais

icônicas possibilitaram modificações no que se entendia por Constituição, até que chegássemos à visão que influenciou a elaboração da Constituição brasileira de 1988.

A partir das revoluções burguesas (inglesa e francesa) iniciou-se um movimento jurídico-político de limitação do Poder do Estado, que se instrumentaliza por intermédio do controle de constitucionalidade (*Judicial Review*), da adoção do Federalismo (*Federalism*), na garantia dos Direitos Fundamentais (*Civil Rights*) e na aplicação do sistema de freios e contrapesos (*Checks and Balances*) [SUSTEIN, 1993 *apud* MORAES, 2018, p. 18]. Esse movimento criou a base para o constitucionalismo, “que não pode ser compreendido senão integrado com as grandes correntes filosóficas, ideológicas e sociais dos séculos XVIII e XIX” (MIRANDA, 2002, p. 325).

Em síntese, o constitucionalismo serviu para estabelecer que “a limitação do poder político é instrumentalizada pelos mecanismos dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, federalismo estatal e freios e contrapesos” (MORAES, 2019, p. 19).

Embora a Grécia Antiga – havendo, ainda, a possibilidade de incluir o Egito e a Mesopotâmia – possuísem regras sobre estruturação do poder e a força dos governantes, tais disposições não se revelam como reflexos do que o constitucionalismo nos fez entender por Constituição, sendo comumente chamadas pela doutrina de Leis Fundamentais:

As “Leis Fundamentais” não regulavam senão muito esparsamente a atividades dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados; eram difusas e vagas; vindas de longe, assentavam no costume e não estavam ou poucas estavam documentadas por escrito; apareciam como uma ordem suscetível de ser moldada à medida da evolução das sociedades. Não admira, por isso, que se revelassem inadaptadas ou insuportáveis ao iluminismo, ou que este as desejasse reconverter...

Diferentemente, o constitucionalismo tende a disciplinar toda a atividade dos governantes e todas as suas relações com os governados; pretende submeter à lei todas as manifestações da soberania e aí consignar os direitos dos cidadãos; declara uma vontade autônoma de recriação da ordem jurídica. Não admira, por isso, que entre

as Leis Fundamentais do Reino e a Constituição, apesar de não haver diferença de natureza (enquanto umas e outras conformam juridicamente o político), se produza uma ruptura histórica. Não admira que apenas nesta altura se comece dilucidar, no plano científico, o conceito da Constituição (MIRANDA, 2002, p. 325).

Para destacar a importância da Constituição e garantir-lhe a capacidade de aplicação, o constitucionalismo fez uso da metodologia positivista, afinal, “para que o direito superasse as incertezas, presentes nos defensores do direito natural, ergue-se a metodologia positivista do direito, em que a Constituição é a força matriz ou norma fundamental do ordenamento jurídico” (MOREIRA, 2007, p. 24).

Nesse momento o direito ainda está dissociado da moral, apresentando-se de forma não valorativa (modelo positivista). Assim, a preocupação em afirmar a Constituição como norma fundamental, que objetiva limitar o poder do Estado, alcança novo patamar e instituiu uma nova compreensão sobre o que e qual é a função da Constituição, transformando-a na alma do Estado; todavia, esse modelo positivista faz surgir outras questões extremamente relevantes:

[...] o modelo que explicava formalmente o positivismo sofre um abalo irreversível, com a crise do direito pós-Segunda Guerra Mundial, marcada pela incapacidade do direito em realizar a paz e organizar as sociedades. Como ponto de esvaziamento da força jurídica, cresceram teorias de fundamento crítico-marxista, que reforçaram “o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas”.

Após a Segunda Guerra Mundial, muitas teorias foram desenvolvidas, entre elas a tópica, a argumentação jurídica e a hermenêutica constitucional (MOREIRA, 2007, p. 24).

Após a Segunda Grande Guerra verificou-se a existência de um vazio incapaz de ser preenchido apenas pelas lições jurídicas na forma pelas quais eram apresentadas. Daí se origina uma nova teoria (ou várias teorias), denominada neoconstitucionalismo (ou neoconstitucionalismos).

O grande destaque do neoconstitucionalismo foi a aproximação do direito e da moral, com atribuição valorativa às normas fundamentais,

permitindo a sobreinterpretação das leis e a ponderação dos direitos fundamentais e, até mesmo, uma atualização na forma de analisar situações consagradas como a rigidez constitucional, o controle de constitucionalidade e a defesa dos direitos fundamentais (MOREIRA, 2007, p. 71).

Se por um lado o neoconstitucionalismo se apresenta como um fenômeno global, ainda é possível falar em compreensões regionalizadas, tal qual a ideia do novo constitucionalismo latinoamericano, refletido nas Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009).

O novo constitucionalismo não exclui as ideias do neoconstitucionalismo, ele apenas leva em conta questões regionais e o passado recente dos países latinoamericanos para apontar elementos e características que se mostram comum nas Constituições retromencionadas. Nota-se, nesse novo paradigma, a importância de se considerar, de forma especial, a legitimidade das constituições:

*El problema no era solo de aplicación de las nuevas constituciones – concepto fuerza del neoconstitucionalismo – sino, como se está demostrado, también de legitimidade de las nuevas constituciones... [surge assim] las bases para la construcción doctrinal de una categoría, nuevo constitucionalismo que, a principios del siglo XXI, solo podría derivar-se de la suma legitimidade, aplicación y profundización democrática que tiene lugar em las nuevas constituciones latinoamericanas (DALMAU; PASTOR; 2011, p. 307).*

Outro elemento do novo constitucionalismo latinoamericano é a necessidade de elaboração por meio de um processo constituinte democrático. Com a derrocada dos regimes militares, ocorrida a partir da segunda metade da década de oitenta, buscou-se recuperar a essência da constituição, apontando para o que seria um novo paradigma constitucional (DALMAU e PASTOR, 2011).

Além de aspectos formais, também existem características materiais que aproximam as constituições influenciadas pelo novo constitucionalismo latinoamericano, a saber: (1) existência de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, assegurando formas de participação democrática; (2) a busca para outorgar e reconhecer maiores direitos aos indivíduos, inclusive, aqueles que são mais vulneráveis, objetivando garantir a máxima efetividade aos direitos sociais; e, (3) a ne-

cessidade de superar as desigualdades econômicas e sociais, atribuindo ao Estado um novo papel que se materializa pela existência de capítulos sobre a organização econômica (DALMAU e PASTOR, 2011).

Apesar de a Constituição brasileira de 1988 apresentar traços característicos deste novo paradigma constitucional, DALMAU e PASTOR (2011) afirmam que ela não pode ser inserida nesse cenário porque nasceu condicionada por regras ditatoriais.

Nesse passo, é válido destacar a existência de tese, já superada, fundamentada na ideia de que a Constituição de 1988 não foi fruto de uma constituinte originária, mas, sim, de um poder derivado, dada as características dos integrantes e do chamado para sua elaboração.

FERREIRA FILHO (2014, p. 114) defendeu essa ideia afirmando que a Constituição foi elaborada pelo Poder Constituinte de revisão, visto que ninguém poderia sustentar que os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte – que eram os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – “havia recebido do eleitorado o poder constituinte originário, mas simplesmente detinham como membros do Congresso Nacional poder derivado”.

O imbróglio ocorreu porque o chamado da Assembleia Nacional Constituinte, formalizado pela Emenda Constitucional n. 26/1985, apesar de apresentar regras de cunho procedimental, em seu primeiro artigo estabelecia que a Constituinte era livre e soberana para deliberar. Ou seja, não foram apresentados limites materiais à constituinte.

A despeito da liberdade material, o fato de a Assembleia Nacional Constituinte não ter sido composta por membros escolhidos especificamente para o fim de elaborar uma nova constituição fez com que Manoel Gonçalves Ferreira Filho concluísse que:

[...] indubitavelmente, a nova Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos... (FERREIRA FILHO, 2014, p. 114).

Apesar deste posicionamento se encontrar superado, com a prevalência da asserção de que a Constituição de 1988 foi sim fruto do poder cons-

tituinte originário, é interessante lembrar essas características peculiares que nortearam o processo de elaboração do texto constitucional.

### 3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de prosseguir nos estudos sobre a Constituição brasileira, mostra-se interessante comentar sobre a ampliação dos conteúdos passíveis de inserção na Constituição, para demonstrar, inclusive, porque determinados temas, que a princípio não parecem guardar sentido direto com os objetivos e funções da constituição acabam sendo inserido dentro do texto fundamental.

Já se ponderou que as teorias sobre a institucionalização política do poder demoram a sofrer modificações, todavia, a partir das Revoluções Burguesas e, sobretudo, no cenário posterior a Segunda Guerra Mundial, o direito – e a Constituição –, além de se preocupar com a limitação do poder, também passou a tratar de questões axiológicas, possibilitando significativa ampliação das matérias constitucionais.

Em um primeiro momento, a grande preocupação do constitucionalismo era estabelecer e normatizar a institucionalização política do poder. Todavia, a partir daí, surge uma postura distinta, fazendo com que a Constituição comportasse qualquer conteúdo, tornando-a cerne dos princípios materiais adotados por cada Estado (MIRANDA, 2002).

Basicamente, “o conceito de Constituição converteu-se [...] num conceito neutro, em que se enxertam conteúdos políticos, econômicos e sociais divergentes” (MIRANDA, 2002, p. 353).

A Constituição brasileira de 1988 é considerada uma constituição analítica, posto que seu conteúdo é bastante extenso, sendo composto por 250 artigos, cabendo destacar, ainda, a existência do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, composto por 114 artigos.

Além das questões político-institucionais e de estruturação do Estado, a Constituição brasileira aborda os direitos fundamentais, cabendo destacar que o “ordenamento normativo deve ser perpassado pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que impede o retrocesso social, à medida que impõe a promoção do mínimo existencial” (MORAES, 2019, p. 18). E, para além, prevê questões que envolvem desde o meio ambiente até a ordem econômico-financeira do Estado.

O viés prolixo da Constituição brasileira transborda para inúmeros assuntos, incluindo questões de família. Assim, quando no Brasil se pretendeu retirar o requisito da prévia separação de fato ou judicial para que os casais pudessem se divorciar, mostrou-se necessária a elaboração da Emenda Constitucional n.º. 66/2010 para alterar o artigo 226, §6º da Constituição, visto ser este o dispositivo legal a tutelar o tema.

Outras previsões também chamam a atenção por sua excentricidade, cabendo transcrever o artigo 242, §2º da Constituição: “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”.

Nota-se que, de fato, coube ao constituinte originário definir o que seria ou não tratado pela nossa Constituição, dentro de uma concepção que alargava tais possibilidades. Nesse diapasão, independente da temática abordada, as normas inseridas têm força constitucional e, qualquer modificação, se permitida, depende de maiores solenidades.

A possibilidade de modificar a Constituição permite que, com o passar dos anos, ela continue representando os interesses da sociedade, por meio de adequação na forma de interpretá-la ou, até mesmo, por intermédio de modificações textuais.

Os valores inseridos pelo constituinte originário não necessariamente se desgastam, mas a necessidade de reinterpretá-los pode ser premente, afinal, quando a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu e, por exemplo, apresentou o artigo 226, § 3º da Lei Maior, estabelecendo que “(...) é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher com entidade familiar...”, regra esta posteriormente sedimentada no Código Civil de 2002, não se podia imaginar que, em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgaria a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 para reconhecer a união estável envolvendo pessoas do mesmo sexo.

Por outro lado, também não se esperaria que fatos tão sérios quanto aqueles ocorridos na época da ditadura e que inspiraram vários direitos fundamentais arrolados nos incisos do artigo 5º da Constituição brasileira não seriam imediatamente assimilados, pelos nascidos de forma contemporânea à constituição, como respostas aos arbítrios cometidos no período ditatorial.

A supressão de direitos constitucionais, a perseguição política e a censura foram traços marcantes da ditadura, por isso alguns incisos do artigo

5º da Constituição de 1988 frisam, com veemência, o repúdio à censura, à tortura e a liberdade de expressão. Vejamos: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (inciso III); “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (inciso IV); “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (inciso LIII); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV), dentre outros.

Por certo os referidos incisos representaram e continuam representando avanços importantes na ratificação dos direitos fundamentais e, obviamente, a resposta à ditadura não foi a única razão de ser para a existência deles, visto que estabelecem a proteção da integridade física e psíquica dos indivíduos, a ampla liberdade para manifestar e expressar ideias e o direito ao devido processo legal.

Tamanha a relevância da Constituição dentro do ordenamento jurídico que a doutrina delineou o princípio da supremacia da Constituição, denotando que ela “veicula as normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema de Direito Positivo, figurando como fundamento de validade de todo ordenamento normativo” (KELSEN *apud* MORAES, 2019, p. 151).

A atribuição de supremacia à Constituição faz surgir a necessidade de ajustar o ordenamento jurídico às normas constitucionais, posto que elas representam o pilar do sistema legal.

Além da interpretação e modificação da Constituição, assuntos relativos ao controle de constitucionalidade assumem importante papel, especialmente quando se considera que não só as construções legais podem caracterizar inconstitucionalidade, abrindo-se margem, também, para o reconhecimento de omissões inconstitucionais.

Flávia Piovesan (1995), ao analisar a inércia inconstitucional do legislador, assevera que o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão revela uma inversão do raciocínio jurídico tradicional, pois que enquanto na inconstitucionalidade por ação busca-se a eliminação de uma norma que afronta a Carta Magna, no controle da omissão inconstitucional a norma legal não existe, embora ela devesse existir por determinação constitucional. Ou seja, o legislativo deveria elaborar a norma, mas assim não procedeu, gerando a inconstitucionalidade pela inércia.

Sempre que verificada a omissão inconstitucional, os mecanismos de controle trazidos pela Constituição de 1988 (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção) devem ser acionados para dar efetividade às normas constitucionais.

Tantas outras questões surgem decorrentes das peculiaridades da Constituição brasileira e da necessidade de se atribuir maior eficácia às previsões constitucionais que o “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é dual ou paralelo, eis que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas em Direito Comparado” (MORAES, 2019, p. 666).

Não bastasse toda preocupação ao redor dos aspectos formais, da não afronta aos dispositivos constitucionais, ainda existe a constante busca para harmonizar, garantir e tornar efetivos os inúmeros direitos fundamentais previstos em nossa Lei Maior.

A despeito de todos os temas que poderiam ser abordados neste artigo, serão apresentadas ideias relacionadas aos direitos fundamentais inerentes à ótica processual, em especial, o da razoável duração do processo.

#### 4. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A duração razoável do processo se tornou tema de grande relevo, ocupando bastante espaço nos debates sociais. Assim, tanto os profissionais de direito quanto os membros da sociedade discutem sobre o tempo dos processos, muitas vezes, para mencionar a demora dos processos judiciais no Brasil.

O assunto ganha maior importância por ter sido elevado à categoria de direito fundamental, inserido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, definindo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Vislumbra-se que não basta a garantia do acesso à justiça, é preciso que a duração do processo seja razoável para, assim, minimizar os custos e evitar outros prejuízos aos litigantes.

Esse dilema é muito bem revelado na seguinte citação:

Convém que a justiça seja pronta, mas, mais do que isso, convém que seja justa. O problema fundamental da política processual consiste exatamente em saber encontrar o equilíbrio razoável entre as duas existências: a celeridade e a justiça (REIS *apud* GAJARDONI, 2003).

Conforme mencionado, o artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira preleciona que “a lei não excluirá da apreciação judiciária lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também conhecido como direito de ação ou princípio do livre acesso ao Judiciário, que assegura a todos que se sintam lesados ou ameaçados em seus direitos a possibilidade de chamar a atuação estatal, através dos órgãos jurisdicionais competentes, para buscar a solução mais adequada.

Por constituir um direito fundamental, não pode o legislador ou qualquer aplicador do direito restringir ou limitar a referida norma, salvo se a própria Constituição trouxer a restrição, como ocorre nas questões da Justiça Desportiva.

A inclusão do acesso à justiça como direito fundamental partiu do constituinte originário, sendo que a jurisdição é a forma predominante de resolução de litígios no Brasil.

Todavia, vale destacar que o pleno acesso à Justiça não se resume a este dispositivo. Na verdade, o referido inciso é responsável por possibilitar a ação preventiva ou repressiva quando se configura – ou se imagina configurar – ameaça ou lesão a determinados direitos sem, contudo, eliminar outras barreiras prejudiciais ao pleno acesso.

A razoável duração do processo foi incluída ao rol de direitos fundamentais do artigo 5º pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, mostrando a preocupação do poder constituinte derivado com aspectos de aceleração do processo.

O ministro Cezar Peluso, quando ainda era presidente do Supremo Tribunal Federal, concedeu entrevista à Rádio Justiça – posteriormente adaptada e inserida no *site* institucional da Suprema Corte (2011) –, explicando que:

[existe] uma velha queixa da sociedade brasileira, relacionada ao longo tempo de duração dos processos. Na avaliação do ministro

Cezar Peluso, existe na sociedade uma ideia de impunidade especialmente com relação aos processos que correm na área criminal, pois a morosidade muitas vezes pode levar à prescrição do crime ou a uma decisão tardia, em relação à data em que o crime foi cometido.

Como exemplo recente, o ministro citou o caso do jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves, que foi condenado em definitivo somente 11 anos após o crime. [...] O ministro lembrou que a decisão que condenou Pimenta Neves pelo assassinato da ex-namorada, Sandra Gomide, foi tomada em 2006 pelo Tribunal local e afirmou que a apresentação de recursos para os tribunais superiores por parte da defesa prolongou o processo por mais 5 anos, o que seria evitado a partir da PEC dos Recursos.

Porém, um dos grandes desafios para estudar o tempo dos processos é a ausência de materiais específicos e acessíveis sobre o tema. Quando se fala de acesso à justiça, o estudo que sempre vem à tona é o “Projeto Florença”, realizado por Cappelletti e Garth, que ensejou no reconhecimento de três atos imprescindíveis para solucionar os problemas do acesso à Justiça, ficando conhecido como ondas renovatórias do processo, que podem ser apresentadas da seguinte forma: 1) assistência judiciária para os pobres; 2) representação dos direitos difusos; e, 3) novo enfoque do acesso à Justiça (Cappelletti e Garth, 2002).

Sem desmerecer a importância do referido trabalho, a utilização desmedida dele, sem revisões para adequá-lo ao estágio atual de nossa sociedade, revela o quanto estamos desconectados do tema, pautando-nos apenas em estudos de décadas atrás.

O que se percebe é que um direito constitucionalmente previsto encontra escassez de estudos especializados e detalhados para revelar o tempo do processo; e, por óbvio, não se pode falar de duração razoável do processo e meios de aceleração quando nem sequer se conhece o tempo médio de duração deles ou o de realização dos atos processuais.

A própria ideia de duração razoável do processo se apresenta como conceito vago e não estático, visto que a depender do tema (civil, penal, administrativo), da espécie de ação, do rito adotado e das características do órgão para julgar, indiscutíveis variações temporais poderão ser percebidas, posto que cada tipo de ação tem suas peculiaridades.

Mas não só a análise da duração integral do processo é importante, mostrando-se necessário, também, conhecer o tempo individual de cada etapa processual, pois, neste tipo de análise, pode-se encontrar gargalos que demandem soluções mais simples para aceleração dos processos.

Para apresentar questões pontuais e aptas a gerar reflexões, registro alguns dos resultados obtidos por mim em pesquisa realizada em 2016 para elaboração da dissertação de mestrado, quando foram analisados 200 (duzentos) processos dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Volta Redonda, interior do Estado do Rio de Janeiro.

Desses 200 (duzentos) processos, cujos temas foram relação de consumo ou cobrança de dívida civil, com provas exclusivamente documentais, o tempo para finalização pode ser representado da seguinte forma: 42 (quarenta e dois) processos levaram até 6 meses para finalizar; 57 (cinquenta e sete) levaram de 6 (seis) meses a 1 (um) ano para findar; 50 (cinquenta) se encerraram no período de 12 (doze) a 18 (dezoito) meses; 27 (vinte e sete) levaram de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro meses) para o encerramento; 10 (dez) processos precisaram de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) meses para extinção definitiva; 5 (cinco) processos levaram de 30 (trinta) a 36 (trinta e seis) meses para chegar ao fim; e, 9 (nove) processos levaram mais de 36 (trinta e seis) meses para encerramento, ou seja, mais de três anos.

Os motivos que retardaram os processos foram variados e, dentre eles, pode-se mencionar a existência de situações em que, só para formalizar a juntada de petição – sem levar em conta o momento de encaminhar o processo para conclusão e/ou qualquer outro procedimento –, levou-se entre 90 (noventa) e 100 (cem) dias.

Conhecer essas peculiaridades e ter acesso a essas informações é imprescindível quando se pretende garantir a duração razoável do processo e a celeridade na tramitação dos feitos, pois só assim compreendemos as consequências de cada etapa processual no tempo final do processo.

É perfeitamente normal que cada espécie de ação e cada comarca tenham um agir e um ritmo diferente, impossibilitando metas temporais únicas. Todavia, isso não afasta a necessidade de se debruçar sobre o tema para apresentar informações transparentes à sociedade, pois só assim poderemos adotar ações diretas, específicas e efetivas para tornar a duração do processo efetivamente razoável e/ou mais célere.

Em síntese, o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição vai além de reforçar a garantia do acesso à justiça, salientando que os provimentos jurisdicionais devem ser apresentados de forma efetiva, dentro de um prazo razoável, pois, a depender do tempo do processo, a decisão final pode nem sequer ser útil ou proveitosa.

O decurso do tempo é um dos maiores desafios do homem, pois sabemos da finitude de nossa existência:

O homem sempre lutou contra a passagem do tempo porque sabe de sua finitude e de sua fatalidade. As conquistas tecnológicas servem para estendê-lo, mas não logram detê-lo. Revela-se, assim, na passagem do tempo, toda a impotência humana (CARVALHO, 2005, p. 221).

E o grande drama da justiça se encontra aí:

[...] ter que ser justa, convencer os outros de que se está sendo justa, mas fazê-lo de modo rápido, pois o bem justiça é essencial, é um tesouro, e temos de colocar esse tesouro dentro do tempo, pois de nada adiantam os tesouros que não podem ser usufruídos (CARVALHO, 2005, p. 222).

Quando o constituinte derivado inseriu o direito à razoável duração do processo no rol de direitos fundamentais estava ciente da necessidade de transpassar a concepção crua do acesso à justiça para comportar, em tal ideia, instrumentos e características que garantissem à justiça ser mais efetiva, proveitosa e célere, adequando-a, assim, às necessidades humanas, com o objetivo primordial de afastar a ineficácia dos provimentos jurisdicionais.

## 5. CONCLUSÃO

Com o passar do tempo os interesses sociais e o valor atribuído a certos direitos sofre severas alterações. Isso influencia desde a forma de um indivíduo se relacionar com outro até as relações e estruturações de poder. Para acompanhar as mudanças axiológicas, novas teorias e conceitos vão surgindo para adequar a vida social aos interesses da sociedade. Consequentemente, a noção de Constituição é afetada para que o constituinte

possa inserir na Lei Maior todos os elementos que julgar imprescindíveis para construir uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

No caso brasileiro, inseriu-se na Constituição de 1988 temas que vão desde as liberdades individuais até questões pertinentes ao direito de família. Em outras palavras, houve a tutela dos interesses que, axiologicamente, o constituinte julgou importante para moldar uma nova sociedade que saía do período ditatorial. Dentre eles, foi assegurado o direito fundamental do acesso à justiça e do devido processo legal.

A partir da facilitação do acesso aos órgãos jurisdicionais, outras questões importantes começaram a ser levantadas e clamaram por solução. Assim, para garantir que os direitos perseguidos por meio da jurisdição pudessem, de fato, ser efetivados, o constituinte derivado adicionou a razoável duração dos processos ao rol dos direitos fundamentais.

Todavia, apesar da importância e dos grandes debates sobre o tema, faltam estudos especializados sobre o tempo dos processos, prejudicando sobremaneira a análise da eficiência da norma constitucional e o traçar de metas para a aceleração dos processos.

## BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Peluso explica como mudança na CF pode beneficiar o cidadão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180818&caixaBusca=N>>. Acesso em: 27 mai 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARDOSO, Marco Aurélio. Razões de Estado: Poder e Liberdade. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/estadoepoder/6snepc/GT4/GT4-MARCO.pdf>>. Acesso em: 21 mai 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública in PRADO, Geraldo Luis Mascarenhas. Acesso à Justiça: Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos Teóricos y Prácticos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Gaceta Constitucional, n.º. 48, 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de Aceleração do Processo. 1. ed. São Paulo: Cruz & Lemos, 2003.
- GUIMARÃES, Roberta Aline Oliveira. O Tempo dos processos nos juizados especiais cíveis: o caso de Volta Redonda. 2016. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2016.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MONDIN, Battista. O homem, quem é ele?: Elementos da Antropologia Filosófica. São Paulo: Editora Paulus, 1997.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2007.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

# O DIREITO AO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIOAMBIENTAL E A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DO ESTADO

*Isadora Cortez Lustoza*  
*Tammilis Von Rondow*

## 1 Introdução

A preservação do meio ambiente vem sendo cada vez mais discutida e abordada pelo homem, o qual, frente aos inúmeros descasos ambientais, passou a buscar como objetivo principal não só a possibilidade individual de ter uma vida de qualidade e digna, mas como também a expectativa de promover e garantir um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Sendo, portanto, o meio ambiente saudável e equilibrado um objetivo que transcende os desejos pessoais dos indivíduos quando vislumbrado e projetado numa perspectiva de coletividade, cabe ao Estado se dedicar à sua proteção e, conseqüentemente, fornecer os meios para que ele possa vir a ser alcançado.

Vale dizer que o Direito é uma ciência que caminha junto com a sociedade, ou seja, uma ciência que está em constante modificação por lidar diretamente com os fenômenos sociais, logo, aos poucos se tem alcançado

grandes conquistas históricas e evolutivas relacionadas àquilo que faz parte essencial do homem.

Busca-se, dessa forma, além de atender às necessidades particulares, estabelecer uma sociedade funcional, que seja capaz de se perpetuar ao longo do tempo, mediante garantias mínimas de existência por meio de um meio ambiente harmonioso e balanceado, justificando-se, assim, a constante e relevante preocupação direcionada com o estudo do Direito Ambiental.

Observando, então, a importância do princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, sendo ele o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal de 1988, passa-se a discutir sua íntima ligação com o direito ao meio ambiente equilibrado frente ao princípio da vedação do retrocesso socioambiental e a atuação do Estado, ainda não tipificado, mas amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se parte do pressuposto que o ser humano é o centro dos cuidados constitucionais e o zelo com o meio ambiente é entendido como promoção desses cuidados.

Ademais, com a finalidade de promover a análise e desenvolvimento do tema proposto, mediante estudo de leis, doutrinas e teorias, o método a ser empregado terá como base o raciocínio hipotético-dedutivo, o qual pressupõe as bases teóricas dedutíveis a fenômenos particulares que refutarão ou corroborarão com a teoria em teste. Nesse caso, a observação é precedida de algo teórico.<sup>581</sup>

Com efeito, o que se pretende é conduzir a pesquisa um passo à frente, traçando o que se entende pela conexão entre meio ambiente e a dignidade pessoa humana, como esta relação é afetada pelo princípio da vedação do retrocesso socioambiental, e qual a importância da contribuição do Estado para a efetivação desses princípios que norteiam todo ordenamento jurídico, pautando-se sempre na jurisprudência dos Tribunais e na Constituição Federal.

## 2 O direito ao meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana

Sabe-se que o Direito, a partir de uma visão liberal, tem como função central promover a paz entre os indivíduos por meio da organização

---

581 LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

das relações jurídicas pessoais ao solucionar os conflitos de interesses que ocorrem na sociedade.

Essa harmonização social almejada, entretanto, já não é considerada nos dias atuais como o seu único objetivo, pois ao analisar as mudanças causadas pelas novas relações e realidades sociais, o Estado passou a se comprometer a impulsionar fatores que, diretamente, influenciavam a vida dos indivíduos e de toda a coletividade, como por exemplo, a promoção de um meio ambiente equilibrado.

Logo, tendo em vista essas adaptações do papel do Estado, no que diz respeito a sua prestação perante os novos anseios da sociedade, foi possível observar que, a relação entre o cuidado e a preocupação crescente com o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana, tem ganhado cada vez mais espaço no mundo jurídico nacional e internacional, afinal, como alcançar a uma vida digna, sem, contudo, pensar no ambiente em que se vive?

O princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como um valor característico de todo cidadão, foi consignado na Constituição Federal de 1988 em seu primeiro Título, mais precisamente no inciso III do artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, o perceber a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental e estruturante do Estado Democrático de Direito, há que se ressaltar a grande complexidade de sua conceituação, causa, inclusive, de infinitos debates doutrinários.

De acordo com Rocha (2001, p. 49-50):

[...] não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambigüidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana” Princípio de freqüente referência tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo.

No entanto, numa tentativa de formular um conceito que chegasse o mais próximo de seu significado, Sarlet (2006, p. 60), um dos principais estudiosos e referência nos direitos e garantias fundamentais atualmente, aduz:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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.

Em suma, pode-se entender que a dignidade da pessoa humana possui, em si, um conteúdo de cunho ético e moral, tornando-se, portanto, um princípio fundamental da ordem jurídica constitucional brasileira.

Possui, ainda, efeito vinculante a toda e nova ordem normativa que possa vir a ser estabelecida, e deve ser respeitada pela comunidade social e política, assim como pelo Estado no seu papel de fornecedor de meios para que ela seja consequentemente assegurada.

Ao direito ao meio ambiente, por sua vez, foi atribuído um status de direito fundamental, elevando, consequentemente, a proteção ambiental como um dos principais objetivos e deveres do Estado. Logo, o art. 225 do texto constitucional, o qual afirma que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o de dever de defendê-lo para as presentes e futuras relações”, consagrou o movimento de constitucionalização do Direito Ambiental.

Por conseguinte, reconhecido como direito fundamental de terceira geração pela declaração de Estocolmo em 1972, o direito ao meio ambiente equilibrado, enquadra-se nos direitos conhecidos como difusos e coletivos – os chamados direitos transindividuais – também denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade.

Segundo Moraes (2014, p. 29):

[...] protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade,

que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Dito isso, observa-se que os direitos de terceira geração estão relacionados ao progresso, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, assim como ao direito de propriedade e comunicação, ou seja, são direitos que tem como finalidade preservar a qualidade de vida, ao passo que o fenômeno da globalização se tornou necessário.

Ainda, partindo da análise de que o direito ao meio ambiente equilibrado trata de um direito além da extensão individual e coletiva, uma vez que se faz essencial para todo e qualquer ser humano, este também procede tanto de forma subjetiva como objetiva, ou seja, às vezes demanda ações positivas e outras negativas, um agir ou um não agir tanto do Estado como da própria sociedade.

Nessa toada, sendo o direito ao meio ambiente equilibrado algo essencial ao ser humano, passa-se a visualizar com mais clareza a sua essencialidade, ou seja, o seu caráter fundamental para ordenamento jurídico como um todo, assim como a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, pode-se perceber que o ser humano, que se encontra em constante evolução, vem compreendendo cada vez mais a relevância de se preservar e colaborar com o meio em que se vive, refletindo, dessa forma, nas normas jurídicas, as suas novas necessidades que, neste caso, direcionam à proteção desse sistema natural, por meio da manifestação dos direitos fundamentais.

### 3 O princípio da vedação do retrocesso socioambiental

A Constituição Federal de 1988 dedicou em seu corpo um importante tópico ao meio ambiente, mais especificamente em seu Capítulo VI, Título VII, que trata sobre a “ordem social”, impondo, assim, a necessidade de um estudo sistemático desse direito.

Dessa maneira, é reconhecido pelo ordenamento brasileiro o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental a partir de princípios e regras que, têm por finalidade a manutenção da qualidade desse meio ambiente em situação compatível com a dignidade e o desenvolvimento do indivíduo.

O princípio da vedação do retrocesso socioambiental, por sua vez, é entendido como uma garantia constitucional que proporciona efetividade às normas de direito ambiental, assegurando, assim, que as garantias fundamentais do direito ao meio ambiente harmônico, saudável e equilibrado, previstos no texto da Constituição (artigos 5<sup>a</sup>, §1<sup>o</sup>; 170, IV; 225) sejam efetivadas.

Logo, esse princípio presume a irretroatividade da proteção já conferida ao meio ambiente, uma vez que não permite que a norma consagrada sofra uma regressão para níveis de defesa menores dos que foram anteriormente reconhecidos.

Nesse sentido, Sarlet (2012, p. 6) preceitua:

[...] a tutela normativa ambiental - tanto sob a perspectiva constitucional quanto infraconstitucional - deve operar de modo progressivo no âmbito das relações socioambientais, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo o retrocesso, em termos normativos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.

Por este motivo, o princípio da vedação do retrocesso tem como sua fundamentação o princípio da segurança jurídica que, nesse diapasão, permite a compreensão de que a dignidade humana não exige apenas a proteção em face de atos de cunho retroativo, “mas também não dispensa uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser consideradas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada” (THOMÉ, 2014).

Ainda, essa relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da vedação do retrocesso socioambiental, tem o cunho de impedir que as mudanças legislativas e administrativas sobre os direitos ambientais

venham violar tanto a boa-fé como a confiança legítima que os cidadãos depositam no Estado.

Em consonância com o exposto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N.º 1.181/2012 DO MUNICÍPIO DE TAIÓBEIRAS - SUPRESSÃO DE ZONA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO - APLICABILIDADE AO DIREITO AMBIENTAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. Ante a garantia constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a obrigação de todos em protegê-lo para as presentes e futuras gerações, deve ser aplicado o princípio da vedação ao retrocesso ou da não-regressão às normas de direito ambiental, sendo de rigor a manutenção de todos os mecanismos implementados em prol da proteção ao meio ambiente. Se a norma impugnada suprime, sem qualquer justificativa razoável, zona de proteção ambiental instituída para permitir a implantação de parques, horto florestal ou equivalente, deve ser declarada como inconstitucional. (TJ-MG - Ação Direta Inconst: 10000150218766000 MG, Relator: Paulo César Dias, Data de Julgamento: 08/03/2016, Órgão Especial/ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 15/04/2016).<sup>597</sup>

Dessa maneira, é possível reconhecer que a tutela constitucional do meio ambiente é um direito fundamental considerado uma cláusula pétrea e, uma vez suprimido, ou seja, retroagido por causa de alterações negativas advindas de normas infraconstitucionais, tem-se como consequência, a declaração posterior de sua inconstitucionalidade.

Em suas origens, o princípio da proibição do retrocesso limitava-se à proteção dos direitos fundamentais de caráter social, evitando que fossem desconstituídas conquistas já alcançadas pelo cidadão.

---

597 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 10000150218766000 – Rel. Des. Paulo César Dias – Tribunal Pleno – Julgamento: 08/03/2016 – Publicação 15/04/2016.*

No plano atual, o princípio da vedação ao retrocesso se mostra como um importante instrumento para evitar que o Legislativo e a sociedade revertam conquistas ambientais, contrariando, com isso, o disposto no texto constitucional.

Nesse âmbito, o princípio possui íntima relação com os direitos prestacionais, isto é, com a categoria dos direitos que dependem de uma ação positiva por parte do Estado para se concretizarem, como o direito à educação, à saúde ou à segurança pública (SAES, 2017).

Ainda, no que diz respeito às influências sofridas por este princípio, pode-se dizer que ele também é fruto de uma construção doutrinária estrangeira associada à crise do Estado de bem-estar social. Sua origem remonta à Alemanha da década de 1970, período de dificuldade econômica em que se discutiu a possibilidade de restrição e/ou supressão de benefícios sociais que até então eram assegurados aos cidadãos (SAES, 2017).

Já no que diz respeito à aplicação desse princípio no caso concreto, cabe dizer que, mesmo havendo pacificação na doutrina, seu desafio maior é na sua execução prática.

De acordo com Sarlet (2012, p. 6):

[...] é na esfera da sua aplicação, ou seja, na esfera dos critérios para aferição da ilegitimidade de medidas restritivas da proteção e da efetividade dos direitos socioambientais de um modo geral que se verifica a maior dificuldade, notadamente pela pouca repercussão prática, no que diz com o número de julgados dos Tribunais Superiores no Brasil (e mesmo em outros lugares) da proibição de retrocesso.

Em razão disso, passa-se, agora, a analisar como a jurisprudência vem enfrentando a questão da inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Direito Ambiental frente ao princípio da vedação do retrocesso.

Na Arguição de Inconstitucionalidade nº 166802/2015 julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, foi declarada, por unanimidade, a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei nº 12.651/2012 que trata da área de reserva legal para imóveis rurais de até quatro módulos fiscais por entenderem não terem sido observados o princípio constitu-

cional implícito da vedação de retrocesso socioambiental e outros mandamentos constitucionais:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 67 DA LEI N. 12.651/2012 - ISENÇÃO DA RECOMPOSIÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL PARA PROPRIETÁRIOS E POSSUIDORES DE IMÓVEIS RURAIS DE ATÉ QUATRO MÓDULOS FISCAIS – NORMA QUE DEIXA DE OBSERVAR O ART. 186, I E II, ART. 225, § 1.º, I E III, § 3.º, BEM COMO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA AMBIENTAL – PONDERAÇÃO IN CONCRETO ENTRE O DIREITO ADQUIRIDO À PROPRIEDADE E O DIREITO ADQUIRIDO METAINDIVIDUAL AO MEIO AMBIENTE PRESERVADO E EQUILIBRADO PARA A PRESENTE E ÀS FUTURAS GERAÇÕES – INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL RECONHECIDA – ARGUIÇÃO ACOLHIDA. (TJ-MT - Arguição de Inconstitucionalidade: 01668028320158110000 166802/2015, Relator: DES. GILBERTO GIRALDELLI, Data de Julgamento: 10/03/2016, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 17/03/2016).<sup>6011</sup>

Por conseguinte, na Apelação nº 0000807-85.2012.8.26.0588 do Tribunal de Justiça de São Paulo, destacou-se que o princípio da proteção do meio ambiente e o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental devem ser observados com o objetivo de realizar a harmonização deste com outros princípios, assim como os direitos fundamentais que fazem parte do ordenamento jurídico.

Segue ementa abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS CONTIDOS NA LEI

---

6011 BRASIL. *Tribunal de Justiça do Mato Grosso* – Arguição de Inconstitucionalidade nº 01668028320158110000 – Rel. Des. Gilberto GiraldeLLi – Tribunal Pleno – Julgamento: 10/03/2016 – Publicação 17/03/2016.

Nº 12.651/2012 – IMPERTINÊNCIA – INSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL – APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL À ESPÉCIE (LEIS Nº 12.651/12 E 12.727/12) – REGRAS AUTOAPLICÁVEIS – POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NA RESERVA LEGAL (ART. 15 DO CÓDIGO FLORESTAL VIGENTE) – ADMISSIBILIDADE – INSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL PREVISTO NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI Nº 12.651/2012), POR MEIO DO DECRETO Nº 8.235, DE 5.05.2014, E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2/MMA, DE 6.05.2014 – AVERBAÇÃO DA ÁREA – DESNECESSIDADE – RECEBIMENTO DE BENEFÍCIOS E INCENTIVOS FISCAIS E CONSIDERAÇÃO DO ART. 67 DA LEI – POSSIBILIDADE – RECURSO DO AUTOR NÃO PROVIDO, E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DOS RÉUS. (TJ-SP - APL: 00008078520128260588 SP 0000807-85.2012.8.26.0588, Relator: Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 10/03/2016, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 14/03/2016).<sup>6112</sup>

Dito isso, insta salientar que quanto à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso ambiental, deve ser ele sempre observado no caso concreto e em conjunto com os demais princípios e direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico.

#### 4 A atuação do Estado quanto ao seu dever de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado

De antemão, é preciso reconhecer que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui também dever do Estado. Dessa maneira, esse relevante papel de proteção ambiental exercitado pelo

---

6112 BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo* – Apelação nº 0000807-85.2012.8.26.0588 – Rel. Des. Paulo Ayrosa – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Julgamento: 10/03/2016 – Publicação: 14/03/2016.

Poder Público é confirmado de forma expressa mediante o artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

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;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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.

Pode-se observar, então, no texto constitucional, o tamanho da responsabilidade do Estado no que diz respeito à preservação ambiental, pois

essa proteção está diretamente relacionada com o bem-estar e a qualidade de vida do ser humano não só das gerações atuais, mas como também das gerações futuras. Nesse sentido, o Estado deve atuar progressivamente na proteção do meio ambiente.

Trata-se, portanto, de um dever fundamental, que não se resume apenas em um mandamento de ordem negativa, consistente na não degradação, mas que possui também uma disposição de cunho positivo que impõe a todos, inclusive ao Estado, a prática de atos tendentes a recuperar, restaurar e defender o ambiente ecologicamente equilibrado. Estabelece, nesse diapasão, verdadeiro pavilhão orientador da atuação do Poder Público e da coletividade com vistas a salvaguardar a preservação ambiental (VERDAN, 2014).

Logo, é irrefutável tratar-se de missão constitucional direcionada aos três poderes estatais no sentido de ampliar, ou ao menos manter, os níveis de proteção ambiental. Quando não o fizerem espontaneamente, e nos casos em que se verifique recuo nos níveis de proteção ambiental, compete ao Poder Judiciário intervir, exercendo o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo (THOMÉ, 2014).

Nesse sentido, vale citar a importância do bom funcionamento do Governo em seu todo para a efetivação da garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, é de suma importância o Poder Legislativo fiscalizar de forma correta a atuação do Poder Executivo na produção de novas leis, garantindo que tutelem de forma positiva e evolutiva aos direitos relacionados ao meio ambiente, não permitindo que haja retroação de qualquer direito já garantido pelo texto constitucional.

Já o Poder Judiciário deve fazer valer o controle de constitucionalidade, não permitindo que uma norma infraconstitucional se sobressaia a uma norma constitucional, pois, uma vez havendo um vício material, esta poderá sofrer de forma justa uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Conforme o artigo 225, §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” - da Constituição Federal, este Poder pode atuar tanto na esfera cível, penal e administrativa em ações danosas ao meio ambiente.

Ainda, deve-se dizer que o Poder Judiciário tem a função elevada de fazer valer esse comando constitucional e também de tutelar o meio ambiente com a utilização da função promocional do direito. Essa função promocional do direito está presente nas decisões do Poder Judiciário, merecendo destaque no tema ambiental, considerando-se a natureza instrutiva das deliberações, as quais devem incentivar uma cultura ecológica conservacionista, promovendo ações sólidas em benefício ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Constatando-se, então, a essencial participação do Estado, no que diz respeito à atuação do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, para assegurar e proteger os interesses difusos e coletivos de se obter um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, conclui-se que, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, seja ele a dignidade da pessoa humana, passa a ser tutelado.

Desse modo, para Sarlet, desde o momento em que a dignidade do homem “é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas”<sup>6215</sup>, ou seja, o papel do Estado, baseado na perspectiva da dignidade do homem como preceito fundamental, torna-se essencial, pois é a partir dele que serão tomadas as providências necessárias para que os indivíduos possam viver em um ambiente que proporcione condições aceitáveis.

Logo, não é necessário determinar todo o conteúdo ou pretensões do que seria dignidade humana, posto que se reflete no mínimo existencial, já que o princípio da dignidade humana contém, de fato, um campo livre para a deliberação política. O que persiste é determinar o conteúdo mínimo e os efeitos concretos – restritos ao minimum – que o princípio deve reproduzir, de modo que se eles não se realizem, seja possível impor seu cumprimento coativamente (LEÃO, 2007).

Portanto, observa-se a ligação direta entre dignidade da pessoa humana com o meio ambiente ecologicamente equilibrado para se obter o mínimo de qualidade de vida. Isso já é garantido a todos pelo texto constitucional e deve ser assegurado pelo Estado. Porém, cabe lembrar que a co-

---

6215 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 267.

letividade como detentora desse bem, possui o mesmo dever de defender e preservar esse meio ambiente.

## 5 Considerações Finais

A pesquisa realizada, tendo em vista sua relevância temática, teve como objetivo compreender melhor a relação entre o direito ao meio ambiente equilibrado com o princípio da dignidade da pessoa humana, verificando, também, os reflexos trazidos pelo princípio da vedação ao retrocesso socioambiental no que diz respeito à progressiva efetivação desses direitos fundamentais.

Para isto, o presente estudo se deu da seguinte forma: num primeiro momento foi feita uma abordagem geral do que se entende pelo direito ao meio ambiente e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo-se, em seguida, uma ligação direta e necessária entre essas duas normas consideradas fundamentais para o ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, observou-se por meio da doutrina e da jurisprudência, o que se entende pelo princípio da vedação do retrocesso socioambiental, chegando-se à conclusão de que, mesmo não sendo um princípio positivado expressamente na Constituição Federal de 1988, merece destaque e atenção, tendo em vista que os avanços obtidos na legislação ambiental e a própria interpretação feita no texto constitucional, não podem ser desmerecidos e refutados, pois afetaria, conseqüentemente, a dignidade do homem e seu direito de viver em um ambiente equilibrado.

Em um terceiro momento, por ter essas normas caráter fundamental, restou clara a obrigação do Estado – e de toda a coletividade, a partir de uma perspectiva de dimensão horizontal dos direitos fundamentais – em, pautar suas ações e omissões a fim de evitar qualquer comportamento conflitante com o direito ao meio ambiente no que diz respeito à proibição de seu retrocesso.

Nesse cotejo, ao utilizar o método hipotético-dedutivo, pôde-se concluir pelo reconhecimento da interligação direta entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente equilibrado, conectados, conseqüentemente com o princípio da vedação do retrocesso, o qual tem por finalidade garantir as conquistas normativas relacionadas ao Direito Ambiental, buscando-se sempre a evolução desses direitos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 10000150218766000 – Rel. Des. Paulo César Dias – Tribunal Pleno – Julgamento: 08/03/2016 – Publicação 15/04/2016. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/338959240/acao-direta-inconst-10000150218766000-mg/inteiro-teor-338959300>>. Acesso em: 09 jan. 2019.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de Mato Grosso** – Arguição de Inconstitucionalidade nº 01668028320158110000 – Rel. Des. Gilberto Giraldelli – Tribunal Pleno – Julgamento: 10/03/2016 – Publicação 17/03/2016. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322084207/arguicao-de-inconstitucionalidade-1668028320158110000-166802-2015/inteiro-teor-322084257?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo** – Apelação nº 0000807-85.2012.8.26.0588 – Rel. Des. Paulo Ayrosa – 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Julgamento: 10/03/2016 – Publicação: 14/03/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322662547/apelacao-apl-8078520128260588-sp-0000807-8520128260588>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- FEDERAL, Supremo Tribunal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. atual. Até a EC 90/2015. — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicao eo-supremo/>>. Acesso em: 23 dez. 2018.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho**. 16. ed. atual. amp. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

- LEÃO, Luciana Araújo de Souza; LEVY, Dan Rodrigues. **Meio ambiente como parte do mínimo existencial**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Pará. Pesquisa Diretos Humanos e Tributação. 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/viewFile/6538/4101>> Acesso: 16 jan. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROCHA, Carmen Lúcia. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a exclusão social. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/29-1-119-1-10-20160515.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SAES, Marcos André Bruxel; GULIN, Gleyse; TONON NETO, Nelson. **O Setor Elétrico e o Meio Ambiente. O princípio da proibição do retrocesso e o licenciamento ambiental**. Seminário O futuro da relação Meio Ambiente e o Setor Elétrico. 2017. Disponível em: <<http://www.saesadvogados.com.br/2018/01/10/o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-e-o-licenciamento-ambiental/>> Acesso: 14 jan. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental**. In: Brasil. Senado Federal. Comissão De Meio Ambiente, Defesa Do Consumidor E Fiscalização E Controle (CMA). Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

VERDAN, Tauã Lima. **Ponderações ao Princípio da Natureza Pública da Proteção Ambiental: Comentários Introdutórios.** Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro – 2014. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj043176.pdf>> Acesso: 14 jan. 2019.

# UTILIZAÇÃO DO VÉU ISLÂMICO COMO SÍMBOLO RELIGIOSO: O CASO ZAÍRA SOB A LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

*Marcos Fernandes-Sobrinho*

*Arthur Bezerra de Souza Junior*

## Introdução

Pesquisas antropológicas e arqueológicas demonstram que as religiões se fazem presentes em nossa vida em sociedade desde tempos remotos. No entanto, apesar de a religião fazer parte da vida do homem, desde há muito, sabe-se também que a liberdade religiosa é uma conquista recente da humanidade, podendo-se, embasado no pensamento de Georg Jellinek (1851-1911), assegurar ser a mesma um dos primeiros direitos fundamentais conquistados pelo homem e que, essa liberdade, dentro da divisão de gerações de direitos fundamentais estruturada por Norberto Bobbio (1909-2004), um direito de primeira geração (MORAIS, 2011).

Como pano de fundo à discussão realizada neste estudo, invoca-se o caso da aluna Zaíra, uma adolescente que à época tinha 15 anos. A adolescente é de família cuja tradição é muçulmana “fundamentalista”, vez que obedecem todos os ensinamentos e tradições da religião islâmica (ASENSI, 2004).

## Contextualização da pesquisa

Trata-se da expulsão dessa aluna, regularmente matriculada à época em uma escola pública francesa, sob o argumento de ofensa à lei criada em 2010, e em vigor desde abril de 2011. Com a lei, a França se tornou o primeiro país europeu a proibir a cobertura do rosto em público. Aplicam-se a lenços, máscaras e capacetes de motos, mas atinge, particularmente, mulheres muçulmanas que usam o *niqab* [véu que cobre o rosto e só revela os olhos] ou a *burca* [véu que cobre completamente o corpo e a cabeça, inclusive os olhos onde há uma tela que permite a visão].

Decorre dessa lei, a proibição do uso ou porte de qualquer símbolo religioso pelos discentes de escolas públicas francesas, editada com base no princípio da laicidade do Estado.

Grupos feministas defendem a referida lei sob a alegação de liberdade da mulher e a igualdade de gêneros. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu em 2014 que a lei em comento não ofende a liberdade religiosa e serve para combater o fundamentalismo islâmico. No mesmo sentido argumenta o Conselho Superior de Educação francês, acrescentando que a utilização de símbolos religiosos aumenta a segregação das religiões.

O Partido de Justiça e Desenvolvimento Islâmico aduz que o véu, especificamente, é ícone de uma cultura milenar e seu uso representa a identidade cultural e o direito à liberdade religiosa de quem o adota.

Por fim, o Partido francês pela Liberdade Religiosa defende a liberdade de escolha como princípio basilar da democracia e da liberdade de expressão dentro do Estado Democrático de Direito.

## Objetivações

O presente trabalho objetiva apresentar elementos argumentativos à luz da hermenêutica jurídica no contexto da legislação brasileira, para o caso Zaíra. Discorrer-se-á acerca dos limites e restrições a direitos fundamentais, bem como sobre os limites a limites dos direitos fundamentais, e colisão entre direitos fundamentais.

## Procedimentos investigativos

A pesquisa se enquadra no escopo qualitativo, do tipo bibliográfico e documental cuja metodologia de análise e discussão percorre documentos

internacionais, a legislação brasileira com enfoque na CRFB/88 e, eventualmente, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, análise da jurisprudência, legislação infraconstitucional e a doutrina enquanto referência do posicionamento dos tribunais pátrios acerca do tema.

Desta forma, o estudo contemplará a CRFB em seu Art. 5º, incisos VI e VIII, que estabelecem o alcance da liberdade religiosa; também documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especialmente seu artigo 18, e a Declaração da ONU acerca da Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença (Resolução nº 33/1955).

A CRFB/88 também é visitada sob o olhar do direito à educação, garantia prevista no art. 6º e ampliada no art. 206, que assegura a igualdade de condições no acesso e permanência na escola. Neste contexto, a Lei de Diretrizes e Bases da educação Nacional (LDB), LEI N.º 9.394 DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996 também será analisada.

Buscou-se, então, construir uma tese fundamentada juridicamente de como o caso Zaíra deveria ser resolvido no contexto da legislação brasileira. Levaram-se em consideração elementos fáticos do caso, bem como os argumentos mobilizados nos vários grupos sociais [feministas, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Partido de Justiça e Desenvolvimento Islâmico, Conselho Superior de Educação, e o Partido pela liberdade religiosa].

## Véu islâmico em contexto

É sabido que a *burca* e(ou) o *niqab* [também denominados véus islâmicos] compõe vestimentas de [e tem como propósito central] cobrir todo o corpo da mulher muçulmana, o que não exclui a sua cabeça: cabelo e rosto.

Acerca da origem do uso da *burca* e(ou) *niqab* por parte dela, há origens divergentes e, por vezes, controversas. Entre as explicações, diz respeito a um simbolismo traduzido como sinal de modéstia, fé e até castidade. No Alcorão, Livro Sagrado mulçumano, o véu se propõe a proteger as devotas de assédios, conforme trecho que se segue:

[...] 31 Dize às fiéis que recatem os seus olhares, conservem (1024) os seus pudores e não mostrem os seus atrativos, além dos que (normalmente) aparecem; que cubram o colo com seus véus e não

mostrem os seus atrativos (1025), a não ser aos seus esposos, seus pais, seus sogros, seus filhos, seus enteados, seus irmãos, seus sobrinhos, às mulheres suas servas, seus criados isentas das necessidades sexuais, ou às crianças que não discernem a nudez das mulheres; que não agitem os seus pés, para que não chamem à atenção sobre seus atrativos ocultos (1026) . Ó fiéis, voltai-vos todos, arrependidos, a Deus, a fim de que vos salveis! [...] (HAYEK; ALCORÃO, 31, p. 315).

Notadamente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) mostra-se preocupada com a liberdade religiosa e perfeitamente sintonizada com documentos internacionais relativos aos direitos humanos (SARLET, 2006), senão vejamos.

## A dignidade Humana

Para que haja melhor compreensão acerca das questões aqui propostas, faz-se necessário discutir o conceito de dignidade. Para Kant (2004), a dignidade parte da ideia valorativa de que o homem possui fim em si mesmo.

[...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim (KANT, 2004, p. 52).

Como lei universal, pode-se que o homem como com fim em si mesmo é um imperativo categórico. Kant demonstrou que, por se tratar de uma máxima universal, deve ser respeitada por todos, indistintamente. Neste sentido, caminha o pensamento de Vailatti e Souza Junior (2018),

Kant buscou demonstrar que a dignidade da pessoa humana é a somatória da razão e autonomia do ser humano na formação de preceitos morais universais, não podendo ser usado como instrumento do interesse alheio, mas como já dito, um fim em si mesmo. Aqui, estamos diante de uma *máxima* universal (VAILATTI; SOUZA JUNIOR, 2018, p. 8).

Assim, partindo da premissa filosófica de que o homem é um fim em si mesmo, vale-se então do conceito que o próprio Kant (1986) traz sobre a Dignidade Humana:

**No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr (SIC) outra em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] aquilo [...] que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade (KANT, 1986, p.77, grifos originais).**

Sarlet (2002) também conceitua a dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2002, p. 26).

A dignidade humana relaciona-se com o respeito ao indivíduo no que se refere a sua singularidade. É a garantia mínima de resguardo de direito tanto pelo Estado quanto pelo seu semelhante e de elementos mínimos para o bem-estar individual.

Nesse sentido, para Queiroz (2005), a moralidade se coloca como condição única que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, vez que, apenas por ela, lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Decorre desse raciocínio que a moralidade e a humanidade enquanto capazes de moralidade são as únicas providas de dignidade.

## A liberdade religiosa em documentos, doutrinas e legislação brasileira

De acordo com Fernandes-Sobrinho (2016), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU) explicita, já em sua introdução, os ideais a serem atingidos por todos os povos e Nações a fim de que “[...] se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades [...]” (ONU, 1948, p. 1).

Se de um lado a Declaração é o ponto de culminância de uma agenda pela aceitação, consolidação e universalização dos direitos do homem, de outro, deflagra o início de um processo à efetivação desses direitos. Corolário da aversão às crueldades vivenciadas pela humanidade nas duas grandes guerras, sobretudo na segunda, a Declaração marca a retomada da herança iluminista, sob o lema *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, invocado durante a Revolução Francesa (COMPARATO, 2007, p. 225-226).

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro hodierno foi fortemente influenciado pelo movimento neoconstitucionalista, com notória repercussão pós segunda guerra mundial. Um aspecto relevante é a posição de destaque da CRFB/88, elevada ao topo do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto verdadeira norma de validação das demais infraconstitucionais

Embora a Declaração possua natureza de recomendação, o que significa não possuir poder de coerção (SORIANO, 2002, p. 65), manifesta expressamente direitos superiores a qualquer ordenamento jurídico positivado. Nesse sentido, o entendimento sobre os direitos do homem, além de serem anteriores, são superiores às normas elaboradas pelo Estado, seja ela qual for (COMPARATO, 2007, p. 227-228).

Assim, de acordo com o texto da Declaração, sexo, raça, cor, religião, opinião, ou qualquer outra condição, não podem ser objeto de restrição a direito do homem, já que todos são livres e iguais em dignidade (ONU, 1948).

Ainda na Declaração, a liberdade encontra destaque como princípio basilar de toda proteção que se busca garantir aos indivíduos, sendo expressa ou prevista em vários artigos do documento. Essa liberdade deve ser a aspiração de toda a humanidade, desdobrando-se na acepção do termo, na crença e no viver preservado de temores, como apregoa o Preâmbulo da Declaração (ONU, 1948).

Acerca da liberdade religiosa especificamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe:

Art. 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular (ONU, 1948).

Ao consagrar a liberdade religiosa a Declaração reflete, entre suas dimensões, a da liberdade de crença e de culto que, para o interesse deste estudo, ilumina o conflito entre o respeito ao culto religioso e a exigência de frequência escolar mínima obrigatória estabelecida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (BRASIL, 1996).

O princípio constitucional da liberdade religiosa é, então, analisado com fulcros doutrinários e a posição jurisprudencial adotada no Brasil, fazendo-se o devido cotejo com a jurisprudência internacional. Trata-se, portanto, de tema afeto ao Direito Constitucional, sobretudo direitos humanos e garantias fundamentais.

#### Resultados e Discussão

No contexto da legislação brasileira, o desfecho francês para o caso Zaíra agride princípios constitucionais entre os quais elencamos o princípio da dignidade da pessoa humana.

Art. 1º - 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:

[...]

III - **a dignidade da pessoa humana** (BRASIL, 1988, Grifo nosso).

Questões valorativas e outras principiológicas acerca dos direitos fundamentais são postas à prova. No referido caso, os incisos VI e VIII do art. 5º da CRFB/88.

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, **fixada em lei** (BRASIL, 1988, Grifos nossos).

De forma indireta, o caso também não encontra respaldado nos princípios da igualdade, dado que o véu se apresenta como vestimenta exclusiva às mulheres. Outra situação diz respeito ao fato de o Brasil ser um Estado Laico [ou *secular*].

Confrontando pressupostos constantes dos direitos fundamentais e a realidade do Estado Laico, para o caso em comento, parece haver colisão de direitos. Por um lado, a inviolabilidade da liberdade de crença, por outro, o Estado Laico que tem o dever de ser imparcial no campo das discussões religiosas, não apoiando ou discriminando qualquer religião em relação a outra.

De outro olhar, devemos atentar para o fato de que não existe direito fundamental absoluto, razão pela qual os termos acima foram grifados: “na forma da lei” e “fixada em lei”. Estes termos têm aspectos restritivos. “Na forma da lei” é a chamada cláusula de reserva legal. Significa que a situação apresentada no caso *Záira*, no contexto brasileiro, deve ser analisado sob vários prismas, incluem-se também as reservas jurisdicionais, o princípio da legalidade e súmulas do STF. Desse modo, a depender da linha interpretativa, o princípio da dignidade da pessoa humana ao ser relativizado a outros direitos fundamentais, pode prevalecer, afastando a possibilidade de colisão entre direitos, apresentada no parágrafo anterior.

A mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da tolerância religiosa ocorreu no dia 28 de março de 2019. O STF declarou constitucional o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana sob o fundamento constitucional de resguardar a liberdade religiosa. No entanto, a decisão é taxativa ao condicionar essa prática sem crueldade.

Do ponto de vista infraconstitucional, algumas ações de reconhecimento do Estado brasileiro no que tange o crescimento da diversidade religiosa, bem como a ampliação dos casos de intolerância religiosa, criou-se o *Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa* (21 de janeiro) por meio da Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007. O Brasil tem normas jurídicas que visam punir a intolerância religiosa.

Nessa mesma direção, no Brasil, a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, alterada pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997, considera crime a prática de discriminação ou preconceito contra religiões. Também há no Código Penal brasileiro previsão de punição a incitações à violência, como agressões, inclusive homicídios por motivos religiosos ou não.

## Considerações

Objetivou-se, com o presente artigo, apresentar e discutir o caso da expulsão de uma estudante de nível médio de escolarização, à época com 15 anos de idade, em uma escola francesa, e que teve repercussão internacional, trazendo o caso como instrumento de provocação com fins de iluminar o debate e a discussão no contexto brasileiro.

Elementos argumentativos à luz da hermenêutica jurídica pautada na legislação brasileira e na doutrina pretenderam apontar aspectos acerca dos limites e restrições a direitos fundamentais, bem como sobre os limites a limites dos direitos fundamentais, o que incluiu eventuais colisões entre direitos fundamentais.

Nesse contexto, o caso Zaíra pareceu-nos agredir não apenas os princípios constitucionais brasileiros (CRFB/1988), caso o tivesse ocorrido em território brasileiro, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana, questão valorativa expressa na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana<sup>63</sup> (ONU, 1948).

---

63 O termo **pessoa humana** sob as lentes da literatura jurídica, propõe-se a realçar outras possibilidades semânticas para **pessoa** como, por exemplo, **pessoa jurídica**.

O caso também não encontra respaldado no princípio constitucional da igualdade, dado que o véu se apresenta como vestimenta exclusiva às mulheres. Outra situação diz respeito ao fato de o Brasil ser um Estado Laico [ou *secular*].

Os pressupostos constantes dos direitos fundamentais e a realidade do Estado Laico [brasileiro] apontam para a colisão de direitos fundamentais. Por um lado, a inviolabilidade da liberdade de crença, por outro, o Estado Laico que tem o dever de ser imparcial no campo das discussões religiosas, não apoiando ou discriminando qualquer religião em relação à outra.

Não obstante, não há que se falar em direito fundamental absoluto. Significa que a situação apresentada no caso Zaíra, no contexto brasileiro, deve ser analisado sob outros prismas, incluem-se as reservas jurisdicionais, o princípio da legalidade e súmulas do STF.

Nesse sentido, e a depender da linha interpretativa, o princípio da dignidade da pessoa humana ao ser relativizado a outros direitos fundamentais, pode prevalecer, afastando a possibilidade de colisão entre direitos.

Por fim, espera-se que o presente artigo possa estimular e ampliar o adensamento de discussões acerca de temáticas como liberdade e tolerância religiosas, sobretudo no entorno de questões valorativas, tão caras à dignidade da pessoa humana.

## Referências

ASENSI, Felipe Dutra. **Hermenêutica e Argumentação Jurídica**. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**.

In: PLANALTO FEDERAL. Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, LEI N.º 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996**.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES-SOBRINHO, Marcos. **Temas sociocientíficos no Enem e no livro didático**: Limitações e potencialidades para o ensino de Física (Tese de Doutorado). Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2016. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21065/1/2016\\_MarcosFernandesSobrinho.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21065/1/2016_MarcosFernandesSobrinho.pdf). Acesso em: 25 jul. 2019.

HAYEK, Samir El. **Alcorão**. Centro Cultural Beneficente Árabe Islâmico de Foz do Iguaçu. LCC Publicações Eletrônicas, São Paulo, 1994. Disponível em: <[http://www.ligaislamica.org.br/alcorao\\_sagrado.pdf](http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf)>. Acesso em: 22. Abr. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. 70 ed. Lisboa: Textos Filosóficos, 2004.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: O princípio da Liberdade Religiosa do Estado Constitucional Democrático Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 18, pp. 225-242, jul./dez. 2011.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: [http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php). Acesso em 27 jul. 2019.

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7069>. Acesso em: 17 ago. 2019.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 65.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VAILATTI, Diogo Basílio; SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra de. A influência do pensamento de Immanuel Kant para a construção dos conceitos de ética e de dignidade da pessoa humana. **Revista (Re) pensando Direito**, V. 8, N. 15, 2018.

# PROCESSO REGULATÓRIO DE LEITOS NO RIO DE JANEIRO: UMA SÚMULA HISTÓRICA

*Carlos Eduardo Pessanha Boller*

*Natacha de Oliveira Brito São Bento*

*Ana Luiza Amancio de Farias*

*Paulo Alexandre de Souza São Bento*

## Conceitos, definições e demais entendimentos necessários

O Sistema Único de Saúde (SUS) estabelece que o cidadão receba um cuidado padronizado por níveis de complexidade, através de um acesso baseado em referências e contra-referências. A implantação desta estrutura é justificada pela necessidade de racionalizar, qualificar e humanizar o acesso dos usuários aos procedimentos oferecidos pelas instituições e pela rede de atenção à saúde. (São Bento *et al.*, 2017)

Tratando-se do campo da saúde é inegável que se toca às questões do âmbito dos Direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Art. 5º, *caput*). A primazia deste direito está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana - um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Falar em direito à vida reduzindo-o apenas ao direito à existência física é esvaziar seu conteúdo fundamental, que perpassa pela existência com dignidade. Assim, falar em direito à saúde sem considerar o acesso do cidadão ao serviço é, em última análise, negar-lhe tal direito. Isto é, não há vida sem dignidade e os seres humanos

devem ser considerados enquanto fins em si mesmos. Esta é uma questão que antecede todas as regulamentações a respeito do acesso à saúde, pois consta da Declaração Internacional de Direitos Humanos, de 1948. (São Bento *et al.*, 2017)

Ainda sob a perspectiva do Direito e sabendo que o cidadão muitas vezes precisa recorrer ao Judiciário a fim de garantir seu acesso ao serviço de saúde, seja ele público ou privado, e sabendo que o Estado detém o monopólio do controle jurisdicional, conforme mandamento consuetudinário do Princípio da Proteção Judiciária, também conhecido como Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, em que assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988), conclui-se que a via judicial se configura como importante instrumento para o cidadão fazer valer seus direitos fundamentais à vida, à dignidade e à saúde. Nesse diapasão garantista, a Constituição Federal consagra, ainda, outros direitos e princípios essenciais para dar voz ao cidadão, tais como o direito de ação, de defesa, do devido processo legal, da duração razoável do processo, entre outros. (SILVA, 2007)

Quando se refere ao processo regulatório, especialmente ao termo regulação, depara-se com uma perspectiva multifacetada, isto é, não se identifica um padrão definitivo de sua terminologia. Ela evoca diversos entendimentos, concepções e práticas que contemplam a magnitude do entendimento do que seja ‘saúde’ (Marcon *et al.*, 2013; São Bento *et al.*, 2017). A regulação é um potente equalizador social, ou assim se espera, do sistema de saúde, reduzindo a distância entre o serviço privado e público, além de atenuar a relação necessidade – demanda – oferta, tornando-a coerente, compatível e sem grandes distorções (Vilarins *et al.*, 2012; Barbosa *et al.*, 2016). O status epistemológico do conceito de regulação é pouco estabelecido e a sua definição varia conforme os autores. Até então não há uma proposta de unificação de conceitos e, portanto, seria importante um ponto de convergência entre a idealização do processo regulatório com as reais demandas e os cenários apresentados no cotidiano da sociedade. (Oliveira e Elias, 2012)

Os protocolos de regulação almejam ordenar fluxos de encaminhamento, viabilizando a atenção integral aos indivíduos através da efetivação do acesso nos diferentes níveis de complexidade (Marcon *et al.*, 2013).

Compreendem-se três principais formas de regulação: a atenção à saúde, a assistencial e o acesso. A primeira tem por objetivo produzir todas as ações diretas e finais de atenção à saúde, englobando contratação, regulação assistencial, controle, avaliação, auditoria e regulamentações da Vigilância Epidemiológica e Sanitária. A assistencial, definida como “(...) conjunto de relações, saberes, tecnologias e ações que intermedeiam a demanda dos usuários por serviços de saúde e o acesso a eles”, o que implica em protocolos assistenciais construídos abalizados por boas práticas clínicas, aporte de recursos humanos, materiais e financeiros, assim como, a conformidade das necessidades de saúde da população. E, por último, a do acesso, faceta onde se inserem organizações regulatórias propriamente ditas, como os Centros de Regulação e os Núcleos Internos de Regulação (NIR), que estruturam meios e atividades com o foco de garantir o acesso de forma universal, integral e equânime como direito constitucional. (Brasil, 2011)

O uso do termo ‘regulador’ passou a ter emprego privilegiado durante o século XX, através de uma evolução não linear, pois o desenvolvimento das idéias ligadas a esse conceito não ocorreu em etapas sucessivas de incorporação e superação, mas sim de um misto de ferramentas regulatórias desenvolvidas no decorrer da história dos sistemas de saúde (Oliveira e Elias, 2012). Ao observar esta evolução na busca de compreender os aspectos legais que propiciaram o desenvolvimento do processo regulatório até sua organização aplicada e vigente, cumpre uma análise retrospectiva dos principais marcos regulatórios realizados no âmbito das esferas federal, estadual e municipal.

Sob a ótica da Teoria Econômica Clássica, a regulação poderia ser caracterizada como a intervenção estatal que objetiva corrigir ‘falhas de mercado’. Utilizando-se de incentivos financeiros, além de comando e controle, coloca-se como um instrumento de gestão pública imprescindível de balanceamento e, conseqüentemente, efetividade na relação entre as necessidades dos usuários e a capacidade de oferta de sistemas e serviços. Com isso, almeja resultados relacionados ao atendimento das principais necessidades de uma população, proporcionando, assim, a satisfação do consumidor. Ainda nessa linha de raciocínio, a regulação aparece como uma maneira de propiciar eficiência econômica e estaria ao seu serviço, podendo ser entendida como um instrumento essencial para a manutenção do equilíbrio de qualquer sistema. (Oliveira e Elias, 2012; Vilarins *et al.*, 2012; Barbosa *et al.*, 2016)

Sob o aspecto da oferta, a regulação busca a disponibilização de serviços e recursos assistenciais adequados às necessidades da população, com base em critérios epidemiológicos, mas que ainda se encontra incipiente no SUS. Sob a ótica da demanda, preza-se pela qualificação, disponibilizando, assim, o serviço de saúde da forma mais adequada ao usuário, pautando-se em critérios de classificação e priorização dos riscos, o que também requer constantes aprimoramentos (Vilarins *et al.*, 2012). Deve-se pensar na regulação em saúde sempre como uma ferramenta dos princípios norteadores do SUS (universalização, equidade e integralidade) e não no contexto apenas como forma de racionalizar os recursos existentes. Assim sendo, o conceito de regulação, sob a perspectiva de órgãos como o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, é um conjunto de relações, saberes e tecnologias que atuam intermediando as relações de produção e acesso aos serviços de saúde (Oliveira e Elias, 2012; Vilarins *et al.*, 2012). Uma intermediação adequada depende de uma correta realização da regulação do acesso, gestão em saúde, sistemas de saúde e políticas públicas de saúde (Vilarins *et al.*, 2012).

Os processos regulatórios representam um enorme desafio na construção do sistema de governança para o SUS, pois impõem exigências em relação à expertise para desenvolvimento das tecnologias da informação que integrem e articulem as bases de dados proveniente das várias centrais de regulação, subsidiando recursos para investimentos eficazes que proporcionem não só a ampliação de serviços na rede pública, mas que, conseqüentemente, amplie também a capacidade resolutiva dos sistemas regionais (Barbosa *et al.*, 2016).

A criação das Centrais em todas as regiões do país é uma forma de operacionalizar o processo de regulação do acesso aos serviços de saúde nas diversas áreas (urgência e emergência; consultas e exames de média e alta complexidade; internações clínicas ou cirúrgicas e em terapia intensiva; transplantes; obstetrícia e neonatal; entre outras) (Vilarins *et al.*, 2012), além do acesso ao serviço ambulatorial, apesar deste não ser alvo desta análise. Esses serviços, suas práticas e processos de trabalho buscam materializar o que está posto nas normatizações da Política Nacional de Regulação, atuando, assim, como um centro nervoso que busca equalizar os recursos disponíveis e as demandas dos usuários. A organização desse fluxo de usuários dentro das redes e unidades de saúde é um desafio para

a capacidade de resposta do sistema dificultando sua legitimação junto à sociedade (Barbosa *et al.*, 2016).

Os NIR possuem uma dupla relação de atuação – eles são pertencentes a cada instituição de saúde, mas respondem às Centrais de Regulação ou Centros de Regulação. São um modo operante para administrar as demandas internas das instituições e, principalmente, mediar às solicitações das Centrais (São Bento *et al.*, 2017).

Os Centros de Regulação são estratégias utilizadas pelo SUS para organizar o acesso dos indivíduos aos serviços. É importante dotar esse processo de instrumentos que garantam, de acordo com a necessidade de cada caso, a qualidade do atendimento às pessoas e a alocação eficiente dos recursos médico-hospitalares (Vilarins *et al.*, 2012).

## Regulação em saúde: alguns marcos-legais

Desde 1988, o cidadão tem, no Brasil, o seu *direito ao acesso* universal e integral aos cuidados de saúde garantido pela Constituição Federal Brasileira. A oferta desse direito demandou uma mudança significativa na forma de compreensão da regulação em saúde, pois ampliou as atribuições do Estado quanto à garantia ao acesso. Para tal fim houve uma descentralização das ações de saúde determinando parte das responsabilidades e atribuições para estados e municípios. É dever, então, das três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal) possibilitar a consecução deste direito (Vilarins *et al.*, 2012).

Contudo, apenas em 1990, através da promulgação da Lei nº 8.080, as ações de saúde em âmbito nacional, executadas isolada ou conjuntamente, foram reguladas, definindo execuções em caráter permanente ou eventual. Um marco importante no concernente aos serviços em prol do processo regulatório, com ênfase na oferta a saúde (Brasil, 1990).

Porém, apenas nove anos depois, através da Lei nº 9.782/99, foi criada a primeira agência reguladora social no Brasil: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com vistas a atuarem todos os setores relacionados a produtos e serviços que poderiam afetar a saúde da população brasileira – não somente em um setor específico da economia (Vilarins *et al.*, 2012). No mesmo ano (1999) a Comissão Intergestores Bipartite do Estado do Rio de Janeiro (CIB-RJ), através da Deliberação nº 39,

criou a Rede de Centrais de Regulação do Estado (Brasil, 1999). Marcon, Jacobsen e Sabino (Marcon *et al.*, 2013) asseveram que este processo de reconhecimento da relevância dos processos regulatórios não necessitou apenas destes nove anos, pois a Regulação do Sistema de Saúde ganhou a importância almejada na década de 1990, onze anos após a promulgação da Lei nº 9.782/99.

No Brasil, o aprofundamento do debate relacionado aos conceitos, práticas e finalidades da regulação e, também, do controle, da avaliação e da auditoria em saúde, iniciou-se a partir de 2001, com elaboração das Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS). As NOAS-SUS 01/2001 ampliaram a responsabilidade dos municípios sobre a atenção básica e reservaram à União e aos estados a gestão da média e da alta complexidade dos serviços públicos de saúde, disseminando, assim, o conceito de regulação como sinônimo de regulação assistencial (Brasil, 2011; Vilarins *et al.*, 2012; Marcon *et al.*, 2013).

Em 2003, a Resolução nº 2.102 da Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro (SES-RJ) (Brasil, 2003) estabeleceu como objetivo da Rede de Centrais de Regulação do Estado (criada 4 anos antes) qualificar o fluxo de acesso do cidadão aos serviços e, como principal função, facilitar o acesso aos serviços de saúde existentes no Estado, de forma equânime e tecnicamente qualificada a partir da pactuação do protocolo de regulação. Com esta resolução, o processo regulatório, compreendido como o período desde a solicitação até a efetiva condução clínica da demanda, seria abreviado, tornando o cidadão mais próximo da unidade responsável. Ademais, a resolução criou o fórum de Coordenadores das Centrais de Regulação. Dois anos após, em 20 de dezembro de 2005, a Deliberação nº 205 da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) do RJ (Brasil, 2005) aprovou a criação de Núcleos Internos de Regulação (NIR) na Rede de Hospitais Públicos no Estado, estreitando cada vez mais a comunicação entre as Centrais de Regulação e as unidades executantes.

Após 2006, o processo regulatório do SUS foi potencializado quando da elaboração do Pacto de Gestão, tendo como principal finalidade proporcionar maior autonomia aos estados e municípios na execução dos processos normativos do SUS. Marco que iluminou as atribuições de cada uma das esferas de governos quanto à responsabilidade sanitária fortalecendo a gestão compartilhada. Desta forma, destaca-se a autoridade es-

tatal sobre os provedores públicos e privados de serviços, reduzindo os custos de operação do sistema, garantindo aos cidadãos um atendimento gratuito de qualidade (Vilarins *et al.*, 2012).

Isto posto, balizas diversas foram implementadas no sentido de constituir, implementar e fortalecer o processo regulatório (São Bento *et al.*, 2017). Entretanto, foi em 01 de agosto de 2008 que a Portaria nº 1.559 (Brasil, 2008) instituiu a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde e a criação do Complexo Regulador no qual, inicialmente e respectivamente, tinha como atribuições garantir o acesso aos serviços de saúde de forma adequada, contemplando os princípios da equidade e da integralidade através dos fluxos da assistência, e estabelecer e executar critérios de classificação de risco gerindo a gestão da ocupação de leitos e agendas das unidades de saúde. A regulação, como importante instrumento de ordenação dos serviços e ações de saúde, coaduna com o SUS pois está alinhada com os princípios de universalidade e equidade na sua prestação; a descentralização com distribuição compartilhada de objetivos e compromissos entre as unidades federadas; e a regionalização e hierarquização da rede para a garantia da integralidade e continuidade do cuidado aos cidadãos em seu contexto geográfico, sociocultural e sanitário (Brasil, 2008; Vilarins *et al.*, 2012; Barbosa *et al.*, 2016).

Em seus artigos 8 e 9, a Portaria nº1.559 apresenta o Complexo Regulador como sendo a estrutura que operacionaliza as ações da regulação do acesso, tendo como principal atribuição regular o acesso aos leitos e aos procedimentos hospitalares eletivos, podendo ter abrangência e estrutura pactuadas entre gestores estaduais (Complexo Regulador Estadual) e municipais (Complexo Regulador Municipal), ou seja, de gestão mista, compartilhada entre a Secretaria de Estado e as Secretarias Municipais de Saúde, porém utilizando uma única porta de entrada, sendo essa racionalizada e qualificada fundamentada na humanização em saúde (Brasil, 2008; Vilarins *et al.*, 2012). A definição de responsabilidades entre os gestores configura um processo de organização de um sistema de governança no âmbito do SUS, voltado para a efetiva regulação do sistema, em especial para a organização da oferta e da demanda em suas diversas áreas (Barbosa *et al.*, 2016).

Em 2010, em prol do fortalecimento de uma única via de acesso – que comumente é chamada de ‘porta’ – a deliberação CIB-RJ nº 1128

(Brasil, 2010) aprovou as diretrizes do complexo regulador do estado do Rio de Janeiro. É explícito em seu Art. 1º, Parágrafo 8º, que o sistema a ser utilizado seria o ‘SISREG’ (Sistema de Regulação Municipal) ou outro compatível, devendo permanecer o uso do ‘SER’ (Sistema Estadual de Regulação) até a plena parametrização do, então, novo sistema. Porém, essa estrutura só foi normalizada em 30 de dezembro de 2013, através da Portaria nº 3.390 (Brasil, 2013), definindo que o gerenciamento dos leitos será realizado, preferencialmente, por meio da implantação de um Núcleo Interno de Regulação (NIR) ou Núcleo de Acesso e Qualidade Hospitalar (NAQH). Estes Núcleos atuariam na perspectiva da integração entre a prática clínica e os processos de internação e de alta, com o objetivo de aumentar a ocupação de leitos e otimizar a utilização da capacidade instalada, melhorando o atendimento ao usuário. Descata-se que tal portaria reforça a função inicial do NIR implementada oito anos antes pela deliberação CIB nº 205.

É possível ver um movimento, apesar de lento e com momentos de re-deliberações, de encadeamento e com objetivo de condução do processo para uma única ‘porta’ (como previamente discutido quando abordado a deliberação CIB-RJ nº 1128), ocorreu em 2015 uma nova deliberação que pode ser entendido como na contramão ideológica e operacional. A Portaria CIB nº 3470 (Brasil, 2015) pactuou a criação da Central Unificada de Regulação (REUNI-RJ) onde previa a inclusão de leitos das unidades consideradas de interesse estratégico (art. 8º) através do SER - Sistema Estadual de Regulação - (art. 11º). Porém, cinco anos antes, a CIB-RJ nº 1128 (Brasil, 2010) teria extinguido esse sistema, optando pela movimentação de unificação em direção ao uso do SISREG - Sistema de Regulação Municipal. Ou seja, todo o processo já realizado em uma plataforma deveria ser desconsiderado e ser refeito em outra.

## À guisa de conclusão

Vimos a importância para a população em nível nacional e local de um processo regulatório eficaz. Entretanto, necessita-se de organização para obter tal característica. O sistema jurídico vem em um caminho para organização cuja eficácia, porém, recentemente (2015 e 2018), novas determinações têm sido feitas viabilizando uma reflexão a respeito do quão

próximo estamos desse objetivo. Evidencia-se tal afirmativa quando tomamos por base a alternância das plataformas elencadas como responsáveis por tal processo (SER e SISREG).

A Portaria CIB nº 3470, apesar de ter ido de encontro a vinte e sete anos de processos, apontou para um novo caminho. Até 2018 permaneciam ambas as plataformas em operação, distanciando a população de sua resolutividade não por uma questão de indisponibilidade, mas, sim, por uma questão burocrática. Em 2018, a União, o estado e o município do Rio de Janeiro assinaram um acordo judicial com o Ministério Público Federal (MPF) e a Defensoria Pública da União (DPU) a fim de implantar a Central de Regulação de Leitos Unificada. A medida foi determinada em sentença a partir de plano de ação conjunto apresentado pelos três entes públicos no curso de uma Ação Civil Pública movida pelo MPF e pela DPU em 2012. Mas deixamos algumas reflexões: Seria essa a mudança definitiva? Quanto essa implementação repercutirá em resultados para a população? Em quanto tempo mais outros autores entenderão como contrasensos as novas tomadas de decisões?

## Referências

BARBOSA, S. et al. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. **Cadernos Saúde Coletiva**, v. 24, n. 1, 2016. ISSN 1414-462X.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF; 1988.

\_\_\_\_\_. Lei 8080, de 19 de setembro de 1990 - Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências 1990.

\_\_\_\_\_. Comissão Intergestores Bipartite. Ato do Presidente. Deliberação CIB -RJ n.º 39, de 24 de junho de 1999 - Aprova o projeto de Centrais de Regulação do Rio de Janeiro e cria o Comitê de Implantação 1999.

\_\_\_\_\_. Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro. Resolução 2102, de 14 de julho de 2003 - Estabelece a missão da rede de Centrais de

Regulação do Estado do Rio de Janeiro, como como sua função, cria o Fórum de Coordenadores das Centrais de Regulação e dá outras providências. Rio de Janeiro 2003.

\_\_\_\_\_. Comissão Intergestores Bipartite. Ato do Presidente. Deliberação CIB-RJ n.º 205, de 20 de dezembro de 2005 - Aprova a Criação de Núcleos Internos de Regulação na Rede de Hospitais Públicos no Estado do Rio de Janeiro. Brasília 2005.

\_\_\_\_\_. Portaria GM n.º 1559, de 1 de agosto de 2008 - Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília 2008.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil. Comissão Intergestores Bipartite. Ato do Presidente. Deliberação CIB-RJ n.º 1128, de 11 de novembro de 2010 - Aprova as diretrizes do Complexo Regulador do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 2010.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Regulação em Saúde. Coleção Para entender a gestão do SUS. Vigilância em Saúde. Brasília: CONASS: 126 p. 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria n.º 3390, de 30 de dezembro de 2013 - Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para organização do componente hospitalar da rede de atenção à saúde (RAS). Brasília 2013.

\_\_\_\_\_. Comissão Intergestores Bipartite. Ato do Presidente. Deliberação CIB-RJ n.º 3470, de 20 de julho de 2015 - Pactua a criação de uma Central Unificada de Regulação - REUNI-RJ - com o objetivo de ordenação do acesso dos usuários dos municípios fluminenses à serviços estratégicos localizados no município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Regulação em Saúde. Coleção Para entender a gestão do SUS. Vigilância em Saúde. Brasília: CONASS: 126 p. 2011.

- MARCON, C. L. F.; JACOBSEN, A. L.; SABINO, M. M. F. L. **Implementação do Sistema de Regulação (SISREG) para o Agendamento de Consultas e de Exames Especializados no Município de Garopaba.** Coleção Gestão da Saúde Pública. Florianópolis: Fundação Boiteux. vol. 2: p. 49-64 p. 2013.
- OLIVEIRA, R. R. D.; ELIAS, P. E. M. Conceitos de regulação em saúde no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 46, p. 571-576, 2012. ISSN 0034-8910.
- SÃO BENTO, P. A.; BOLLER, C. E. P.; BARBOSA, M. G. A Judicialização da Saúde Pública e o Processo Regulatório: Um relato de experiência. In: ASENSI, F.; LEGALE, S., *et al* (Ed.). **Leituras sobre direitos humanos e fundamentais - Coleção CAED-JUS.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017. p.p. 517-536.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2007.
- VILARINS, G. C. M.; SHIMIZU, H. E.; GUTIERREZ, M. M. U. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. **Saúde em Debate**, v. 36, p. 640-647, 2012. ISSN 0103-1104.

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O CASO VLADIMIR HERZOG

*Daniel Machado Gomes*

*Tiago da Silva Cicilio*

*Felipe César Santiago de Souza*

*Frederico Jacinto Cardoso Gazolla*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar que, enquanto mecanismo de defesa dos direitos humanos, o controle de convencionalidade impõe ao Estado brasileiro medidas concretas com vistas à promoção da justiça transicional. A recente condenação do Brasil pela omissão de investigar o assassinato do deputado Vladimir Herzog demonstra o descompasso das leis brasileiras e da administração pública ante os tratados e convenções sobre direitos humanos firmados pelo próprio Estado. O texto aponta, ainda, as relações entre o controle de convencionalidade, o direito à memória e o direito à verdade. O estudo se justifica a medida que, mesmo depois de sofrer uma segunda condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil mantém uma omissão continuada do dever de investigar e punir as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura, sob a alegação da constitucionalidade da Lei de Anistia.

A metodologia empregada na elaboração do trabalho foi a dedutiva e a qualitativa, com revisão bibliográfica e documental em livros, artigos de periódicos e artigos da internet, tendo como referencial teórico a literatura de direito internacional sobre controle de convencionalidade de Valério Mazzuoli e Cançado Trindade, bem como as ideias e fundamentos dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

O artigo está dividido em três partes. A primeira seção trata do procedimento brasileiro de internalização de tratados e convenções internacionais e o método de controle de convencionalidade que utiliza o direito internacional como filtro de eficácia das normas jurídicas internas. Na sequência, o texto delinea o conceito de justiça de transição, aponta problemas para a sua efetivação no cenário brasileiro pós-ditadura militar e relaciona o tema com os direitos à memória e à verdade. Por fim, a última parte do texto versa sobre o expoente caso Vladimir Herzog, que se tornou a mais recente condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## INTERNALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Flavia Piovesan (2011, p. 103) explica que a evolução da relação entre o direito internacional e o direito interno passou de discussão acadêmica para uma importância prática, em razão do crescente número de tratados e convenções cujo dorso não seja mais apenas as relações entre Estados, mas também a relação entre Estados e seus cidadãos. Esse debate desperta maiores dúvidas quando o substrato é analisar a forma como os tratados que versam sobre direitos humanos são incorporados à legislação interna e qual a relação que se estabelece entre eles e as normas constitucionais e infraconstitucionais produzidas pelo Poder Legislativo de cada País. O problema seria determinar se as normativas de direito internacional, perante as quais os Estados se obrigam internacionalmente, geram direitos exigíveis pelos cidadãos dentro dos seus países, bem como a delimitação temporal de quando isso ocorreria. Outra questão a ser respondida consiste em saber se o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos interdependentes, estanques, ou dois ramos de um mesmo sistema jurídico.

A internalização dos tratados encontra problemática tanto sobre a forma de ingresso quanto sobre a prevalência dos tratados sobre o direito interno de cada país, como aponta a o jurista britânico Malcolm Shaw (2010, pág. 130). Tal discussão subsiste dividida em duas posições doutrinárias antagônicas, a teoria monista e a dualista. Para a Teoria Monista o direito é unitário, seja nas relações de um Estado, seja nas relações internacionais. Assim, as normas internacionais e internas são partes integrantes de um mesmo ordenamento. Em caso de conflitos entre normas de direito internacional e de direito interno, o monismo se subdivide entre os que entendem que deve prevalecer o direito interno e aqueles que defendem que deve prevalecer o direito internacional, posição esta defendida por Kelsen (SHAW, 2010, pág. 135).

A Teria Dualista aponta que o direito internacional e o direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes entre si. Logo, para ter validade internamente, o direito internacional precisa passar por um processo de incorporação ao direito interno de cada País. O dualismo se subdivide em radical ou extremado e moderado ou mitigado. Os radicais pregam que a internalização dos tratados internacionais deve ocorrer por meio de lei. Os moderados, como o caso do Brasil, por sua vez, consideram que a internalização de uma norma internacional pode ocorrer tanto por meio de ato infralegal, como um decreto presidencial.

Por vivermos em um Estado Constitucional Cooperativo na contemporaneidade, há uma envergadura cada vez maior do Estado constitucional às ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos. O Estado não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas como aquele que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Num viés internacionalista, a cooperação entre os Estados não ocupa o lugar de simples coexistência pacífica, mas pode induzir tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos equivale a uma constituição supranacional atinente a direitos humanos para os Estados do Continente Americano que livremente a adotarem.

Seguindo a Teoria Dualista Moderada, o Brasil promulgou o Decreto nº 678, em 6 de novembro de 1992, incorporando esta convenção ao sistema jurídico nacional. Com isso, todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequarem. De acordo com a Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são competentes para conhecer das questões relacionadas ao cumprimento de suas normas pelos Estados partes.

A Comissão possui, entre outras, a função de atuar diante de petições e comunicações que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção pelo Estado parte. Pode, inclusive, ser acionada por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização. Já a Corte Interamericana só pode ser provocada pelos Estados partes e pela própria Comissão, além de apenas poder conhecer de qualquer caso após esgotadas a fase preliminar de admissibilidade, a instrução do caso e a tentativa de solução amistosa perante a Comissão, com a expedição de seu relatório.

A Corte considera que, em relação ao controle de constitucionalidade, a última palavra incumbe aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Entretanto, em relação ao controle de convencionalidade sobre direitos humanos, a última palavra cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se de consequência do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil (CIDH, 2010, pág. 119).

O controle de convencionalidade foi empregado pela primeira vez na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 25 de novembro de 2003, na apreciação do caso *Myrna Mack Chan vs. Guatemala*. Este Controle tem o objetivo de cotejar e compatibilizar as normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos (REZEK, 2011, pág. 43), podendo ser realizado pela via difusa ou de forma concentrada.

É por meio do controle de convencionalidade que se permite a aplicação do duplo grau de compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais. De modo que, para serem válidas, estas normas além de guardarem coerência com o texto constitucional, devem ser compatíveis com os tratados internacionais ratificados pelo país (MAZZUOLI, 2013, pág. 23).

O controle concentrado de convencionalidade permite que a Corte Suprema analise eventual divergência ou incompatibilidade entre normas

internas e tratados internacionais, a partir da propositura de ação pelos legitimados, com efeito *erga omnes* da decisão proferida. Já o controle difuso de convencionalidade é realizado por quaisquer juízes e tribunais nos casos concretos, com efeitos apenas entre as partes litigantes do processo. Ainda que de mesmas partes, não se vincula a decisão de inconveniência de outro processo (MAZZUOLI, 2013, pág. 67).

Ao atribuir *status* de norma constitucional aos tratados sobre direitos fundamentais, a Emenda Constitucional 45/2004 impulsionou o controle de convencionalidade. A Emenda dispôs que as regras instituidoras de direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, isto é, são imediatamente eficazes e não depende de outras normas. Assim, no sistema jurídico brasileiro, os tratados e convenções de direitos humanos incorporados à legislação brasileira sem se submeter ao rito previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988, possuem caráter de norma supralegal, superior à legislação ordinária, porém, inferior à norma constitucional. Ou seja, são materialmente constitucionais e úteis apenas para o controle difuso.

Caso o tratado internacional seja incorporado à legislação interna com observância do rito previsto no art. 5º, § 3º, da Carta Constitucional, será incorporado como norma constitucional. Isto é, norma formal e materialmente constitucional, servindo de parâmetro para as duas formas de controle. Advoga-se, porém, a desnecessidade de serem os direitos fundamentais formalmente constitucionais para gozarem de tal prerrogativa, bastando que sejam materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2008, pág. 60; MAZZUOLI, 2013, pág. 22).

Deste modo, o controle de convencionalidade possibilita a cessação das violações aos tratados de direitos humanos no âmbito interno, pois implica na invalidade de leis inconvencionais. É o caso da Lei de Anistia que ofende o direito à verdade e à memória a respeito dos fatos ocorridas na vigência do regime ditatorial, impossibilitando a efetivação da justiça transicional plena.

## JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O Brasil foi submetido a um regime de exceção entre 1964 e 1985 marcado pela censura e restrição de liberdades civis e direitos políticos. O fim da ditadura resultou de um acordo de saída gradual do governo

repressor, devolvendo ao povo o poder de escolha de seu representante. Buscou-se a superação do autoritarismo pela autoridade da lei num movimento que teve seu ápice com a Constituição de 1988. Os novos ventos trouxeram o desafio do processo de transformação política rumo à democratização, apesar do legado de um regime autoritário. A abertura democrática se deu pela combinação problemática entre o anseio por liberdade civis e exigências de esquecimento dos abusos passados.

Esse passado dentro do presente requer um modelo de justiça de transição que permita compreender o momento que passa o país e que proporcione alternativas de superação, fomentando a memória, a verdade e uma reparação em justa medida para cada caso. Essa justiça não é aquela considerada com viés apenas judicante, ou seja, de eliminação e encarceramento dos agentes do regime ditatorial. Trata-se de um projeto maior que busca conduzir um Estado recém-saído do regime ditatorial a um caminho de reparação das sequelas e um reforço a cultura democrática com a paz e a reconciliação.

Como não compactua com o esquecimento, a justiça de transição tende a esclarecer e punir as violações, mas sempre garantindo aos acusados o devido processo legal. Se assim não fosse, equiparar-se-ia aos próprios acusados, aqueles que comprovadamente foram violadores dos direitos humanos. E, para tanto, o modelo de justiça de transição trabalha com quatro bases: justiça histórica, a qual revela para as vítimas, familiares e sociedade a verdade histórica; justiça civil, isto é, uma reforma institucional e reparação às vítimas; justiça criminal, que investiga, persegue e pune os violadores; e, justiça administrativa, afastando os infratores dos órgãos estatais.

Em países como o Brasil, nos quais a ruptura com o Estado ditatorial se deu por uma negociação, a transição viabiliza iniciativas tanto dos governantes – por exemplo a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos – quanto da oposição ao regime, por exemplo, o trabalho liderado por Ulysses Guimarães que resultou na Carta Magna de 1988. No entanto, no caso brasileiro existem tentativas de esquecimento capitaneadas pela autoanistia oficial, adotando-se um modelo que é rechaçado pelo próprio desenvolvimento da justiça de transição.

A incompletude da transformação política nacional deixa vestígios de autoritarismo na cultura brasileira, mesmo passadas três décadas da “redemocratização”. É o que se percebe com a postura omissiva do Estado

brasileiro em investigar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos humanos. Além disso, subsistem limitações de acesso às fontes da verdade sobre os fatos ocorridos no período ditatorial brasileiro<sup>64</sup>. Neste sentido, a Lei de Anistia<sup>65</sup> é o principal obstáculo jurídico para se negar a força normativa do direito à memória e à verdade, impedindo as perseguições penais. Há também a alegação da prescrição utilizada como justificativa à inércia no cumprimento de tratados internacionais, de recomendações da CIDH e até das condenações na Corte Interamericana.

Para encarar a responsabilidade histórica, a justiça transicional reclama a publicização de toda a verdade sobre violações de direitos humanos, com a consequente rememoração do passado obscuro. No instrumento intitulado “Conjunto Atualizado de Princípios para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos por meio de Ações de Combate à Impunidade”, a Organização das Nações Unidas (ONU) destacou em 2005 o direito à memória a ser exercido em face do Estado:

O conhecimento do povo sobre a história de sua opressão faz parte de sua herança e, como tal, deve ser assegurado por medidas apropriadas para cumprir o dever do Estado de preservar arquivos e outras evidências relativas a violações dos direitos humanos e do direito humanitário e para facilitar o conhecimento dessas violações. Tais medidas serão destinadas a preservar a memória coletiva da extinção e, em particular, a se prevenir contra o desenvolvimento de argumentos revisionistas e negacionistas (ONU, 2005, *principle 3*)<sup>66</sup> – tradução nossa.

---

64 Vale lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil no caso Gomes Lund, que trata da Guerrilha do Araguaia, por entender que a autoanistia conferida aos membros do Regime Militar é incompatível com o sistema americano de proteção aos direitos humanos.

65 Na prática, a Lei de Anistia impede o resgate da memória das vítimas, por inviabilizar a investigação e a punição daqueles que violaram normas de direitos humanos.

66 *A people's knowledge of the history of its oppression is part of its heritage and, as such, must be ensured by appropriate measures in fulfilment of the State's duty to preserve archives and other evidence concerning violations of human rights and humanitarian law and to facilitate knowledge of those violations. Such measures shall be aimed at preserving the collective memory from extinction and, in particular, at guarding against the development of revisionist and negationist arguments.*

Como se observa, esse asilo jurídico não se destina a ignorar o estabelecimento de uma nova narrativa permanente, nem reprime outras formulações sobre o mesmo fato. Pois o Estado democrático de direito não se iguala ao que foi praticado ao tempo do regime autoritário, ele abre novas possibilidades aos fatos pretéritos e procura reavivar toda a rotina para que todos possam sempre se lembrar daquelas violações. Um direito subjetivo que requer do Estado políticas públicas que promovam as memórias da época e previnam o revisionismo, as negações e a repetição desses crimes de lesa-humanidade.

O exercício do direito à verdade se relaciona com o direito à verdade por serem ambos imprescindíveis à formação da identidade nacional, já que essa não se sustenta ante a fatos mentirosos. O direito à verdade representa uma ambição da civilização em conhecer os fatos sociais e históricos da maneira como aconteceram, mesmo que vergonhosos, tanto para a reparação dos lesados e o devido processamento e punição dos criminosos, como para o reconhecimento de nós mesmos no presente, pois é com base no passado que definimos nossas pretensões futuras.

O direito à verdade foi teorizado no cenário das graves violações aos direitos humanos cometidos por agentes de governos ditatoriais das últimas décadas. Mesmo que o seu exercício date de décadas atrás com o *Tribunal de Nuremberg*, seus contornos iniciais foram dados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo formulado em dois vieses: um direito coletivo que possibilita o acesso à informação essencial para o desenvolvimento dos sistemas democráticos e que deve ser exercido pela sociedade; e um direito particular que permite uma forma de reparação e que é destinado às vítimas e seus familiares.

Apesar de o direito à verdade se utilizar do direito fundamental de acesso à informação consolidado na Carta Maior de 1988, não se limita a ele. O acesso à verdade significa uma abertura a todas as fontes de informações disponíveis que permitam uma (re)construção da opinião dos fatos históricos de determinado grupo. A busca pela verdade de nenhuma forma poderia ser objeto de restrição e seus “modos de asserção não são os de evidência da verdade racional, mas sim o desvendamento dos fatos pelo testemunho” e pelas informações colhidas por inúmeros outros mecanismos (LAFER, 2014, pág. 182).

O mesmo instrumento da ONU que definiu o direito à memória coletiva destacou o direito à verdade como o dever de saber:

Todo o povo tem o direito inalienável de saber a verdade sobre os acontecimentos passados relativos à perpetração de crimes hediondos e sobre as circunstâncias e razões que levaram, através de violações maciças ou sistemáticas, à perpetração desses crimes. O exercício pleno e efetivo do direito à verdade fornece uma proteção vital contra a recorrência de violações (ONU, 2005, *principle 2*)<sup>67</sup> – tradução nossa.

Logo, os direitos à verdade e à memória – eixo da justiça de transição – agem combatendo a amnésia histórica e o esquecimento dos massacres que, se esquecidos, são duplamente violentados. O esquecimento torna o agora insignificante, fazendo desaparecer a memória, impedindo o julgamento dos culpados e a reparação das vítimas, dos familiares e da sociedade. Em razão da Lei de Anistia, o Estado brasileiro permanece omissivo, inerte e descumpridor, estando desalinhado com a efetivação dos direitos humanos, em que pesem as recomendações e condenações na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos humanos.

## CASO VLADIMIR HERZOG

A Lei da Anistia, de 28 de agosto de 1979, com o nº 6.683/79, concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979, pág. 1).

---

*67 Every people has the inalienable right to know the truth about past events concerning the perpetration of heinous crimes and about the circumstances and reasons that led, through massive or systematic violations, to the perpetration of those crimes. Full and effective exercise of the right to the truth provides a vital safeguard against the recurrence of violations.*

Em virtude da interpretação dada a este diploma legal, até o presente momento o Brasil não investigou ou adotou qualquer procedimento sancionatório para punir penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime ditatorial civil-militar. Tal postura em relação à eficácia e à aplicação da Lei de Anistia absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política, inviabilizando a justiça de transição.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>68</sup> apreciou o caso Vladimir Herzog, aplicando o controle de convencionalidade. O caso foi encaminhado à Corte após tramitar na Comissão Interamericana de Direitos Humanos que elaborou relatórios de admissibilidade e em seguida de mérito, concluindo pela responsabilidade do Brasil por violação a diversos dispositivos da Convenção Americana, da Declaração Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST).

Iniciado o julgamento, a Corte enfrentou questões preliminares suscitadas pelas partes, tanto das vítimas quanto pelo Estado. A primeira delas foi a que diz respeito a competência *ratione materie* da corte em apreciar o presente caso. Enterrou-se a controvérsia com base no artigo 62.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, do qual se extrai as matérias que podem ser submetidas à Corte quando restar internalizado a referida Convenção.

No que tange as demais preliminares, a sentença sopesa as alegações de incompetência *ratione temporis*, a qual surge, ao se observar que o Estado brasileiro formalizou a adesão a Convenção, em 1992, e o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte, em 1998. A defesa invocou o princípio da irretroatividade dos tratados, para alegar a incompetência da Corte em virtude do tempo, pois os fatos investigados ocorreram em 1975. Ao encaminhar o caso, a Comissão se pronunciou no sentido de que os fatos submetidos ao conhecimento da Corte eram unicamente aqueles que tiveram lugar depois de 10 de dezembro de 1998, ou seja, as violações por falta de investigação e punição dos crimes de lesa-humanidade que sub-

---

68 Por meio da petição nº 12.879/2018, apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pela Federação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDr), pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo, e pelo grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo.

sistem no caso Herzog. Estas violações são permanentes porque atentam contra o dever de investigar e punir a tortura garantido pela Convenção em vigor e pelo caráter imprescritível dos atos.

Noutra oportunidade o Tribunal já havia sedimentado entendimento de que no transcurso de qualquer processo investigativo ou judicial podem ocorrer fatos independentes que configurariam violações específicas e autônomas (CIDH, 2014, pág. 18-19). Razão pela qual a Corte possui competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos a respeito de um processo de investigação ocorrido posteriormente à data de reconhecimento de competência do Tribunal, ainda que esse processo tenha iniciado antes do reconhecimento da competência contenciosa. Ressalte-se que nem a Comissão Interamericana nem os representantes das vítimas solicitaram a revisão de decisões internas, estando o mérito da causa cingidos sobre a eficácia e idoneidade dos processos e procedimentos internos (CIDH, 2018, pág. 19).

Allegando a intempestividade da petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro arguiu que a Convenção Interamericana dispõe que a petição deve ser apresentada à Comissão no prazo regular de seis meses após o esgotamento dos recursos internos e, excepcionalmente, caso este interstício não seja observado, deve-se resguardar um prazo razoável. Noutro giro, a Corte dispõe que foi promulgada a Lei nº 9.140/95, que criou a Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), que por sua vez emitiu relatório final em 2007. Com base nesse relatório deu-se início ao processo nº 2008.61.81.013434-2 e somente com o arquivamento deste é que finalmente motivou o interesse de agir dos representantes junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Corte entendeu que os representantes detinham expectativa razoável que o Estado remediasse a situação de impunidade a partir do retorno da democracia e que o suposto dano que motiva a apresentação da petição inicial é a impunidade em que se encontram a morte e a tortura de Vladimir Herzog. Foi indicado na sentença que as circunstâncias do caso, em especial a influência da Lei de Anistia, inviabilizaram a investigação e julgamento do assassinato de Herzog. A emissão do Relatório da CEMDP e as ações iniciadas pelo Ministério Público Federal são, em seu conjunto, circunstâncias que poderiam ter contribuído para eliminação da impuni-

dade, autorizando o Tribunal a receber a petição e declarar improcedente o pedido apresentado pelo Estado brasileiro.

No caso Herzog, a Corte fez menção expressa ao entendimento firmado no precedente *Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, oportunidade em que o Brasil também foi condenado. Assim, conforme destacou o Tribunal no referido caso:

“Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart. A consolidação do regime de Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de Segurança Nacional e normas de exceção, como os atos institucionais, que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva. Esse período foi caracterizado pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado, e chegou ao seu mais alto grau com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontra-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, liberdade de expressão, liberdade de reunião e da garantia do Habeas Corpus. Também se estendeu o alcance da Justiça Militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte’ (CIDH, 2010, pág. 85).

A Corte prosseguiu colacionando os relatórios da Comissão Especial da Verdade e da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, dos quais se extraem números e quantificações dos crimes de tortura e privação da liberdade praticados contra cidadãos no período do regime ditatorial. O Tribunal prossegue destacando expressamente que o Brasil é o único país da região que não adotou procedimentos de responsabilização para examinar violações de direitos humanos ocorridas em seu período ditatorial (CIDH, 2018, pág. 86-89).

O Tribunal demonstrou estar consciente da vinculação das instituições internas de cada Estado e do dever destas de obediência ao império das leis internas, porém ressaltou que a partir do instante em que o Estado é parte de um tratado internacional, como é o caso do Brasil,

todos os seus órgãos, incluídos aí os seus juízes, também estão submetidos ao pacto, gerando uma vinculação automática e zelo pela eficácia das disposições contidas no instrumento convencional (CIDH, 2018, pág. 58). O Poder Judiciário é internacionalmente obrigado a exercer um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, sem ultrapassar seus limites de competências e cioso das regras processuais internas e não levando em conta apenas o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Interamericana (CIDH, 2018, pág. 66-67).

Igualmente pacífico o entendimento jurisprudencial da Corte de que toda pessoa, seus familiares e a sociedade como um todo, possuem direito de conhecer todas as verdades como parte do direito de acesso à justiça. Isso envolve saber como se deu a violação de tal direito, onde se encontrava a detenção, a tortura e a execução de Vladimir Herzog, bem como conhecer a divulgação das versões falsas dos fatos e o acesso aos arquivos do período ditatorial, como aqueles do DOI-CODI/SP (CIDH, 2018, pág. 85).

Por derradeiro, o Tribunal ressaltou a importância da adoção de recentes medidas pelo Estado brasileiro capazes de atender ao direito à verdade e à memória das vítimas, tais como, a instituição de Comissões e a criação e confecção de relatórios. Estes esforços têm o condão de reconstruir e preservar uma memória histórica para esclarecimento dos fatos e responsabilidades institucionais, sociais e políticas. Entretanto, a verdade histórica que possa resultar desse tipo de esforço, de nenhuma forma pode substituir a obrigação do Estado de determinar responsabilidades individuais, por meio de processos judiciais penais (CIDH, 2018, pág. 86).

O caso Herzog foi considerado crime contra a humanidade, portanto, imprescritível, e o Estado brasileiro deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabível pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975. Investigar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, levando em conta as violações de direitos humanos existentes a época, bem como determinar seus autores materiais e intelectuais.

## CONCLUSÃO

Considerando as características do modelo de anistia adotado no processo de abertura democrática no Brasil, o controle de convencionalidade se revela na atualidade o instrumento jurídico adequado para impor ao Estado brasileiro a implementação de medidas concretas que efetivem o direito à memória e à verdade, realizando a justiça de transição. O texto demonstrou que a Lei de Anistia vem recebendo interpretação e aplicação no Brasil que destoam do entendimento dos tribunais internacionais, nomeadamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos que entende ser inviável a concessão de anistia aos crimes de lesa-humanidade. A atual interpretação do STF, que mantém a validade da autoanistia conferida pela Lei 6.683/79, configura verdadeiro empecilho para implementação de políticas públicas assecuratórias de uma justiça transicional efetiva e idônea, conforme foi reconhecido pela Corte Interamericana no julgamento do caso Vladimir Herzog. Conclui-se, portanto, que o controle de convencionalidade exsurge como importante instrumento da justiça de transição, na medida em que impede a validade de normas jurídicas que, sob a forma de anistia, acobertem atos de tortura e assassinato realizados por agentes públicos, devido à incompatibilidade entre estas normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 16/08/2019.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 16/08/2019.
- BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao1988.html](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html)>. Acesso em: 16/08/2019.

BRASIL. **Lei da Anistia**. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 16/08/2019.

BRASIL. **Lei dos Desaparecidos Políticos do Brasil**. Lei nº 9.140, de 05 de dezembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9140.htm)>. Acesso em: 16/08/2019.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. Ação Civil Pública o Nº 2008.61.81.013434-2, Ministério Público Federal e União Federal. Juíza: Paula Mantovani Avelino. DJ, 09 jan. 2009. **Lex**: Diário Eletrônico da Terceira Região, São Paulo, Seção III. p.627.

BRASIL. **Habeas Corpus nº 79.785-RJ**, de 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo183.htm>> . Acesso em 22/04/2019.

BRASIL. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**, de 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22/04/2019.

BRASIL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**, de 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 24/04/2019.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 17/08/2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Rochac Hernández e Outros vs. El Salvador**, de 14 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/30d02186dc69d5aa62de35623fab5933.pdf>>. Acesso em: 17/08/2019.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**, de 15 de março de 2018. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 17/08/2019.

LAFER, Celso. Justiça, História, Memória: Reflexões sobre a Comissão da Verdade. In:

PRADO, Inês Virginia; PIOVISAN, Flávia (Coord). **Direitos Humanos Atual**. ed 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 175-184.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. Editora São Paulo: RT, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity**. UE, Washington, 2005.

Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/principles.html>>. Acesso em: 12/2/2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12<sup>o</sup> ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

# DIREITO À FELICIDADE: VIDA, MORTE E DIGNIDADE

*Alexandre da Silva Vieira*

*Carla Sendon Ameijeiras Veloso*

*Larissa Pimentel Gonçalves Villar*

*Mery Chalfun*

## 1. INTRODUÇÃO

É cediço o conhecimento de que a vida é o direito humano mais precioso: definida como bem inalienável, impenhorável e indisponível. Nesta esteira de raciocínio, a Constituição Federal assegura o direito à vida, como expressão da dignidade e condição necessária para o gozo da plenitude de todos os direitos, merecendo tutela à luz de determinados valores e princípios. Direito absoluto, impõe à coletividade respeito e proteção<sup>69</sup>.

Sob o ponto de vista cultural, o significado da vida vai além dos limites da ciência e iniciativas no sentido de interrupção da vida causam estranheza e incômodo.

Morte, por sua vez, representa o fim da vida. Trata-se de evento natural, inevitável a todo homem; porém, indesejado.

Vida e morte são temas intrinsecamente ligados, embora repletos de consensos e dissensos, eis que representam lados opostos da mesma moeda e estão impregnados de valores sociais, culturais, religiosos e, por óbvio, de subjetividade. Em outras palavras, cada indivíduo constrói o significa-

---

69 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

do da vida e da morte, a partir das experiências pessoais, em convívio com os semelhantes, ao longo da existência.

Neste artigo, confere-se relevo à problemática que envolve indivíduos que se encontram na condição de doentes terminais, em estados clínicos considerados irreversíveis e tem por principal objetivo, analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, se o desejo de morrer merece a mesma proteção atribuída aos direitos de personalidade do homem, configurando-se como nova espécie de direito: o direito à morte digna.

Diferente do direito de morrer acredita-se que a morte, por ser evento relevante da vida, deve ser experimentada com dignidade, ou seja, sem dor e nem sofrimentos, buscando-se compreender a morte digna como direito fundamental do homem, sob o prisma do princípio da autonomia privada e da dignidade humana.

## 2. A VIDA NA PERSPECTIVA DE DIREITO SOBERANO E DIGNIDADE HUMANA

O rol dos direitos humanos está nos primeiros artigos da Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, contrastando com a legislação antecedente, de 1967, outorgada no durante a Ditadura Militar, período marcado por diversas atrocidades e desrespeito à vida humana. Trata-se de fato histórico relevante, porque trata o homem como prioridade no Estado Democrático de Direito.

Mais precisamente, o direito à vida encontra-se previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal vigente<sup>70</sup>, que garante a “inviolabilidade do direito à vida” tanto para brasileiros quanto a estrangeiros residentes no país.

Como sublinhou TAVARES<sup>71</sup>, “trata-se do mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto,

---

70 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:

71 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 527.

o direito humano mais sagrado.” No entendimento de Silva<sup>72</sup>, o direito à vida constitui um supra-direito, pois, de nada adiantaria a Constituição assegurar quaisquer outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana entre esses direitos. Afinal, apenas uma pessoa viva pode exercer os citados direitos.

Por sua relevância, a vida é apresentada antes dos demais direitos previstos no *caput* do citado artigo 5º. Destacada em primeiro lugar, antes do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, constitui direito individual, previsto no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Trata-se de cláusula pétrea, não podendo sofrer qualquer tipo de emenda tendente a suprimi-lo, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Carta Magna<sup>73</sup>.

DANTAS<sup>74</sup> reforça que, devido à supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas, o Poder Legislativo não terá jamais poder para aniquilar ou limitar o direito à vida, a menos que autorizado por nova Constituição. Nesse sentido, é possível conjecturar que o aborto, a eutanásia, bem como qualquer outra forma de supressão da vida, dificilmente encontraria guarida na ordem constitucional pátria.

Entende-se que o direito a vida é extremamente subjetivo, visto que seu titular tem o inegável direito de existir pelo simples fato de ser humano. Assim, de acordo com CANOTILHO<sup>75</sup>, o direito subjetivo consagrado por norma fundamental implica relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito, pois “1- O indivíduo tem direito perante o Estado a não ser morto por este (proibição de pena de morte legal); 2- O indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos,

---

72 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.197

73 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
IV - os direitos e garantias individuais

74 DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Altas, 2009, p. 126.

75 CANOTILHO Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 1993, p. 18

que devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém”.

Dessa concepção deriva o dever fundamental de cada cidadão brasileiro respeitar a vida alheia.

Por outro lado, a Constituição da República, ao tratar do direito à vida, não definiu o que deve ser considerado como “vida”. Considerando que o legislador constituinte não se pronunciou acerca do conceito, em regra, é comum admitir-se que o início do direito à vida é questão biológica, havendo algumas teorias que explicam seu momento inicial de proteção jurídica.

O direito de morrer com dignidade ou a organização da própria morte pela pessoa é, no mais das vezes, apresentado como faceta do direito à vida, o qual, segundo BITTAR<sup>76</sup>, sobrepõe-se à autodeterminação da vida privada. O direito à vida é protegido como bem objetivo, valor em si mesmo. Radicam nesse ponto, conforme SAMPAIO<sup>77</sup>, argumentos contra o reconhecimento de um direito à morte, uma vez que a vida é um bem indisponível, ainda que o seu titular acredite, diante circunstâncias concretas, que a morte seria melhor do que viver.

Sob uma perspectiva teológica, a vida, por ser presente divino, não poderia ser abreviada, sob pena de desrespeito a Deus, degradando princípios caros à humanidade, corroendo sua própria espiritualidade e a “energia cósmica.” Além disso, segundo MAGALHÃES<sup>78</sup>, o dom da vida é dotado de finalidade própria, que é exigência do amor: servir aos demais. O homem que não ama, desumaniza-se, na medida em que foi criado para amar. E, nesse sentido, o primeiro serviço que presta é o de conservar a própria vida, que atende ao instinto de autoconservação, devendo, por isso, buscar os meios necessários de sobrevivência e vida saudável.

Como se depreende do exposto, não raro, a vida tende a ser explicada e valorizada, não por sua dimensão biológica, eis que se privilegiam

---

76 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004, p.70.

77 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey 1998, p. 352,

78 MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104

aspectos religiosos e filosóficos, vinculados à moral tradicional, através da qual a vida humana possui caráter sagrado, independentemente de sua forma (feto, criança, adulto, idoso). Esse respeito à vida é algo arraigado na consciência da maioria dos seres humanos, em nossa cultura. Neste sentido, qualquer violação ao direito à vida é antissagrado em qualquer faixa etária, tendo em vista a igualdade na qualidade de ser humano.

Entretanto, não se pode negar que, apesar de todos terem direito à vida e esta ser um direito inalienável e indisponível, que seu valor varia, de acordo com convicções da pessoa; afinal, trata-se de direito conectado à dignidade da pessoa humana, pois o direito à vida, como exposto, não engloba apenas manter-se vivo, mas viver com dignidade. Ressalta-se que não se trata de consenso sobre “matar ou não matar”, mas sobre “viver ou não viver, mesmo sem dignidade”.

BORGES<sup>79</sup> afirma que a dignidade não constitui valor sociojurídico, cujo conteúdo é absoluto e imutável, visto que só pode ser interpretada a partir de uma pessoa concretamente considerada. Além disso, o conceito de dignidade advém de determinado momento da história do direito do Estado e da sociedade; logo, seu conceito e conteúdo não são absolutos e não se impõem de forma equivalente a todas as pessoas. Ignorar a subjetividade do conteúdo da dignidade é temerário, visto que implica o risco de julgar as pessoas a partir de preconceitos, de crenças religiosas não compartilhadas, de visões de mundo que não são comuns a todos, de regras ultrapassadas pelo momento histórico, negando, assim, um dos valores mais necessários para a convivência nos dias de hoje: a alteridade.

### 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE INTEGRAM A PLENITUDE DO DIREITO À VIDA.

TAVARES<sup>80</sup> aduz que o direito à vida se apresenta através de 2 (duas) vertentes: o direito de permanecer vivo, e o direito a um nível de vida adequado; ou seja, digno. Tracionando determinado pensamento, entende-se que é direito de todos permanecerem vivos até que suas vidas

---

79 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

80 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 527.

sejam interrompidas por causas naturais, o que é feito através de segurança pública, vedação da justiça privada e com o respeito do Estado à vida de seus cidadãos.

É preciso assegurar nível mínimo de vida compatível com dignidade humana, o que inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (artigo 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (artigo 196), à cultura (artigo 215), ao lazer (artigo 217). Porém, no que concerne aos objetivos deste artigo, focaliza-se o direito à vida sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal, sua relação com os demais direitos fundamentais previstos no artigo 5º do mesmo diploma legal e a vida como um dos direitos da personalidade.

Assim, entende-se que a dignidade da pessoa humana constitui como guia de interpretação da ponderação entre direitos, particularmente quando o que está em jogo é uma decisão entre a vida e a morte.

No âmbito privado, o direito à vida é o principal dos direitos da personalidade, que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, com destaque à indisponibilidade, uma vez que se caracteriza como direito à vida e não um direito sobre a vida.

Entende-se, portanto, que o direito à vida e a dignidade andam de mão dadas. A dignidade serviria como elemento caracterizador da vida. Todavia, NUNES<sup>81</sup> entende pela superioridade do direito a vida; por outro lado, EKMEKDJAN<sup>82</sup> comenta que, caso se realizasse enquête sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida, provavelmente, prevaleceria o direito à vida sobre a dignidade, sob o argumento de que, sem a vida, não é possível a dignidade. Todavia, em sentido oposto, pode-se admitir que “Assim como se afirma que sem vida não há dignidade, nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é esta? Era a vida dos escravos, tratados como animais que servem para trabalhar? Biologicamente sim, mas eticamente não”.

---

81 NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

82 EKMEKDJAN, *Apud* NUNES, op. cit. p. 52

Sobre a dignidade, é interessante a compreensão de LEÃO JUNIOR<sup>83</sup> ao detalhar que “a dignidade humana decorre da natureza do ser humano, e não de circunstâncias acessórias, adjetivas, como por exemplo, saúde e tempo de existência, pois, do contrário, cairíamos em critérios arbitrários e aleatórios, conforme as conveniências do momento.” Essas fórmulas representariam aviltamento a dignidade humana; ou seja, desrespeito a princípios constitucionalmente erigidos.

Sobre a autonomia, é oportuno trazer à baila as considerações de NALINI<sup>84</sup>, ao expressar que a liberdade positiva garantida pela Constituição ao cidadão favorece a realização plena de suas potencialidades individuais. Por certo, aponta para a liberdade de consciência para crescer até a plenitude possível, mas não para matar a si mesmo ou a outrem. “A autonomia da vontade não significa sua utilização para sacrificar vidas.”

Como se verifica, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se o princípio da autonomia, que implica a autodeterminação, que deve ser considerada quando o assunto é a terminalidade natural da vida. Vale reiterar, entretanto, que o direito de morrer dignamente não deve ser confundido com o direito à morte. BORGES<sup>85</sup> ressalta que o direito de morrer dignamente traz em seu bojo a reivindicação por vários outros direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, referindo-se também ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia que o paciente não aguenta mais.

Autonomia tem íntima relação com a liberdade, direito humano primordial para a existência de vida digna. O termo deriva do grego *autos*, que quer dizer próprio e *nomos*, que significa regra, governo, lei<sup>86</sup>. Inicialmente, era empregado na acepção política, para expressar a autogestão e o autogoverno, uma das características das cidades-estados gregas, que envolve a capacidade de cada cidade criar as regras a serem respeitadas por todos. Posteriormente, o sentido do termo foi ampliado, incorporando a autodeterminação e independência das pessoas.

---

83 LEÃO JUNIOR. *op.cit.* 2005, p. 217.

84 NALINI. NALINI, José Renato. *A vida é*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.521.

85 BORGES, *op.cit.*, p. 232

86 MÖLLER, *op.cit.* p. 82.

Durante a Antiguidade Clássica e período medieval, o conceito de autonomia restringia-se à capacidade de escolha. Predominava a teoria da lógica da Razão divina (a natureza), na qual tudo acontecia, porque o mundo era regido por uma lógica e ordem cósmica. O homem, portanto, não era visto como sujeito e criador dos próprios caminhos, mas, mero agente, em escolhas norteadas pela razão divina.

Os iluministas, críticos da lógica da razão divina, propagada durante a Idade Média, traçaram as raízes do conceito de autonomia que hoje conhecemos. Com a superação das credices e superstições, os pensadores da época defendiam que a autonomia deveria inclinar-se na busca da felicidade que, diferente do que propunha Aristóteles, se baseava na busca do prazer e redução do sofrimento.

KANT<sup>87</sup> apresenta uma teoria que busca explicar a determinação da vontade humana. De acordo com seu entendimento, autonomia designa a independência da vontade em relação a todo objeto de desejo (liberdade negativa) e sua capacidade de determinar-se em conformidade com a lei, que é a da razão (liberdade positiva). KANT acreditava que, em oposição ao seu conceito de autonomia da vontade situava-se a vontade heterônoma, derivada de causas externas, como, por exemplo, a vontade divina. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>88</sup>, conceitua a vontade autônoma como aquela concebida para si, como a própria lei, não apenas, por submeter-se a ela, já que a vontade, também é sua autora. A formulação do princípio da autonomia encontra respaldo na seguinte afirmação: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal”.

A vontade, para KANT<sup>89</sup>, decorre do pressuposto de que a vontade deve querer a própria autonomia e sua liberdade consiste em ser lei para si mesma. Quando a vontade é autônoma, promulga leis universais, isentas de todo interesse, que reclamam a obediência por puro dever. Assim, KANT<sup>90</sup> entende que a autonomia da vontade é o princípio supremo da moralidade.

---

87 KANT, In:ZATTI.op.cit. 2007.

88 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 223.

89 ZATTI, *op. cit.*

90 KANT, *op. cit*, p.238.

A dignidade humana, portanto, é princípio nuclear de onde se desdobram todos os direitos fundamentais, vinculando o poder público, como o particular, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas.<sup>91</sup>

Como exposto, o conceito de autonomia da vontade reflete a conquista do homem em relação ao direito à liberdade: para pensar, expressar-se, escolher, autodeterminar-se segundo as mais íntimas convicções. Trata-se de tema que deu origem a reflexões filosóficas, sociológicas e jurídicas.

Defensor da teoria do Esclarecimento, DESCARTES (1596-1650), entendia que a liberdade de escolha só seria plena, quando o indivíduo compreendesse as consequências de sua opção. No entendimento de SPINOZA (1632-1677), a liberdade é forma de expressão da totalidade humana, eis que, por seu intermédio, o indivíduo agiria conforme sua natureza. Por outro lado, a liberdade figurou como tema central de todo o pensamento filosófico de SARTRE (1905-1980), cujo pensamento partia da premissa de que o homem é, antes de tudo, livre. A liberdade é sempre absoluta, não se admitindo qualquer espécie de predeterminação à condição humana. O homem nasceria destituído de essência particular, definindo-se como sujeito apenas por meio da liberdade.

Ainda na esteira do pensamento dos filósofos da liberdade, merece referência MILL, que, como exposto, defendia a não intervenção do Estado na esfera de vida particular das pessoas e MARX (1818-1883), para quem a liberdade humana tem sua raiz calcada na produção prática das condições materiais de existência<sup>92</sup>. Na interpretação de MARX, a liberdade não existiria, enquanto a sociedade se dividisse em proletários e capitalistas, pois, sob o domínio do capital, as aptidões humanas se tornam mercadoria, reduzindo-se a vida humana à mera sobrevivência e à reprodução da força de trabalho, restringindo-se as possibilidades de que os trabalhadores comandassem seu destino.

SILVA<sup>93</sup> identificou dois tipos de liberdade: interna e externa. A primeira diz respeito à liberdade subjetiva do indivíduo, envolvendo o livre-arbítrio; a liberdade de querer. Por seu turno, a liberdade externa ou objetiva se expressa por intermédio do querer individual. Se, na esfera

---

91 SZANIAWSKI, *op. cit.* p.142.

92 FURTADO. José Luiz. *Notas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachiano de essência genérica humana*. Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <<http://www.unicamp.br/ce marx/jose.htm>> Acesso em 29 de agosto de 2012.

93 SILVA *op cit*, p. 232.

subjetiva, a liberdade é absoluta, a externa é tolhida por normas sociais que impedem o homem de fazer tudo o que deseja. “Conceitua o jurista a liberdade como sendo direito que consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Ele acrescenta que a liberdade é a possibilidade jurídica reconhecida às pessoas de atuar como senhoras da própria vontade e de locomover-se sem embaraços. SILVA<sup>94</sup>.

O reconhecimento da liberdade humana implica a valorização da autonomia; logo, a sua dignidade. Ademais, a vontade do indivíduo tem relevância jurídica, porque ela se refere a desejos íntimos, formados conforme convicções supostamente livres. Quando se valoriza a autonomia do homem, respeita-se sua liberdade de escolha, o que legitima sua existência e, portanto, a dignidade.

Sobre o respeito ao pensamento crítico do sujeito, Dworkin<sup>95</sup> assim escreveu:

“quero agora sugerir que uma pessoa ser tratada com dignidade é o direito a que os outros reconheçam seus verdadeiros interesses críticos: que reconheçam que ela é o tipo de criatura cuja posição moral torna intrínseca e objetivamente importante o modo como sua vida transcorre”.

Diante do exposto, depreende-se que o princípio da autonomia da vontade tem relação umbilical a dignidade da pessoa humana: o primeiro afirma a segunda, que, por seu turno explica e legitima a importância da autonomia.

#### 4. A TERMINALIDADE DA VIDA: O DIREITO À FELICIDADE E A MORTE DIGNA

A morte é um tema que ameaça ou até mesmo aterroriza a humanidade, servindo de inspiração para pensadores de diversas áreas, a saber: religiosas, científicas, psíquicas e literárias.

O conceito de morte, assim como de vida tende a sofrer variações, de acordo com o contexto histórico e cultural. Cientificamente ela é consi-

---

94 SILVA, *op. cit.* p. 233.

95 DWORKIN, *op. cit.* p. 337.

derada o fim permanente das atividades biológicas, necessárias à manutenção da vida de um organismo, ou como o encerramento da consciência, eis que a identificação da morte encefálica, que implica perda irreversível da atividade cerebral é capaz de atribuir o óbito a determinado ser vivo.

A noção de finalidade interfere no conceito morte, com conotação diversa em cada contexto. O dicionário MICHAELIS<sup>96</sup> apresenta vários empregos da palavra morte, por exemplo: morte civil, que implica perda de direitos e regalias civis; morte da alma, provocada pelo pecado; morte moral, decorrente da perda dos sentimentos de honra.

Contudo, mais intrigantes que o conceito, são as percepções psíquicas dos indivíduos em relação à morte. O que a morte significa para cada ser humano? Ela representa o fim? Existe algo após sua ocorrência? Tais questões ensejam as mais diversas teorias sobre a morte, as quais possuem grande influência no desenvolvimento da moral, dos princípios e do direito de cada sociedade.

MUNFORD, na clássica obra “A cidade na historia”, defende a tese de que as primeiras cidades surgiram por força da cultuação das mulheres pelos seus mortos, que construía santuários em torno dos corpos, o que permitiu que ali elas se aglutinassem, fixando-se naquele território, considerado sagrado. Foi do autor<sup>97</sup> a famosa frase: “*A cidade dos mortos antecede a cidade dos vivos*” Civilizações mais evoluídas também deixaram grandes monumentos, construídos com o objetivo de guardar os cadáveres de seus líderes, tais como as pirâmides do Egito, túmulos dos faraós. Segundo KASTENBAUM e AISENBERG, já mencionados, os egípcios não só construíram grandes tumbas, mas também se preocupavam com ensinar os indivíduos a pensar, sentir e a agir em relação à morte.

No México, a população preserva a tradição dos antepassados, na adoração da Santa *Muerte*, definida como figura sagrada, representada, na maioria das vezes, por um esqueleto, coberto com manto e coroa, semelhante às imagens da Virgem Maria. A devoção tem origem nas tribos primitivas mexicanas que, com a conquista espanhola e, conseqüente implantação da religião católica, permaneceu de forma sincretizada. Entre

---

96 MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=morte>> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

97 MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 13.

os mexicanos, a morte é venerada como santo de proteção e guarda.

O culto aos mortos é fruto da crença, presente em muitos povos, de que a morte não significa fim, mas recomeço de nova etapa. Nasce a crença na idéia de alma, espírito, de vida após a morte. A morte seria a porta de entrada do homem justo, para um estágio melhor, onde encontraria conforto no paraíso, não obtido em vida.

A idéia de paraíso é associada à idéia de conforto. Por exemplo, entre os nórdicos, o paraíso é representado como local de calor e na cultura oriental, significa espaço de sombra, demonstrando que a figuração da pós-morte tende a representar algo que o indivíduo não teve em vida.<sup>98</sup>

Na Idade Média, porém, a percepção da morte era associada a eventos ruins, causadores de grande temor. Muitos fatores explicam essa percepção: a Idade Média foi assolada por peste, fome, guerras, eventos de morte em massa. Da mesma maneira, à época ocorreu a imposição dos preceitos da Igreja Católica, tais como a inquisição, as cruzadas, e a substituição da idéia do paraíso, pela idéia de inferno, que se refletiram, negativamente, no conceito de morte, que passou a ser vista como ameaça.

O advento do capitalismo e as sucessivas crises do último século também contribuíram para a construção negativa da morte. A idéia da força produtiva é inerente aos vivos, às pessoas sãs; logo, os doentes e moribundos, por não serem capazes de produzir, perdem seu valor. Assim, ideia de morte ficou associada ao término da capacidade produtiva do homem.

O homem moderno, cada vez mais individualista e menos preocupado com as questões coletivas, também criou nova perspectiva em relação à morte. Segundo KÜBLER-ROSS<sup>99</sup>, a contemporaneidade e suas questões políticas sociais construíram uma sociedade onde a morte pode acontecer a qualquer momento, através da guerra, violência e acidentes, daí, o homem moderno ter desenvolvido barreira psicológica, evitando falar sobre o tema, como mecanismo de defesa.

Atualmente 70% das pessoas morrem nos hospitais, quando, no século passado, esse percentual era de 90%. Isso acontece, porque, no passado, a morte era planejada, esperada, optando as pessoas por morrer próximas dos familiares, com se a última despedida tivesse dignidade. Atualmente, a partida de alguém já não é preparada, eis que as novas tecnologias médicas e a perspicácia da medicina de tentar salvar e prolongar a

---

98 BRASIL ESCOLA, *op.cit.*

99 BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

vida até o último momento, retirou da morte a cena poética experimentada no passado, dando lugar à experiência de morte monitorada, em cama de hospital.

A morte passou de evento natural pertencente à vida a castigo<sup>100</sup>. Hoje, talvez, mais do que em qualquer outro período, a morte é representada como acontecimento temível, causador de angústias e de sensação de vazio, frente à qual a razão humana é impotente.<sup>101</sup> Nessa tendência cultural, como sublinhou KOVÁCS<sup>102</sup> o medo de morrer é universal e atinge todos os seres humanos, independentemente da idade, sexo, nível sócio econômico e credo religioso.

No contexto jurídico, o desprestígio da morte revela-se na supervalorização à vida, considerada o maior e o principal direito fundamental do homem. É pela preservação da vida que a idéia e a indicação pela morte são afastadas nos mais diferentes sistemas jurídicos de todo o mundo.

Da mesma forma, o sofrimento, que também faz parte da vida humana, não é desejado pelo homem, seja qual for sua idade, sexo ou cultura. O sofrimento sempre gera alguma espécie de limitação para o indivíduo, desde as limites psíquicos, sentimentais, financeiros e físicos.

Reversível ou irreversível, a forma de perceber e conviver com as barreiras impostas pelas circunstâncias da vida, depende de indivíduo para indivíduo, não cabendo às ciências avaliar objetivamente o limite de suportabilidade de cada um. Há pessoas mais fortes, que enfrentam o sofrimento e as suas limitações de maneiras consideradas heróicas e outros que não o aceitam, optando, pelo seu fim.

Embora existam pessoas com excepcional força de vontade e amor pela vida, mesmo em condições terminais ou sem esperança de recuperação, não se pode supor que todos os indivíduos, em igual situação, sejam dotados de tal coragem. Para muitos, a manutenção da vida não faz mais sentido, eis que já não é condição suficiente para a preservação de sua dignidade. Para esses, a vida já não se apresenta como direito, ou dádiva, mas como obrigação. Para essas pessoas a vida resume-se a sofrimento diário, sendo a chegada da morte, uma espécie de liberdade, a verdadeira cura.

---

100 BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto*. São Paulo, Editorial Psy II, 1994.

101 MÖLLER, *op. cit.* p. 31.

102 BRASIL ESCOLA, *op. cit.*

DWORKIN<sup>103</sup> citando NIETZSCHE lembrou que é “uma indecência continuar vivendo em certas condições. Continuar vegetando em uma covarde dependência de médicos e aparelhos, depois que o significado e o direito à vida já se perderam, é uma atitude que deve inspirar o mais profundo desprezo a sociedade”. O filósofo dizia que é melhor morrer com orgulho, quando não for mais possível viver com orgulho.

Para ASCENSÃO<sup>104</sup>, os dilemas em torno da opção pela morte são justificados, uma vez que, nos centros das preocupações médicas e científicas, está a doença e não o doente. O doente deve ser o protagonista e todos os esforços se devem fazer para acompanhá-lo. Para o autor, quando focamos a medicina na doença e não no doente, tendemos a colocar em segundo lugar o sofrimento do indivíduo.

A significância da chegada da morte é reflexo de como as pessoas encaram as respectivas vidas. Com base nessa premissa, importante refletir sobre a possibilidade de morrer dignamente e de se respeitar a autonomia da vontade dos indivíduos que se encontram em estágio terminal, das pessoas com paraplegias irreversíveis, dos pacientes que possuam doenças psíquicas, dos sujeitos que perderam membros do corpo dentre tantas outras situações particulares que possam acometer a qualquer ser humano.

## CONCLUSÃO

Sob o ponto de vista individual, a vida cotidiana é formada de momentos alegres, realizações e também de decepções, tristezas e sofrimentos, cuja dimensão ninguém pode avaliar. Em situações desafiadoras, por mais que expressemos mensagens de ânimo e de estímulo, nem sempre é possível proporcionar àquele sofre o alívio para a sua agonia.

Alguns pacientes terminais, pessoas tetraplégicas, amputados e enfermos em estados irreversíveis, experimentam sofrimentos de inenarrável magnitude. Submetidos às circunstâncias de vida que implicam limitações de toda natureza, muitos desses pacientes tornam-se especialmente vulneráveis, quando constatarem o desmoronamento de seus mais íntimos projetos e perspectivas, e precisam adaptar-se à nova condição, nem sempre desejada, e sequer imaginada.

---

103 DWORKIN, *op. cit.*, p. 300.

104 ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 175.

Na busca de manutenção da vida a qualquer custo, médicos e familiares impõem aos pacientes novas formas de tratamento, como se tal medida correspondesse na íntegra à obrigação moral que lhes cabe. Ainda que orientados pela mais límpida boa-fé e nobres sentimentos de humanismo, as condições às quais os pacientes deverão se adaptar, além de provocar limitações físicas, pode impor limites à sua capacidade enquanto sujeitos de direitos.

A esse respeito, não se pode ignorar que o paciente também tem direitos fundamentais, e seu gozo não pode ser limitado. Ele ainda tem vontades, anseios, pensamentos e direito de escolha. No exercício desses direitos, por mais doloroso que possa parecer aos familiares, eles podem desejar a interrupção de suas vidas, e irem à busca da sua felicidade, mesmo que seja a morte.

Por mais que a vida se apresente como direito supremo, ninguém está obrigado a suportar o sofrimento prolongado, mantendo-se ligado a aparelhos ou submetendo-se a tratamentos agressivos, sem qualquer perspectiva ou esperança de cura. Admitindo-se que a morte constitui evento inevitável e, em certos casos, previsível, nenhum ser humano é obrigado a esperá-la com dor, agonia e aflição. Vale notar que direito à vida digna deve ser preservado, inclusive, nos últimos momentos de existência do homem.

Contudo, antes de dar carta branca ao paciente sobre o destino da sua vida, deve-se verificar as particularidades de cada história, atestados da irreversibilidade do estado clínico, o notório e comprovado sofrimento e dor, a manifestação duradoura da vontade do paciente devidamente esclarecido, a comprovação do estágio terminal, dentre outros. Evidentemente que tais elementos precisam ser objeto de profundos estudos, pois haverá situações práticas não abarcadas pela lei, como a vontade do paciente, pois nem sempre o paciente terá condições de expressar sua vontade.

O problema se agrava, quando se admite que, em nossa cultura, a morte não constitui assunto nas discussões diárias. Aliás, o tema costuma provocar medo e rejeição.

Como sujeito de direitos, o paciente precisa ter respeitada a sua vontade e não pode ser obrigado a suportar sofrimento sem limites. A coletividade, em nome da preservação de um direito soberano, não pode negar-lhe o alívio, o cumprimento de sua vontade e autonomia, ainda que esteja no limite da capacidade de expressão e manifestação.

É oportuno sublinhar que o respeitar à vontade de outrem, mesmo contrária à nossa, é a representação máxima de consideração à autonomia do indivíduo em todas as suas vertentes. Evidentemente, a situação é complexa e requer análise, no caso concreto, dos requisitos específicos, pois a abreviação da morte de alguém é ato no qual não se poderá voltar atrás. Decorre daí ser necessária a segurança de que a decisão é a mais acertada e justa, como todas as decisões no direito devem ser.

## Referências:

ASCENÇÃO, José Oliveira. *A terminalidade da vida*. In Coord. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>>. Acesso em: 03 de nov. 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL ESCOLA. *Estudo teórico sobre a morte*. 2012. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/psicologia/estudo-teorico-morte2.htm>> Acesso em 12 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. CAMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. PROJETO DE LEI EREIRA, Nº5058/2005. Regulamenta o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a

inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da

gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;-jsessionid=F247010D2A4F1279BE395835841176F8.node2?cod-teor=295399&filename=Tramitacao-PL+5058/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;-jsessionid=F247010D2A4F1279BE395835841176F8.node2?cod-teor=295399&filename=Tramitacao-PL+5058/2005)> Acesso em 25 de janeiro de 2013.

- \_\_\_\_\_. *Doenças psicológicas*. Disponível em < <http://www.brasilecola.com/doencas/doencas-psicologicas.htm> > Acesso em 16 de dezembro de 2012.
- BROMBERG, Maria Helena P.F. *A psicoterapia em situações de perdas e luto*. São Paulo, Editorial Psy II, 1994.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Almedina: Coimbra, 1993.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo; Atlas, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- FURTADO, José Luiz. *Notas sobre o jovem Marx e o conceito feuerbachiano de essência genérica humana*. Sem ano. Texto não paginado. Disponível em <<http://www.unicamp.br/cemarx/jose.htm>> Acesso em 29 de agosto de 2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974
- LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. *O Direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos Magalhães. *O princípio da dignidade humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana. Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Direito do ser humano à vida*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MICHAELIS, Dicionário. 2009. *Morte*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=morte>> Acesso em 10 de dezembro de 2012.

- MÖLLER, Letícia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Trad.: Neil R. da Silva. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- NALINI, José Renato. *A vida é*. In.: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. p. 287.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ZATTI, Vicente; *Autonomia e Educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EdipucRSD. 2007. Disponível em < <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/autonomia/autonomia/capa.html> > Acesso em 15 de agosto de 2012.

# A DUPLA JORNADA DE TRABALHO DA MULHER BRASILEIRA: AS DIFICULDADES TRABALHISTAS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO FAMILIAR

*João Paulo Alfredo Carvalho da Costa Lima*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir sobre a inserção da mulher brasileira no mercado de trabalho e seu impacto no âmbito familiar. O contexto abordado pela pesquisa, baseia-se na dupla jornada de trabalho da mulher e suas dificuldades na inserção no mercado de trabalho e de sua vida familiar. O trabalho feminino tem cada vez ganhado mais representatividade; a mulher brasileira, atualmente, possui uma maior autonomia, liberdade de expressão, bem como emancipação de ideias e posicionamentos que antes as sufocavam. Em outras palavras, a mulher brasileira do século XXI deixou de ser “plano de fundo” ou “coadjuvante” na sociedade brasileira, ela possui alta representatividade social, logo a ideia de inferioridade sexual está aos poucos deixando de ser desacreditada. Todavia essa ideia conservadora ainda causa muitas dificuldades no mercado de trabalho e na questão familiar.

O estudo contribuirá expondo e denunciando tal dificuldade, ele alertará os prejuízos na convivência entre a mulher brasileira e o mercado de trabalho. A desigualdade ainda é comum em nossa sociedade, o direito (as leis em sua defesa) não protege a mulher de não ser alvo desse problema social. Ela ainda é alvo de uma estrutura de empregabilidade machista, da

cultura patriarcal, em que ainda a coloca como inferior (salários inferiores, levar em conta a questão da estética e tratar a mulher em “posição secundária de educar os filhos”).

Sendo um problema que afeta uma grande porcentagem de pessoas, o melhor o procedimento metodológico é o método indutivo. Essa ferramenta metodológica abordada por Francis Bacon; parte de uma premissa (axioma) particular para uma premissa geral, observando-se casos particulares da realidade para chegar a uma conclusão geral. Segundo Bacon:

Só há e só pode haver duas vias para a investigação e para a descoberta da verdade. Uma, que consiste no saltar-se das sensações e das coisas particulares aos axiomas mais gerais e, a seguir, descobrirem-se os axiomas intermediários a partir desses princípios e de sua inamovível verdade. Esta é a que ora se segue. A outra, que recolhe os axiomas dos dados dos sentidos e particulares, ascendendo contínua e gradualmente até alcançar, em último lugar, os princípios de máxima generalidade. Este é o verdadeiro caminho, porém ainda não instaurado (BACON, 2011, p. 84).

Outra ferramenta metodológica usada é a pesquisa qualitativa. Ela possibilita melhor compreensão dos sujeitos envolvidos na pesquisa e sua relação direta com o contexto no qual estão inseridos, bem como com a singularidade das relações sociais. Tal mecanismo é mencionado pela grande escritora do Instituto Oswaldo Cruz, Maria Cecília Minayo, que afirma:

[...] pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou, seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis. (Minayo, 1994, p.21)

O conteúdo do artigo será desenvolvido usando tais métodos metodológicos expostos acima (indutivo e qualitativo), e também, por exemplos históricos e fontes geográficas servindo de argumentos.

Historicamente a mulher brasileira, é vista como esposa obediente, recolhida e, sobretudo, passiva, exercia todas as tarefas domésticas sem criticar ou ter opinião própria. Essa imagem da mulher encontra-se nos relatos do sociólogo Gilberto Freyre em sua obra “Casa Grande e Senzala” (1933), o qual retrata a família patriarcal brasileira e nela a situação da mulher no período colonial. A mulher é descrita como dependente e subordinada, a qual sujeita-se à dominação do pai ou do marido. A mulher desta época, logo, sempre se dedicou ao espaço privado, sendo restrita ao estudo, e o trabalho para ela só estava relacionado aos afazeres domésticos.

A partir da década de 70, a mulher começou a competir pelo espaço externo de trabalho com o homem. Houve uma mudança significativa na conjuntura do mercado de trabalho, e conseqüentemente, o papel social da “mulher doméstica” foi mudando aos poucos, tornando-se mais ativa em tal mercado. Em décadas posteriores, homem deixou de ser papel de único responsável pela manutenção familiar, a participação da mulher conquistou grande relevância na manutenção da família.

A inserção da mulher em um espaço, por muito tempo considerado majoritariamente masculino, acabou por fazer com que a mulher assumisse tanto o trabalho fora de casa como o trabalho doméstico, sobrecarregando-a com a dupla jornada de trabalho. Fica evidente a sobrecarga de responsabilidades das mulheres em relação aos homens. As mulheres são as principais responsáveis pelas atividades domésticas e pelo cuidado com os filhos e demais familiares, além das suas atividades econômicas. Exemplificando essa sobrecarga, observa-se que “os homens gastam nessas atividades, em média, 10,6 horas por semana e as mulheres, 27,2 horas” (FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, 2007). A mulher dedica 1 dia de sua semana somente para cuidar dos filhos, além de suas outras atividades; tal desigualdade não pode ser ignorada por causa de uma sociedade com cultura machista.

É bem verdade que, em pleno século XXI, a mulher ainda é submetida como um “objeto de posse”, e é obrigada a aceitar a repressão à sua liberdade e realizar trabalhos domésticos. Nosso país se modificou muito em questão da participação da mulher no mercado de trabalho, entretanto essas mudanças (leis em sua defesa) não são suficientes para combater tal repressão cultural.

## DESENVOLVIMENTO

Em, basicamente, todas as sociedades a forma mais comum da divisão do trabalho é a distinção das atividades que são desenvolvidas pelos homens e pelas mulheres. Trata-se da divisão sexual do trabalho, que se constitui em uma das bases da organização econômica da sociedade e seu impacto se dá, primordialmente, nas relações de gênero. A divisão de trabalho não é somente construída num contexto biológico, mas sim por uma construção social ao longo dos anos. Concluindo, não é a diferença na fisionomia dos sexos opostos que definirá a divisão do trabalho na sociedade, mas sim uma relação social de gênero a qual possui uma base material (no caso, o trabalho).

Essa construção sociocultural só foi sendo revertida, tardiamente, na década de 80. Antes disso não havia uma explicação metodológica sobre a ascensão da mulher, sua função era ser um “objeto” de reprodução e se dedicar às atividades privadas ao regime familiar (patriarcal); logo a função do homem era manter a remuneração da família e liderá-la.

Atualmente em nossa sociedade verifica-se que, apesar da participação feminina ter constante e grande crescimento, e, conseqüentemente, ter obtido um posicionamento mais favorável no mercado de trabalho, as mulheres brasileiras continuam se engajando preferencialmente nas atividades tradicionalmente consideradas femininas, o que é uma clara indicação da continuação do padrão de segregação ocupacional e uma pressão cultural muito forte, o qual marca as condições do trabalho feminino. Entretanto, apesar dessas dificuldades, a presença da mulher no mercado de trabalho vem ainda aumentando de forma significativa nas últimas décadas.

O renomado sociólogo (doutor em sociologia pela USP), Ricardo Antunes elabora uma obra sobre a questão do trabalho em nossa sociedade. Em seu livro “Os Sentidos do Trabalho: Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho”, ele expõe o tema abordado pelo presente estudo:

[...] salvo raras exceções, ao trabalho feminino têm sido reservadas as áreas de trabalho intensivo, com níveis ainda mais intensificados de exploração do trabalho, enquanto que aquelas áreas caracteriza-

das como de capital intensivo, dotadas de maior desenvolvimento tecnológico, permanecem reservadas ao trabalho masculino. (1999, p. 108)

Nessas últimas décadas o trabalho feminino tem cada vez mais aumentando a sua participação no mundo produtivo. Esse aumento, todavia, vem apresentando um novo formato na divisão sexual do trabalho. A separação entre o trabalho intensivo realizado pelas mulheres e capital intensivo feito pelos homens, percebe-se que o trabalho feminino se expande, sobretudo na sua precarização, marcado pela informalidade, dificuldades, com desigualdade salarial em relação aos homens, além das jornadas de trabalho mais extensas.

Antunes (1999, p.109), também expõe que há uma “construção social sexuada” que seria definida como: existência de uma diferença de qualificação e a capacidade para o ingresso no mercado de trabalho, vinda desde do núcleo familiar, entre o homem e a mulher. Tal fato seria uma consequência do capitalismo.

A divisão sexual do trabalho, logo, mostra-se na atualidade como uma das manifestações das relações de poder entre homens e mulheres, e também das maiores lutas é para que este fato deixe de ser percebido como um processo natural e passe a ser percebido como parte das relações sociais baseadas em diferenças socialmente construídas entre homens e mulheres.

Após a descrição da divisão sexual do trabalho, será abordado a questão familiar e a dupla jornada de trabalho.

A autora Elisiana Probst destaca a evolução gradativa da mulher na inserção no mercado de trabalho. Com a consolidação do capitalismo e o desenvolvimento tecnológico as mulheres foram se instalando nas indústrias, durante o século XIX. Logo, o campo jurídico começou a tutelar as mulheres, por exemplo, o Decreto nº 21417/1932 buscou garantir a proteção da grávida, isonomia salarial e vedou o trabalho noturno:

“sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual; veda-se o trabalho feminino das 22 horas às 5 da manhã; é proibido o trabalho da mulher grávida durante o período de quatro semanas antes do parto e quatro semanas depois; é proibido despedir mulher grávida pelo simples fato da gravidez”

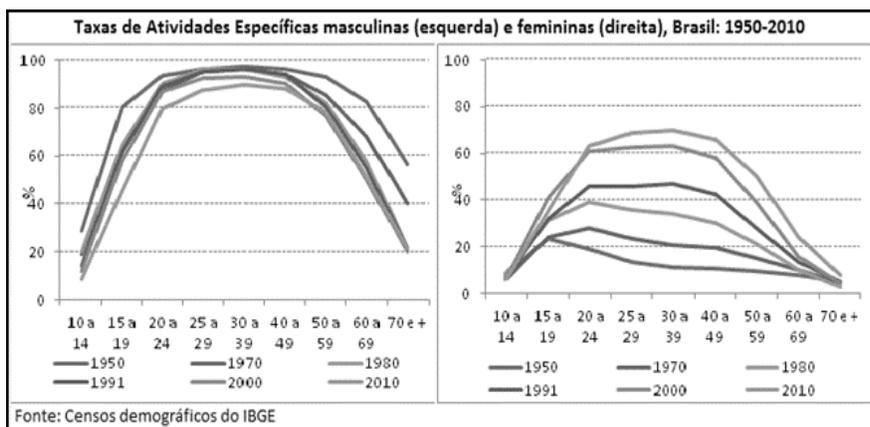
Retomando o que foi dito na introdução, nossa sociedade herda costumes de uma sociedade patriarcal. A mulher brasileira foi usada como “objeto” de posse por séculos, sua liberdade de escolha foi reprimida, foi obrigada a se dedicar apenas atividades domésticas. A “rainha do lar” foi, aos poucos, ganhando mais independência até o ponto de ser importante no mercado de trabalho. A escritora da segunda-geração da literatura de 30, Raquel de Queiroz é o símbolo dos primeiros passos para uma mulher se tornar autossuficiente em nossa sociedade. A literária é caracterizada como regionalista e de análise/crítica social. Porém destoando parcialmente desse consenso, possui por temática principal da autora, dentro do pano de fundo dos problemas geográficos e sociais nordestinos, é a posição da mulher na sociedade moderna, com os seus preconceitos morais e sociais. Exemplo de uma obra que a mulher é representada como heroína, independente e estudiosa, é “O Quinze” de 1930. Como nessa passagem no livro:

“[Conceição] dizia alegremente que nascera solteirona. Ouvindo isso, a avó encolhia os ombros e sentenciava que mulher que não casa é um aleijão...” (pág. 10).

Os estudos de relações de gênero intensificaram-se a partir do movimento feminista nas décadas de 1960 e 1970, adquirindo estatuto científico, apenas em meados dessa última. A categoria gênero, neste aspecto, não se refere apenas à oposição masculino e feminino, mas também, principalmente, às relações de poder envolvidas nas construções dessas ideias e de suas características, ampliando-se para outros conceitos a esses relacionados que terminam por causar conflitos e contradições nas questões sociais. Entre eles, destaca-se a discriminação da mulher em todos os âmbitos da vivência pública e particular.

Na década de 70, houveram significativas mudanças econômicas e sociais, década que vivenciou o “milagre econômico”. A partir de tais mudanças, o mercado de trabalho estava intenso, uma taxa de empregabilidade muito alta, conseqüentemente muitas mulheres aderiram nesse mercado. Em diante, a mulher já tinha se fixado nesse mercado, estava competindo de “igual para igual” contra o homem. Conforme dados da Fundação Carlos Chagas, “se em 1970 apenas 18% das mulheres brasi-

leiras trabalhavam, em 2002 a metade delas estava em atividade” (FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, 2007). O gráfico a seguir resumirá o que foi exposto:



Todavia; essas mudanças, até os dias de hoje, possuem muitos problemas. A mulher brasileira ainda sofre com a pressão cultural tanto na questão trabalhista quanto familiar.

A autora Elisiana Probst realizou um estudo (A evolução da mulher no mercado de trabalho) que concilia com o que foi exposto acima:

Pouco a pouco as mulheres vão ampliando seu espaço na economia nacional. O fenômeno ainda é lento, mas constante e progressivo. Em 1973, apenas 30,9% da População Economicamente Ativa (PEA) do Brasil era do sexo. Segundo os dados da Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD), em 1999, elas já representavam 41,4% do total da força de trabalho. Um exército de aproximadamente 33 milhões. Em Santa Catarina, elas ocupavam 36,7% das vagas existentes em 1997. Quatro anos depois, em 2000, mais 62 mil mulheres ingressaram pela primeira vez no mercado, aumentando a participação em 1,1 ponto percentual. Analisando este fenômeno, temos que levar em conta um universo muito maior, pois há uma mudança de valores sociais nesse caso. A mulher deixou de ser apenas

uma parte da família para se tornar o comandante dela em algumas situações. Por isso, esse ingresso no mercado é uma vitória. O processo é lento, mas sólido. Outra peculiaridade que acompanha a mulher é a sua “terceira jornada”. Normalmente, além de cumprir suas tarefas na empresa, ela precisa cuidar dos afazeres domésticos. Isso acontece em quase 90% dos casos. Em uma década, o número de mulheres responsáveis pelos domicílios brasileiros aumentou de 18,1% para 24,9%, segundo os dados da pesquisa “Perfil das Mulheres Responsáveis pelos Domicílios no Brasil”, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Abordando primeiramente a questão trabalhista. A mulher sofre de uma preocupante desigualdade nesse mercado, no artigo “Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro”, de 2006, da diretora de Desenvolvimento Social Da Cepal e da Organização Internacional do Trabalho, Laís Abramo, aborda sobre tal conflito. Nesse estudo, é destacado dificuldades diárias da mulher como: a taxa de desemprego maior do que o homem, assédio moral e físico durante o trabalho, remuneração inferior, maior tempo de expediente, ser considerada um sexo frágil etc. Esses são poucos exemplos que a mulher brasileira convive todos os dias.

A ordem familiar, como dito antes, a mulher no séc. XX realizava e dedicava aos afazeres domésticos. Todavia, tal situação mudou totalmente, a mulher não é mais obrigada a trabalhar exclusivamente como “doméstica da casa”, agora é independente e muitas vezes chefe da família. Porém, a cultura conservadora e machista se prevalece em muitos casos; como destaca Perez (2001, p.51)

Responsáveis pela maioria das horas trabalhadas em todo o mundo, as mulheres, generosamente, cuidam das crianças, dos idosos, dos enfermos, desdobrando-se em múltiplos papéis. Esquecidas de si mesmas, acabam por postergar um debate que se faz urgente: a divisão desigual das responsabilidades da família, a injustiça de sozinha, ter de dar conta de um trabalho de que todos usufruem.

A mulher fica sobrecarregada e refém de tal fato. Desempenhando múltiplos papéis na esfera pública e em suas vidas cotidianas, muitas mulheres deixaram de restringir suas aspirações ao casamento e aos filhos. Com isso, percebe-se a mudança que vem ocorrendo entre os anseios das mulheres, decorrente de um processo de globalização que as empurra para o mercado de trabalho. Exemplificando essa sobrecarga: “os homens gastam nessas atividades, em média, 10,6 horas por semana e as mulheres, 27,2 horas” (FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, 2007).

## CONCLUSÃO

A mulher brasileira dispõe de 42 leis federais, as quais defendem seus direitos de igualdade e trabalho. Todavia, somente a criação e grande quantidade de normas não são suficientes. Aquilo que é posto no legislativo deve ser empregado em vigor, vale objetivamente e a despeito da opinião e do querer dos obrigados (heteronomia); tal fato é carente no sistema judiciário brasileiro; conseqüentemente a mulher brasileira é um alvo do preconceito e injustiça no campo do trabalho ainda nos dias atuais.

Nossa Constituição, ao longo do tempo, tem representado mais os direitos reservados à defesa da mulher. Com a CF/88 a mulher ganhou muitos direitos antes não vistos pela Constituição anterior, porém a baixa aplicabilidade e eficiência resultaram no prolongamento dos problemas aos dias de hoje. Logo, as barreiras culturais têm-se mostrado mais fortes do que essas leis criadas.

A lei, para ser cumprida e observada por todos, deverá se impor aos destinatários a obrigação de obedecê-la. Não depende da vontade dos indivíduos, pois a norma não é conselho, mas ordem a ser seguida. Muitos menos não ser aplicada por causa de um costume.

Para combater tal problema, a mulher tem que manter plena consciência de seu potencial, dos seus direitos e demonstrar seu grande valor como cidadã. Deverá quebrar conceitos, preconceitos e a sociedade como um todo precisa se engajar nessa luta para o bem social.

Com todos os argumentos expostos, observa-se que a mulher ainda é refém da sociedade machista; ela perde sua representatividade em seus direitos, é obrigada a realizar tanto o trabalho externo quanto o doméstico.

co. Tal fato é um absurdo para nossa sociedade, não tem explicação lógica de ainda convivermos com uma cultura conservadora e sexista; o Direito está sendo falho por tal acontecimento persistir aos dias atuais. A mulher brasileira deve responder forte, reivindicando seus direitos e lutando por uma sociedade mais justa.

Conclui-se, com todo objeto de estudo exposto pelo artigo; foi possível observar, que a necessidade pela independência é um fator importantíssimo que vem incentivar a mulher para se inserir no mercado de trabalho neste sentido, entendeu-se o contrassenso existente na vida da mulher brasileira: as mulheres hoje se encontram divididas entre os velhos e os novos costumes. Ao mesmo tempo em que são incentivadas a terem uma carreira, lhes é cobrada a responsabilidade sobre os cuidados com os filhos. Neste sentido, trabalhar, significa além de uma satisfação pessoal, poder oferecer a si e/ou às familiares condições materiais de sobrevivência. Ter alguma possibilidade de escolha para conseguirem aquilo que querem. Confere aos indivíduos certo contentamento e também a independência que vem pelo trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 1<sup>o</sup> ed, 1999.
- FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS. Mulheres, trabalho e família. Disponível em: Acesso em: 28 abr. 2007.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. Rio de Janeiro: Vozes, 18<sup>o</sup> ed, 1994.
- FREYRE, Gilberto. Casa grande e senzala. 23<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Olympio, 1984.
- PEREZ, Lícia. Os desafios para o século XXI. In: GALEAZZI, I.M.S. (Org) Mulher e Trabalho. Publicação Especial do Convênio da Pesquisa e Desemprego na Região Metropolitana de Porto Alegre (PE-DRMPA) v. 1, 2001. p. 51-53

- QUEIROZ, Raquel. O Quinze. 1° ed, José Olympio: Fortaleza, 1930.
- ABRAMO, Laís. “Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro” *Cienc. Cult.* vol.58 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2006.
- BACON, Francis. *Novum Organum, ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Disponível em: SELL, S. Discurso Filosófico II: 1° ed.* Palhoça: UnisulVirtual, 2011.
- Taxas de atividades específicas masculinas (esquerda) e femininas (direita), Brasil 1950-2010. Fonte: Censos Demográficos IBGE.
- Probst, Elisiana. A evolução da mulher no mercado de trabalho, 2014.

**DIÁLOGOS DE DIREITOS HUMANOS  
E FUNDAMENTAIS**

Cândida Carvalho, Felipe Rebêlo,  
Marconi Catão, Wagner Gundim

Tipografias utilizadas:  
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)  
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m<sup>2</sup>  
Impresso na gráfica Trio Studio  
Dezembro de 2019