

DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

(VOL. 1)

PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

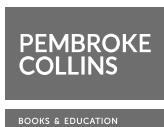
PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza 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)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia 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)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toribio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
CÂNDIDA CARVALHO, ISABELLE DIAS CARNEIRO SANTOS,
MAYRA THAIS ANDRADE RIBEIRO E MICHELLE ASATO JUNQUEIRA

DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

(VOL. 1)



PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Cândia Carvalho, Isabelle Dias Carneiro Santos, Mayra Thais Andrade Ribeiro e Michelle Asato Junqueira (orgs.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.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 Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

D582

Dimensões dos direitos humanos e fundamentais / Cândia Carvalho, Isabelle Dias Carneiro Santos, Mayra Thais Andrade Ribeiro e Michelle Asato Junqueira (organizadoras). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 1; 510 p.

ISBN 978-65-87489-16-2

1. Direitos humanos. 2. Direitos e garantias individuais. 3. Direito. I. Carvalho, Cândia (org.). II. Santos, Isabelle Dias Carneiro (org.). III. Ribeiro, Mayra Thais Andrade (org.). IV. Junqueira, Michelle Asato (org.).

CDD 323

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

DIMENSÃO PRESTACIONAL E EFETIVA DO DIREITO À SAÚDE DE PESSOAS SOROPOSITIVAS VERSUS AUMENTO DE CASOS DE AIDS EM ALAGOAS: O MONITORAMENTO CLÍNICO DOS ÚLTIMO DEZ ANOS (2009-2018)	13
<i>Cecilio Argolo Junior</i>	
DEMOCRACIA E A LIBERDADE A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA: REFLEXÃO CRÍTICA.....	28
<i>Marcelo Henrique Guedes Chaves</i>	
O CONTEXTO DA CIRCÁSSIA DIANTE DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS PROMOVIDAS PELA RÚSSIA (1763-1864) E SUAS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS NA CONTEMPORANEIDADE.....	40
<i>Matheus Mendes Bomfim Marques</i>	
INFÂNCIA E TRABALHO: NOVAS LEITURAS E REFLEXÕES.....	62
<i>Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo</i>	
A DEVASTAÇÃO SOVIÉTICA.....	80
<i>Elói Henrique Ghidetti Duarte</i>	
AS REGRAS DE NELSON MANDELA E A REALIDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS ASPECTOS MATERIAIS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS.....	97
<i>Nádia Beatriz Farias da Silva Magioni</i>	
<i>Najah Jamal Daakour Barakat</i>	
<i>Luciani Coimbra de Carvalho</i>	

GENOCÍDIO ARMÊNIO: MEMÓRIA E NEGAÇÃO.....	115
<i>Guilherme Manoel de Lima Viana</i>	
EM FREIRE E COM FREIRE: EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO, EM BUSCA DE DEMOCRACIA E LIBERDADE.....	132
<i>Ivone Laurentino dos Santos</i>	
RELATIVIZAÇÃO DO CRITÉRIO ECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ÂMBITO DO INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL (INSS).....	148
<i>Rosiane da Rosa Bianco</i> <i>Rodrigo Goldschmidt</i>	
A COEXISTENCIA DA LAICIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	164
<i>Pedro D'Alcantara Miranda Neto</i>	
O DIREITO À FÉ PÓS CONSCIÊNCIA.....	176
<i>Pedro D'Alcantara Miranda Neto</i>	
A FRATERNIDADE ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO ADEQUADO À HIPÓTESE DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	188
<i>Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
NOTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA E OS DESAFIOS JURÍDICOS FRENTE AO CORONAVÍRUS	203
<i>Marcelo Henrique Guedes Chaves</i>	
IDEOLOGIA DE GÊNERO: TRANSEXUALISMO NO SÉCULO XXI.....	217
<i>Anna Caroline Bastos,</i> <i>Clara Cecília Carvalho</i> <i>Gustavo Caspary</i>	
O ATIVISMO JUDICIAL NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.....	239
<i>Dalton Max Fernandes de Oliveira</i>	
SENCIÊNCIA ANIMAL E A ONG PATINHAS DE RUA EM BUSCA DO REESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE ANIMAL.....	257
<i>Caio Oliveira dos Santos</i>	

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E VETOR DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	275
--	-----

Filipe Araújo de Moraes

Almair Moraes de Sá

José Ewerton Bezerra Alves Duarte

Decildo Alves de Sousa

ANÁLISE DAS DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS ESTABELECIDAS NO DECRETO Nº 9.571 DE 2018, AVANÇO OU RETROCESSO?.....	292
--	-----

Emanuelle Clayre Silva Banhos

Otávio Augusto Mantovani Silva

FEMINIZAÇÃO DA IMIGRAÇÃO: CONCEITOS E DEFINIÇÕES.....	311
---	-----

Najah Jamal Daakour Barakat

Eduardo Soares da Silva

Nádia Beatriz Farias da Silva Magioni

A ANÁLISE DO "HABEAS CORPUS" Nº 97.256 E A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	329
---	-----

Jackelline Fraga Pessanha

VULNERABILIDADE DAS MULHERES QUE PRATICAM TRÁFICO DE DROGAS NA REGIÃO DE FRONTEIRA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	347
---	-----

Andréia de Azevedo Bilange Baião

Luiza Vieira Sá De Figueiredo

DOAÇÃO DE SANGUE POR <i>HOMENS-QUE-FAZEM-SEXO-COM-HOMENS</i> (HSH) E DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 5543/DF, MINISTÉRIO DA SAÚDE, ANVISA E SUAS (DES)RAZÕES....	365
---	-----

Felipe Laurêncio de Freitas Alves

Wellisson Vilarinho da Cruz

Karla Cristiane Pereira Vale

A IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NO ÂMBITO DO FINANCIAMENTO AGRÍCOLA.....	383
<i>Luiz Alberto Pereira Ribeiro</i> <i>Lucas Mantovani Chiquetti</i> <i>Julia Lonardon Ramos</i>	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: DIREITOS E GARANTIAS.....	402
<i>Fernanda de Carvalho Dantas</i> <i>Claudia de Carvalho Dantas</i>	
OS DIREITOS HUMANOS E O FEMINISMO NEGRO.....	420
<i>Flávia Helena Santos da Silva</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SEUS ASPECTOS NEGATIVOS.....	438
<i>Camila Santos Cury</i>	
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: UMA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO.....	455
<i>Christiane Costa Assis</i> <i>Luísa Florêncio Nunes Batista</i>	
TRABALHO ESCRAVO E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ADPF Nº 489.....	469
<i>William Timóteo</i> <i>Renata Mendonça Morais Barbosa</i>	
DESIGUALDADE DE GÊNERO E MUNDO DO TRABALHO: BREVE ENSAIO DESENVOLVIDO A PARTIR DE ARGUMENTOS FEITOS POR MULHERES.....	490
<i>Maria Carolina Cavalcante de Oliveira</i>	

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
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

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

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-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 2020, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus 2020)**, que ocorreu entre os dias 22 a 24 de abril de 2020 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 500 artigos e resumos expandidos de 48 universidades e 26 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 12 livros do evento: Dimensões dos direitos humanos e fundamentais (Vols. 1, 2 e 3), Direito Público em perspectiva, Direito privado: teoria e prática, Conflitos e formas de solução, Crimes e sociedade em debate, Atualidades do trabalho e da seguridade social, Diálogos sobre tecnologia e direito, Justiça e sociedade, Direito: passado, presente e futuro (Vols. 1 e 2).

Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 18 trabalhos foram realocados noutra GT, conforme previsto em edital. Vale também mencionar que o GT que teve mais trabalhos (Direitos humanos e fundamentais) obteve a aprovação para a publicação de 3 livros e o segundo com mais trabalhos (Temas contemporâneos) obteve a aprovação para a publicação de 2 livros.

Os coordenadores de GTs indicaram artigos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2020. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Daniel Giotti e Paula (PFN), Klever Filpo (UCP/UFRRJ) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Sara Santos Moraes e Ícaro Argolo Ferreira sob o título “Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2019)”.

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 Direito (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

DIMENSÃO PRESTACIONAL E EFETIVA DO DIREITO À SAÚDE DE PESSOAS SOROPOSITIVAS VERSUS AUMENTO DE CASOS DE AIDS EM ALAGOAS: O MONITORAMENTO CLÍNICO DOS ÚLTIMO DEZ ANOS (2009-2018)

Cecilio Argolo Junior

1 INTRODUÇÃO

O monitoramento clínico da saúde coletiva no Brasil não é algo recente da história contemporânea. Inquietações públicas envolvendo esse objeto estiveram presentes em todas as épocas de construção e desenvolvimento do país. Inobstante, no passado, a preocupação dos governantes não estava relacionada apenas à preservação da vida, tampouco ao respeito à dignidade da pessoa humana, ou, ainda, ao risco iminente de morte, mas à segurança de prevenir possíveis endemias que, conseqüentemente, pudessem afetar a máquina estatal e com isso onerar as finanças públicas em detrimento dos altos custos a serem arcados no tratamento dos enfermos. Em outras palavras, a preocupação do Estado com a saúde coletiva era basicamente pecuniária.

Nesse sentido, como forma de evitar despesas ao erário, surge o interesse de o Estado proteger-se evitando a entrada e proliferação de doenças em seu território, bem como salvaguardar a Família Real

que já tinha fixado residência no Brasil-Império. Estabelecia-se, assim, o equilíbrio com os aspectos econômicos, ambientais e sociais, pois as enfermidades infecciosas e parasitárias ocasionadas naturalmente pelas péssimas condições de saúde à época causavam impactos negativos ao Estado e atingiam a população, enfraquecendo o seu sistema imunológico, causando-lhe inúmeras infecções. Algumas doenças já estavam em estado epidêmico, como a varíola e o sarampo, por exemplo, invadindo todo o território, atingindo, inclusive, aldeias indígenas e senzalas.

A redemocratização do Brasil, a partir da Promulgação da Constituição da República (1988), permitiu aos movimentos sociais, à sociedade civil organizada e ao poder público constituído construir juntos uma nova história político-ideológica voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana, eixo de sustentação dos direitos fundamentais.

Esse pragmatismo, desenhado a partir das garantias fundamentais trazidas à baila pelo texto constitucional, formatou um modelo de sistema público de saúde coletiva, igualitário, universal e integral que, em tese, não deveria ter barreiras impeditivas para o seu acesso, pois foi constituído sob a égide para o amplo atendimento das necessidades médicas da população, em qualquer nível de cuidado e atenção, devendo possuir infraestrutura necessária e de pronto atendimento ao cidadão-usuário. Em virtude dessa positivação dos direitos sociais, trazido à população pela Carta de 1988, a saúde passou a ter reconhecimento ao proteger as condições básicas e necessárias à sua manutenção, condição de preservação da própria vida.

Entretanto, mesmo com a criação da lei n. 8.080/90 que regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo regras de funcionamento, princípios e diretrizes, os serviços desempenhados pelo órgão vêm constantemente dando provas de saturação ante o acúmulo de inúmeros problemas denunciados. Talvez, reflexos da ineficiência dos serviços prestados e de suas ingerências administrativas reiteradas. Modelo de gestão que precisa ser revisto com máxima urgência. Por conseguinte, essas questões se repercutem de modo agressivo e perverso na qualidade de vida dos usuários que necessitam de seus serviços para manterem-se vivos.

Essa realidade desenfreada, com problemas crônicos amealhados no decorrer dos tempos, acrescida da precariedade dos serviços oferecidos pelo SUS à sociedade, vêm refletindo numa das maiores epidemias que o Brasil já teve de enfrentar nas últimas três décadas: à aids. Infecção Sexualmente Transmissível (IST) causada pelo vírus HIV, através de contágio sexual e de outras formas, tem se intensificado, diariamente o número de casos de infecção em todas as unidades federativas do País.

Em Alagoas, vem aumentando o número de casos de aids chamando a atenção do Ministério da Saúde e da vigilância epidemiológica do estado face ao aumento de infecções oportunistas diagnosticadas e do número de óbitos ligados à infecção. Por essas razões, o monitoramento clínico e a avaliação da adesão à terapia antirretroviral (TARV) são meios eficazes para o planejamento e execução de ações mais efetivas no campo da saúde pública.

Anualmente, o Departamento de Vigilância e Controle das Infecções Sexualmente Transmissíveis do HIV/aids e das Hepatites Virais (DIAHV) divulga em boletins, nacionais, dados epidemiológicos e clínicos do Brasil e de seus estados como forma de otimizar o monitoramento clínico e mostrar os indicadores da aids, nacionalmente, além de outras importantes informações, dentre essas, número de adesão ao tratamento e protocolos de cuidados acerca da epidemia (BRASIL, RELATÓRIO DE MONITORAMENTO CLÍNICO DO HIV, 2019; BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO HIV/aids, 2019).

Por fim, este estudo tem o objetivo apresentar o monitoramento clínico do tratamento antirretroviral para HIV/aids em Alagoas no período de 2009 a 2018.

2 METODOLOGIA

O conhecimento científico nasce de uma relação intrínseca entre a teoria e a realidade a ser pesquisada. Nessa díade combinatória, o método assume uma função pontuada de tornar plausível à abordagem da realidade a partir da investigação a ser feita (MINAYO, 2014).

Diante desse contexto, o delineamento metodológico utilizado implicou necessariamente no desenvolvimento de uma série de passos

seguidos para orientar a busca de informações necessárias da realidade pesquisada.

Esta pesquisa é fruto de um estudo qualitativo, descritivo e exploratório construído a partir de informações documentais colhidas do Relatório de Monitoramento Clínico do HIV (2019) e do Boletim Epidemiológico de HIV/aids (2019).

Quanto ao procedimento de análise dos dados capturados esse fez parte de um estudo dedutivo por tentar compreender o universo de informações tiradas em cada banco de dados apresentado, baseando-se suas diretrizes nos mesmos pressupostos da pesquisa qualitativa (ALVES; SILVA, 1992).

Para tanto, utilizou-se três fases: “pré-análise”, “exploração de material”, e “tratamento dos resultados, inferência e interpretação” para apresentação dos resultados (BARDIN, 2011; MINAYO, 2014).

Por fim, os dados colhidos nos documentos funcionaram como uma espécie de guia temático, mais curto, servindo como roteiro para o encontro das informações adquiradas, interpretadas e apresentadas neste estudo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Há quatro décadas o Brasil vem buscando controlar uma das maiores e piores epidemias já vistas desde a sua descoberta. De 1980, registro do primeiro caso, a junho de 2019, foram identificados 966.058 casos de aids. Há 5 anos vem sendo registrados, em média, 39 mil novos casos de aids/ano. A distribuição proporcional dos casos, identificados nesse período, mostra que o Nordeste ocupa a terceira posição com 16,1% dos números totais de casos. De 2000 a junho de 2019 registrou-se um total de 756.586 casos de aids. O que chama mais a atenção nesse número é que apenas 534.114 casos foram notificados no Sistema Nacional de Atendimento Médico do Ministério da Saúde (SINAM/MS). Motivo esse de preocupação da saúde pública uma vez que 222.472 pessoas tiveram o diagnóstico tardio para a infecção (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DE HIV/aids, 2019).

Inobstante a taxa de detecção de aids vir caindo no Brasil, nos últimos anos, atualmente, 17,8 casos para 100 mil habitantes, mas, a

interiorização da epidemia atrelada às negligências preventivas vêm apontando a região Nordeste com uma tendência de crescimento da epidemia, atualmente, 15,8 por 100 mil habitantes (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DE HIV/aids, 2019).

Quando a taxa de detecção da aids é em razão de sexos, ainda, há uma maior prevalência de casos em homens no Nordeste. Em 2018 foram registrados 23 casos em homens para cada 100 mil habitantes para cada 10 casos em mulheres. Entre os anos de 2007 e 2011 houve um aumento de 24,8 para 28,3 casos para cada 100 mil habitantes. Em 2018, houve uma queda na incidência, de 25,2 casos de aids para cada 100 mil habitantes em homens para 17 casos em mulheres (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DE HIV/aids, 2019). Entretanto, não se pode afirmar que essa diminuição se dê pela conscientização da sociedade pelos inúmeros problemas causados pela aids. Ainda há necessidade de políticas públicas que favoreçam a educação para o enfrentamento da epidemia em território brasileiro, principalmente, nos interiores e seus entornos.

Para Bones, Costa e Cazella (2018, p. 2),

O processo de educação permanente possibilita atualizar os conteúdos e modificar reflexivamente a prática profissional, em uma leitura ampliada de produção de cuidado, com acolhimento e responsabilização. A meta 90-90-90 contempla, além dos números, uma abordagem baseada nos direitos humanos. Na contextualização dos fatos, com seus múltiplos determinantes, a equipe de saúde pode ampliar a competência de planejar a atuação no seu território por meio da percepção e da reflexão sobre a real necessidade dos seus usuários.

A mortalidade por infecções ligadas a aids ainda é preocupante no Brasil. Desde o início da epidemia a 31 de dezembro de 2019 foram notificados 338.905 óbitos diretamente ligados a aids, com CID-10 igual a B20-B24. Recorte-se, a região Nordeste ocupa a terceira posição com 13,6% desse óbitos. Em 2019 foram registrados em todo o país 10.980 óbitos relacionados a algumas infecções oportunistas ligadas a infecção, sendo 22% desses casos registrados na

região Nordeste (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DE HIV/aids, 2019).

Segundo o Ministério da Saúde (2019), aproximadamente, no Brasil, existem 135 mil pessoas vivendo com o vírus HIV sem conhecerem o diagnóstico. Juntem-se a esse grupo 230 mil pessoas que conhecem o diagnóstico para o HIV, mas negligenciam o tratamento. Estando essa população no risco iminente de adoecerem por infecções oportunistas diretamente ligadas a infecção. Apenas 540 mil pessoas seguem corretamente a TARV (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Não existem palavras para mensurarem a necessidade e urgência de criação de campanhas que visem a divulgação e a mobilização das “[...] comunidades mais vulneráveis, [...] priorizando ressaltar os benefícios do tratamento do HIV – tanto terapêuticos quanto secundários – e incluindo a prevenção de transmissão a terceiros. Sempre que possível, deve-se esclarecer sobre possíveis equívocos sobre testes HIV e as opções pertinentes para o cuidado dos indivíduos com infecção pelo HIV” (BONES; COSTA; CAZELLA, 2018, p. 7).

Em Alagoas o monitoramento clínico da infecção vem sendo uma tarefa árdua para a Secretaria de Saúde do Estado em virtude de ainda existirem pessoas que se negam ou “desconhecem”, talvez, a testagem sorológica para o HIV dificultando assim o cumprimento da estratégia central do Ministério da Saúde, 90-90-90, em diminuir a transmissão da cadeia circulante do vírus HIV na população.

Apesar de o estado ser relativamente pequeno com uma área territorial de 27.848.000 km² e 3.322.820 habitantes (2018), mas o número de casos de HIV/aids vem aumentando em seus 102 municípios. Alagoas ocupa o terceiro lugar em casos de HIV e aids no Nordeste, contabilizando de 1986, primeira notificação realizada, a 31 de dezembro de 2019, 8.168 casos de HIV notificados no SINAM; e 7.338 casos de aids. Somente em 2019 foram registrados 268 novos casos de HIV e 554 novos casos de aids, sendo 31,5 por 100 mil habitantes. O número de óbitos por causa básica de aids no estado, de 1986 a 31 de dezembro de 2018, foi de 2.161 (BRASIL, BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO DE HIV/aids, 2019).

Essa interiorização, heterossexualização, feminização, pauperização, jovialização da epidemia de aids em Alagoas se tornou motivo

de preocupação para a Vigilância Epidemiológica do Ministério da Saúde. As mudanças geográficas e socioeconômicas se tornaram um dos maiores desafios enfrentados pela Secretaria Estadual de Saúde no tocante ao processo de prevenção, diagnóstico precoce e tratamento dessa IST.

Para Garbin *et al.* (2019), a atenção primária, através do atendimento individual e coletivo do Programa de Estratégia Saúde da Família (ESF), se tornou importante aliado na redução dos coeficientes e vulnerabilidades ao HIV/aids, os agentes comunitários passaram a desempenhar a integralidade da assistência à saúde favorecendo um contato mais direto e efetivo com o usuário do sistema de saúde local.

O Ministério da Saúde, através do Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis (DCCI), vem divulgando periodicamente o Relatório de Monitoramento Clínico do HIV. Nele, são apresentados indicadores sobre o diagnóstico, o tratamento e a supressão viral, além de informações sobre a profilaxia pós-exposição (PEP) do HIV, tanto em referência ao Brasil como um todo quanto às Unidades da Federação. Em Alagoas, os indicadores e dados básicos do monitoramento do HIV (2019) vêm mostrando a verdadeira realidade da epidemia no estado.

Por fim, serão apresentados, a seguir, os indicadores e dados básicos de monitoramento de HIV, em Alagoas, no período de 2009 a 31 de dezembro de 2018, cujos números mostram importantes variáveis para entender qualitativamente o fenômeno, ora estudado, e consequentemente avaliar e entender o aumento do número de adoecimento por aids.

Quadro 1: Diagnóstico tardio – Número de indivíduos de 18 anos ou mais com primeiro CD4 realizado com resultado abaixo de 200 céls/mL, por ano (e que não estavam em TARV) e município de residencia.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	44,20	42,50	38,20	35,30	38,90	41,50	33,60	32,60	30,80	30,20
Mulheres	25,90	28,40	33,50	31,40	25,10	21,90	22,40	26,00	22,30	25,20
Total	70,01	70,90	71,70	66,70	64,00	63,40	56,00	58,60	53,10	55,40

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (*) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CD4 naquele ano.

Quadro 2: Diagnóstico tardio - Numerador: Número de indivíduos de 18 anos ou mais com primeiro CD4 realizado com resultado abaixo de 200 céls/mL, por ano (e que não estavam em TARV) e município de residencia.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	73	90	91	89	117	148	130	137	179	181
Mulheres	36	38	56	49	51	44	48	59	65	77
Total	109	128	147	138	168	192	370	196	244	258

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (*) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CD4 naquele ano.

Quadro 3: Diagnóstico tardio - Denominador: Número total de indivíduos de 18 anos ou mais de indivíduos que realizaram o primeiro CD4, por ano (e que não estavam em TARV) e município de residencia.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	165	212	238	252	301	357	387	420	581	599
Mulheres	139	134	167	156	203	201	214	227	292	305
Total	304	346	405	408	504	558	601	647	873	904

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (*) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CD4 naquele ano.

Quadro 4: Tempo mediano, em dias, entre o primeiro CD4 solicitado e o início da TARV, em indivíduos de 18 anos e mais, por ano da dispensa.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	77	98	70	78	86	98	54	41	41	47
Mulheres	266	248	59	106	94	98	57	52	43	42
Total	343	346	129	184	180	196	111	93	84	89

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (****) Não houve nenhum indivíduo iniciando TARV no ano e que tinha um exame de CD4 registrado previamente.

Quadro 5: Número de PVHIV vinculadas - número de indivíduos que, no ano, tiveram pelo menos uma dispensa ou um exame de CD4 ou um exame de Carga Viral.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	1.456	1.611	1.808	2.009	2.280	2.614	2.987	3.439	4.044	4.536
Mulheres	1.020	1.098	1.249	1.385	1.578	1.790	1.950	2.206	2.480	2.721
Total	2.476	2.709	3.057	3.394	4.070	4.404	4.937	5.645	6.524	7.257

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018.

Quadro 6: Número de PVHIV em TARV - número de indivíduos que tiveram pelo menos uma dispensa nos últimos 100 dias do ano, por ano de dispensa.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	997	1.140	1.280	1.397	1.657	2.011	2.269	2.611	3.294	3.678
Mulheres	628	711	832	913	1.075	1.267	1.406	1.602	1.922	2.074
Total	1.625	1.851	2.193	2.310	2.732	3.086	3.675	4.213	5.216	5.752

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) Não inclui dispensas em unidades não cadastradas no Siclom Operacional.

Quadro 7: Número de PVHIV que iniciaram TARV: Número de indivíduos que tiveram a primeira dispensa no ano, por ano de dispensa.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	201	230	239	237	369	498	479	579	684	661
Mulheres	157	164	171	170	250	299	279	327	346	333
Total	358	394	410	407	619					

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018.

Quadro 8: Proporção de indivíduos que iniciaram TARV com CD4 acima de 500 céls/mL, dentre aqueles que iniciaram TARV no ano e que tinham pelo menos um exame de CD4 registrado antes da dispensa.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	2,50	1,20	2,50	3,80	6,90	30,00	34,80	30,70	29,70	36,00
Mulheres	13,00	11,60	12,60	7,60	15,00	37,40	39,10	35,90	33,60	34,00
Total	15,50	12,80	15,10	11,40	21,90	67,40	73,90	66,60	63,30	70,00

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (****) Não houve nenhum indivíduo iniciando TARV no ano e que tinha um exame de CD4 registrado previamente.

Quadro 9: Início oportuno da TARV - indivíduos que iniciaram TARV no ano, e que tinham exame de CD4 registrado antes da dispensa com valor igual ou superior a 500 céls/mL

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	3	2	4	6	16	107	108	111	146	182
Mulheres	13	14	14	9	24	73	63	71	88	85
Total	16	16	18	15	40	180	171	182	234	267

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (****) Não houve nenhum indivíduo iniciando TARV no ano e que tinha um exame de CD4 registrado.

Quadro 10: Início oportuno da TARV - todos os indivíduos que iniciaram TARV no ano, e que tinham pelo menos um exame de CD4 registrado antes da dispensa.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	118	165	157	157	231	357	310	362	492	506
Mulheres	100	121	111	118	160	195	161	198	262	250
Total	218	286	268	275	391	552	471	560	754	756

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (****) Não houve nenhum indivíduo iniciando TARV no ano e que tinha um exame de CD4 registrado.

Quadro 11: Percentual de indivíduos em TARV (dispensa nos últimos 100 dias), que realizaram exame de carga viral e obtiveram resultado inferior a 50 cópias/mL, por ano e município de residência.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	75,70	74,60	74,50	74,40	67,70	71,80	79,90	80,70	82,60	83,90
Mulheres	75	71	70	70	68	73	78	78	81	83
Total	150,70	145,60	144,50	144,40	135,70	144,80	157,90	158,70	163,60	166,90

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (**) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CV naquele ano.

Quadro 12: Supressão Viral - número de indivíduos em TARV no ano (dispensa nos últimos 100 dias), que realizaram um exame de carga viral cujo resultado foi inferior a 50 cópias/mL, por ano e município de residencia.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	499	571	628	697	726	907	1.143	1.345	1.675	1.933
Mulheres	323	350	425	466	531	639	798	882	1.109	1.239
Total	822	921	1.053	1.163	1.257	1.546	1.941	2.227	2.784	3.172

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (**) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CV naquele ano.

Quadro 13: Supressão Viral - número total de indivíduos em TARV no ano (dispensa nos últimos 100 dias), que realizaram um exame de carga viral, por ano e município de residencia.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Homens	659	765	843	937	1.073	1.263	1.430	1.666	2.029	2.303
Mulheres	431	492	604	667	779	881	1.026	1.131	1.370	1.499
Total	1.090	1.257	1.447	1.604	1.852	2.311	2.456	2.797	3.399	3.802

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) O total inclui também indivíduos com sexo ignorado; (**) Não houve nenhum indivíduo em TARV que realizou exame de CV naquele ano.

Quadro 14: Adesão e abandono de TARV: Proporção de indivíduos por status ao final de cada ano.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adesão Suficiente	71,40	71,30	71,00	69,20	71,00	69,50	68,20	68,10	64,80	73,10
Adesão Insuficiente	18,50	19,20	18,80	19,70	17,40	19,20	18,20	17,60	26,00	16,00
Abandono	10,10	9,50	10,20	11,10	11,60	11,30	13,60	14,40	9,30	11,00

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) Os óbitos estão incluídos no denominador, e não estão representados na tabela (***) Não houve nenhum indivíduo com pelo menos uma dispensa no ano.

Quadro 15: Adesão e abandono de TARV: Número de indivíduos por status ao final de cada ano.

POPULAÇÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adesão Suficiente	1.290	1.459	1.667	1.798	2.193	2.569	2.899	3.349	3.723	4.720
Adesão Insuficiente	334	392	442	512	538	709	774	864	1.494	1.033
Abandono	183	195	239	287	359	418	580	707	532	708
Total	1.807	2.046	2.348	2.597	3.090	3.696	4.253	4.920	5.749	6.461

FONTE: MS/SVS/DCCI - Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis. NOTAS: (1) Dados até 31/12/2018; (2) Os óbitos estão incluídos no denominador, e não estão representados na tabela (***) Não houve nenhum indivíduo com pelo menos uma dispensa no ano.

A saúde é medula espinhal de um sistema-guia de direitos subjetivos. Por ser base de sustentação de outras garantias constitucionais, representa um “direito de todos, dever do Estado”. Em outras palavras, esse instituto é um direito público subjetivo, com prerrogativas jurídicas indisponíveis e intransferíveis. Por essas razões, o Estado obriga-se a assegurar à coletividade condições mínimas e necessárias para garantir o mais completo bem-estar físico, mental, emocional e social da população, proporcionando-lhe, assim, uma vida plena, com qualidade, segurança e sem privações que atrapalhem o desenvolvimento biopsicoemocional e social.

Esse estado constitucional que alberga uma série de direitos fundamentais tem como núcleo central a dignidade da pessoa humana. Nessa esfera centralizadora de garantias, incluem-se 3 (três) elementos importantes que alicerçam todas as prerrogativas traçadas pela Constituição da República (1988): a autonomia da vontade onde o direito de cada um elege seus projetos existenciais; a igualdade entre os seres, direito existencial de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; e, o mínimo existencial, condições elementares que permitem em uma determinada sociedade o acesso aos valores subjetivos a que cada um tem o direito. Por essas razões, cabe aos Poderes legalmente constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, o dever de realizar os direitos fundamentais, cada um em sua proporção de responsabilidades.

Nesse reconhecimento constitucionalmente positivado do direito à saúde, deve-se ter uma interpretação voltada, exclusivamente, à pro-

moção, proteção e recuperação do indivíduo, em sua totalidade, a partir do acesso universal e igualitário, sem barreiras impeditivas, a ações e serviços voltados para a qualidade de vida dessa população. Inobstante todas as garantias trazidas à baila pela Carta de 1988, o sistema de saúde pública no Brasil há bastante tempo vem enfrentando uma crise sem precedentes que se intensifica e se renova em cada nova epidemia que surge em seu território, seja na superlotação dos hospitais, na falta de médicos especializados, na interrupção de tratamentos por carência de insumos farmacêuticos, ou no descumprimento dos preceitos constitucionais. Essa situação é vivenciada corriqueiramente por todas as unidades federativas do país.

Esse aumento exponencial do número de pessoas infectadas pelo vírus HIV em Alagoas nos últimos anos revela a premente necessidade de adoção de novas políticas públicas que possibilitem o diagnóstico precoce, o controle de transmissão e o tratamento da enfermidade. Por essas razões, a judicialização da saúde vem se tornando o caminho mais célere para à efetivação dos direitos fundamentais negados pelo poder público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ex positis, os indicadores abordados mostram a necessidade de outros investimentos através da criação de políticas públicas voltadas a ações que visem o acesso da população a um tratamento clínico e preventivo sem barreiras geográficas e igualitário. Mas, para isso é preciso rever o modus de aplicação dos recursos destinados a prevenção e controle da aids em Alagoas. Para assim, possivelmente tentar reduzir o número de infecções por HIV e de adoecimentos por aids principalmente nos interiores longes e de difícil acesso.

Atrelar a isso, o investimento em políticas educativas voltadas aos jovens, preferencialmente, de classe econômica baixa, mostrando à essa população a necessidade de prevenção como meio de evitar infecções oportunistas, sequelas irreversíveis e a morte. Faz-se necessário insistir no uso de preservativos nas relações sexuais com desconhecidos, bem como criar políticas educativas femininas voltadas exclusivamente à utilização do preservativo próprio.

Por fim, criar centros especializados de atendimento a pessoas com HIV/aids em todo o Estado de modo a atender satisfatoriamente os seus 102 municípios, sem a necessidade de sobrecarregar os municípios mais populosos e a capital do Estado, Maceió.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Z.M.M.B.; SILVA, M.H.G.F. Análise qualitativa de dados de entrevista: uma proposta. **Paidéia**, Ribeirão Preto, FFCLRP, USP, n. 2, p. 61-69, fev./jul., 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/n2/07.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- BONES, A.A.N.S.; COSTA, M.R.; CAZELLA, S.C. A educação para o enfrentamento da epidemia do HIV. *Interface, comunicação, saúde e educação*. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/icse/2018.nahead/10.1590/1807-57622017.0066/pt>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. 135 mil brasileiros vivem com HIV e não sabem. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46095-135-mil-brasileiros-vivem-com-hiv-e-nao-sabem>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. **Boletim Epidemiológico de HIV/aids**: Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2019. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2019/relatorio-de-monitoramento-clinico-do-hiv-2019>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- BRASIL. **Indicadores e dados básicos do monitoramento clínico do HIV**. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://indicadoresclinicos.aids.gov.br/>. Acesso em: 4 jan. 2020.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, (IBGE, 2019). **Alagoas**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/al.html>>. Acesso em: 5 jan. 2020.
- BRASIL. **Relatório de Monitoramento Clínico do HIV**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/pub/2019/relatorio-de-monitoramento-clinico-do-hiv-2019>. Acesso em: 4 jan. 2020.

BRASIL. Síntese de Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2020.

GARBIN, C.A.S.; SANDRE, A.S.; ROVIDA, T.A.S.; PACHECO, K.T.S.; PACHECO FILHO, A.C. O cuidado para pessoas com HIV/aids sob a ótica de agentes comunitários de saúde. Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, e0018508, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tes/v17n1/0102-6909-tes-17-1-e0018508.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2020

MINAYO M.C.S. **O desafio do conhecimento**: pesquisa qualitativa em saúde. 14 ed. São Paulo: HUCITEC, 2014.

DEMOCRACIA E A LIBERDADE A PARTIR DA REALIDADE BRASILEIRA: REFLEXÃO CRÍTICA

Marcelo Henrique Guedes Chaves

Hoje, a democracia é instrumentalizada na Constituição Federal pelo princípio democrático inscrito no parágrafo único do art. 1º “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou escolhidos diretamente, nos termos desta Constituição” (**BERTO-LAIA, 2016**).

Para tanto, o *Estado Democrático de Direito* instaurado na Democracia Brasileira com a Constituição Federal de 1988 (CF/88) se substancia em *Estado de Direito e de Justiça Social* e, por conseguinte, as diretrizes constitucionais permitem aos cidadãos o exercício do *direito humano fundamental de participação política*, através dos mecanismos da democracia representativa e participativa, para que cada cidadão possa atuar, de forma permanente, em fiscalizar e exigir que a atuação dos Poderes Públicos esteja em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Por outro lado, tendo em vista que se torna impossível a existência de uma sociedade democrática sem a participação do povo, este tem o dever de participar, devendo ser prevista na Constituição essa função do povo, com a responsabilidade correspondente (DALLARI, 2010b), com o fim de garantir a vigência e a eficácia dos direitos humanos, acessível a todos os cidadãos, em todos os setores do Estado Democrático de Direito Brasileiro, já que este foi

fundado, como *Estado Democrático de Direito*, para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias **(DALLARI, 2010)** e, também, com a busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações **(DALLARI, 2016)**.

Neste regime político de governo do povo para o povo, ao longo das épocas, tem-se demonstrado certo indício de problematidade. Anteriormente, a discussão pautava-se sobre a definição de ser ou não ser a democracia a melhor ou pior forma de regime, já que dúvidas pairavam acerca das capacidades dos cidadãos de se autogovernarem quando do exercício direto do poder **(BRILHANTE; PASE, 2015)**. No entanto, o dilema volta-se, dado a impossibilidade ou inviabilidade de uma democracia direta, consoante o caso brasileiro, para o conceito de democracia, fundamentada na noção de representatividade, aliado à “obediência a um ritual político em que o voto é visto como o ponto onde se esgota sua participação política” **(BAQUERO, 2002)**, porque não sua participação no poder. Isso porque “apesar de ganhos advindos com o restabelecimento da democracia, por exemplo, no Brasil – reconhecimento de uma série de direitos sociais, políticos e civis fundamentais –, isso não significa que a adoção deste regime tenha gerado, por sua natureza, uma sociedade justa e igualitária” **(SILVA, 2010)**.

É notório que o país precisa urgentemente estabelecer a ordem democrática ou seja, se faz necessário uma mudança intelectual e cultural para sairmos dessa inércia cultuada num sistema autoritário e perverso, onde a sociedade é trancafiada em uma cela, com o intuito de afastar a nossa visão crítica do mundo no qual estamos inseridos.

Quando ligada diretamente ao comportamento político do cidadão, a esfera cultural constitui um instrumento relevante de análise da realidade política. Nesse sentido, o objetivo desse enfoque passa a ser a caracterização dos valores distribuídos por uma população e as maneiras como esse conjunto de orientações subjetivas afeta a ação política desse cidadão e o funcionamento de todo o sistema político.

Descarta-se a intenção de classificar culturas em relação a um tipo ideal **(RENNÓ, 1998)**.

Em relação aos pressupostos da democracia, na brasileira impera a teoria elitista (governo de poucos, governo por uma minoria democrática, elitismo de dirigentes), em que compete às elites a tarefa de promover o bem comum. Nessa forma elitizada, o cidadão, para exercer a cidadania ou os direitos políticos, necessita estar preparado para o exercício da democracia, possuir certo nível de cultura, de amadurecimento social, de desenvolvimento econômico, e ser educado para esse fim, visando ao voto de qualidade e restrito. Essas exigências do elitismo são antidemocráticas e assentam na premissa de desconfiança de que o povo é incompetente para governar **(BERTOLAIA, 2016)**.

Estas questões acumuladas apontam para a ideia de que a democracia não é apenas uma forma do universo das relações políticas e de suas instituições, pois é mais do que isso. A democracia, entendida a sério, realiza justiça, aprimora a forma de distribuição de recursos e oportunidades, franqueia espaços múltiplos de participação, torna transparentes as formas pelas quais os cidadãos são informados do que é relevante, abrindo campo para um processo de clareamento da vida pública e de realização comum dos cidadãos em ajustes recíprocos e institucionais, fazendo vicejar o convívio justo e solidário, o que se reverte em maior capacidade de promoção de equilíbrio socioeconômico, fruto do próprio combate às formas de exploração, abuso e concentração econômica **(MENEGUELLO, 2013)**.

É nesta exata medida que começa a florescer, no debate contemporâneo em torno do termo, a perspectiva segundo a qual a radicalização da democracia hoje significa mais do que a reforma do regime de governo, e sim a construção de uma democracia desinstitucionalizada, uma democracia do convívio e do cotidiano, uma democracia consolidada na base da negociação racional, do entendimento dialógico e colaborativo, bem como da construção de valores que tornem possível o lugar do que é comum. Isso passa pela necessidade de atores sociais se empoderarem do que é comum/coletivo enquanto comunidade e fazerem da democracia com as instituições políticas democráticas, mas não somente por meio delas; isto significa o desenvolvimento de elos sociais capazes de se construir por práticas

democráticas, onde valores sociais do convívio são afirmados e reafirmados independentemente de normativas ou exigências de Estado (BITTAR, 2017).

É de se considerar que as vertentes desses autores propõem uma democracia explicável no manto da racionalidade e na participação real do cidadão como uma estrutura que venha a preservar a importância social de combater a coerção que visa especialmente uma dominação. A verdade é que para assegurar a construção democrática e a desconfiância, esses atores sociais deverão combater as arbitrariedades constantes dessa atmosférica do circo da política e das migalhas do pão e água dos governantes que utilizam dessa tática para controlar e conter a liberdade da sociedade que clama por justiça, respeito e igualdade.

Nesse sentido, **Sobottka; Saaverdra (2012)** aponta que “o antídoto para a desconfiância é a geração de confiança, o que não se faz sem reforma política, mudanças institucionais e reconstrução de culturas e práticas. A coerência das instituições, a eficiência no atendimento aos direitos, o respeito aos cidadãos, a probidade no uso dos recursos públicos e o regramento procedimental igualitário e impessoal são ingredientes decisivos para os contornos do significado político do termo confiança”.

As reflexões de Sobottka, Saaverdra e Bittar estabelecem valores e princípios fundamentais para quem deseja uma sociedade democrática de fato e de direito, ou seja, representar o respeito e a integridade social, além do diálogo existencial tutelado entre as instituições garantindo assim, a O Estado Democrático de Direito incidindo de forma significativa para a construção de um país com um desenvolvimento socioeconômico favorável através de políticas que venham a legitimar a igualdade social, com elevados indicadores para sanar os problemas relacionados com a qualidade de vida, déficit na saúde e na educação, além dos quadros de miséria, fome e de desemprego tão constante na sociedade brasileira.

Nesse contexto, é possível observar que a superação da inércia popular diante dos desvarios, dos desrumos da política, ou ainda, dos desmandos e desvios, é um dos mais importantes insumos da política recente no Brasil, de modo que se passou a conviver com protestos num ritmo nunca visto na história recente do país. Continuadas ondas

de protestos, revoltas de massa, greves e manifestações populares têm sacudido, a cada pouco, cidades inteiras, e, por vezes, o país como um todo (**BITTAR, 2017**).

Acredito que é um grande passo social, no entanto, vejo que para combater os desmandos e os desvarios é necessário que a população entenda de fato sobre sua posição nesse contexto e que busquem a ter a consciência em suas escolhas políticas, como também a confiança na reconstrução da cidadania no manto da democracia, criando assim, um vínculo de renovação cultural, deixando de lado, as práticas corriqueiras de ser vender por qualquer coisa. Enquanto, não houver essa mudança, a sociedade continuará nesse coliseu do circo e do pão, numa desconfiança conflituosa, tendo sua vida exposta as mazelas sociais.

Para **Moisés; Carneiro (2008)** a desconfiança é um sentimento político normal, mas ao alcançar níveis patológicos, vem associada à noção de desrespeito cívico, pois tem a ver – em seus traços profundos – com o não-atendimento de direitos, com a surdez às demandas sociais, com a corrupção, com o mau uso do dinheiro público, com o desvio do interesse público e, por isso, leva ao desfiladeiro da desesperança, da desilusão, do descrédito das leis, da desobediência rebelde às instituições, à perda de significado do direito e, portanto, no fim das contas, ao descarrilhamento da vida comum.

Neste contexto, a relação entre governantes e governados, neste sentido, está indicada pela forma com a qual o governo e os negócios públicos são gestados e administrados em torno do interesse do povo, com base na soberania popular, para além da mera dinâmica que costuma acobertar a ideia tradicional de dominantes e dominados, rompendo com a possibilidade do horizonte da dominação, para instalar as condições da igualdade democrática, participativa e centrada na legalidade (**BOAS FILHO, 2013**).

Bittar (2017) aponta de forma clara que: “para garantir a qualidade da democracia é de fundamental importância a reforma das instituições para que o processo democrático seja ampliado ao máximo, dificultando-se que o caráter fisiocrático do poder domine as etapas de construção de decisões políticas de bastidores. Ademais, é vital para a democracia a alternância no poder; não há democracia verdadeira onde a sucessão infinita impede o revezamento no poder. Por isso, a lógica

da reeleição deveria estar regulamentada de forma mais rigorosa, na medida em que a falta desta válvula clara impede que o sistema político brasileiro possa funcionar com fluidez, sem ser interrompido por processos traumáticos”.

Por isso, para garantir a qualidade da democracia é de fundamental importância a reforma das instituições para que o processo democrático seja ampliado ao máximo, dificultando-se que o caráter fisiocrático do poder domine as etapas de construção de decisões políticas de bastidores (BITTAR, 2017).

Convém destacar que não é possível a democracia sem a politização. Faz-se imperioso politizar o despolitizado (isto é, tudo aquilo que não se importa com o coletivo) em busca de emancipação. Para tanto, deve-se “politizar sem cair no totalitarismo; respeitar a condição individual sem alimentar a falta de solidariedade e egoísmo. Politizar para reconstruir a democracia com as novas realidades do século XXI” (MONEDERO, 2012).

Desta forma, imputa-se ao Estado a tarefa de mobilização e esforços na promoção e reintegração entre indivíduo, sociedade civil e as instituições, com vistas a consolidação da real democracia, que traga no seu bojo, a efetivação dos direitos humanos, e conseqüentemente, da cidadania sem exclusão (BAQUERO; PRÁ, 2003).

*Se considerarmos que esse paradigma de democracia é um processo de afirmação do poder ascendente. **Que é um poder que nasce de baixo para cima, e não de cima para baixo.** Logo, poder umbilicalmente comprometido com os interesses da maioria do povo (situada na base da pirâmide social), e não daquelas pessoas já situadas no topo da hierarquia estatal, ou econômica. Noutra dizer, próprio da democracia é o constante empenho para tirar o povo da plateia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. De passivo espectador para autor do seu próprio destino (BRITTO, 2010).*

Com base nessa perspectiva do ser humano e da evolução histórica, a democracia é definida como o sistema que permite a satisfação das aspirações humanas mais profundas e fundamentais, uma vez que ao efetivar politicamente a igualdade entre os homens, realiza simultaneamente a possibilidade da conquista mútua e universal do reconhecimento. A satisfação do desejo por reconhecimento é justamente o que reinsere a democracia no desenvolvimento político. Desenvolver-

-se politicamente é alcançar esse sistema livre de contradições internas fundamentais. Mais do que isso, o sistema democrático constitui o fim da história; ou seja, é a concretização de um princípio não aperfeiçoável, o último estágio possível para o desenvolvimento político **(FUKUYAMA, 1992)**.

Finalmente, perante essas situações, concluo que é evidente que o país precisa urgentemente estabelecer o contexto da democracia para estabelecer o quanto antes as constantes crises, seja ela no campo social ou político, contudo, se faz necessário uma mudança intelectual e cultural. É preciso sair da inércia cultuada desse sistema autoritário e perverso, onde a sociedade é trancafiada em uma cela escura impedida de ter uma visão crítica do mundo no qual estão inseridos. Porém, vejo que o comportamento social muitas das vezes perpetua um ambiente ilusório, ou seja, nessa falsa autotransformação que propõe de forma consistente a ideia do moderno, embora, sabemos que este mundo não passa de um mundo mágico que construímos com o passar do tempo, mesmo que o grande final seja a nossa própria destruição intelectual e existencial nesse Coliseu dito “Democrático”.

É nesse anfiteatro, que as relações sociais são espetáculos colossais e ao mesmo tempo em que seus governantes “autocráticos” impunham seus símbolos de poder para controlar seus fantoches humanos através de programas autoritários e excludentes que servem como pano de fundo para os diversos martírios para garantir sua eficiência política e administrativa contra a plebe. O circo montado nessa arena social nos garante diversos espetáculos que vão da corrupção à violência, da exclusão ao martírio da fome, da desigualdade à discriminação, da injustiça ao suplício e quando, ousamos a questionar o nosso direito de liberdade, os “Imperadores” eleitos por via democrática utilizam da guarda pretoriana como aparelho de repressão do Estado. Talvez, o viés dessa discussão esteja no mundo de Sofia, mas a realidade é gritante em toda a sua extensão histórica quando buscamos compreender a formação do ser humano e da sua busca incansável de socializar. Posso pecar nos meus pensamentos que aqui descrevo em linhas paralelas, mas acredito que continuamos ainda com receio do novo, ou seja, vivemos aprisionados nas alegorias de nossas próprias cavernas. É claro que tal evento ainda se esbarra nas diversas concepções impregnadas no

passado como forma de reverter um passado sombrio e dramático na formação cultural da humanidade. No entanto, nesse turbilhão fértil de características marcantes de sobrevivência da racionalidade, as raízes da tolerância, da liberdade e do diálogo são fundamentadas para validar o convívio social dentro da perspectiva da equidade e dos direitos representativos que emergem dessa relação.

Segundo, **Cícero apud Cowell (1967)** em um dos seus discursos retrata em sua época o seu ponto de vista e qualquer semelhança com o que vivemos não é coincidência:

“Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa paciência? Por quanto tempo ainda há-de zombar de nós essa tua loucura? A que extremos se há de precipitar a tua audácia sem freio? Nem a guarda do Palatino, nem a ronda noturna da cidade, nem os temores do povo, nem a afluência de todos os homens de bem, nem este local tão bem protegido para a reunião do Senado, nem o olhar e o aspecto destes senadores, nada disto consegui perturbar-te? Não sentes que os teus planos estão à vista de todos? Não vês que a tua conspiração a têm já dominada todos estes que a conhecem? (...) Oh tempos, oh costumes! (...)”

Nesse contexto, quantos “Catilina” abusou, zombou de sua loucura no seio de nossa sociedade? Até quando, iremos nos gladiar para termos a nossa liberdade, o nosso Estado de Democrático e de Direito respeitado socialmente e dentro dos parâmetros da igualdade de justiça? Até quando iremos conviver num anel sólido dessa arena, enterrados pela corrupção, pelo descaso da insegurança, da intolerância e da falta de políticas públicas concretas ao invés de migalhas de pão?

A superação das diversas formas de desigualdade existentes na sociedade brasileira constitui-se em um desafio permanente à democracia. O amadurecimento do Estado brasileiro depende de governos e políticas inovadores que possibilitem a supressão ou, ao menos, o abrandamento destas desigualdades, e isso requer a inclusão da população na condição de cidadão digno e capaz de tomar suas decisões e contribuir para o desenvolvimento do país, com vistas a consolidação da democracia em sua substancialidade, que traga no seu bojo, a efeti-

vação dos direitos humanos, e conseqüente, a cidadania em sua integralidade **(BRILHANTE; PASE, 2015)**

Com base nessa perspectiva do ser humano e da evolução histórica, a democracia é definida como o sistema que permite a satisfação das aspirações humanas mais profundas e fundamentais, uma vez que ao efetivar politicamente a igualdade entre os homens, realiza simultaneamente a possibilidade da conquista mútua e universal do reconhecimento. A satisfação do desejo por reconhecimento é justamente o que reinsere a democracia no desenvolvimento político. A certeza do triunfo da democracia não quer dizer ausência de problemas e menos ainda falta de preocupação com a questão da estabilidade democrática; essas questões são recorrentes, ainda que se acredite que elas serão superadas futuramente, dada a inexistência de qualquer alternativa melhor e a impossibilidade desse princípio ser aperfeiçoado. Desenvolver-se politicamente é alcançar esse sistema livre de contradições internas fundamentais. Mais do que isso, o sistema democrático constitui o fim da história; ou seja, é a concretização de um princípio não aperfeiçoável, o último estágio possível para o desenvolvimento político **(FUKUYAMA, 1992)**.

Nesse contexto, não podemos e sequer devemos vivenciar a inércia comportamental diante dos “Imperadores” é necessário nos alimentar das relações saudáveis e harmoniosas entre os pares, como um único objetivo: Deixar o frenesi das alegrias e da inércia humana no ato de pensar, para fundamentar o desenvolvimento igualitário, onde todos possam ser sujeitos ativos na construção de uma sociedade livre dos grilhões da desigualdade social, intelectual e humana. Pois, assim como Roma teve o seu declínio e conseqüentemente deixou de assegurar o seu domínio, cabe a nós, construirmos uma profunda discussão que possa gerar uma visão ampla em todos os sentidos para confortarmos o suplício desse Coliseu moderno, garantindo assim, a liberdade dos nossos gladiadores sociais que vivem na injustiça e nos desmando dos Imperadores da atualidade que manifestam sua crueldade impondo a vida dos outros, numa arena repleta de animais representativos pelas iniciais partidárias com o único desejo mortal de aniquilar ou de escravizar a sociedade. Por fim, Ave Democracia, nós os saudamos nesse confronto necessário e imprescindível para conquistarmos a nossa liberdade, o nosso Estado Democrático Justo, Igualitário e de Direito.

REFERÊNCIAS

- BAQUERO, Marcello e PRÁ, Jussara Reis. **Construindo uma outra sociedade: o capital social na estruturação de uma cultura política participativa no Brasil**. Revista Sociologia e Política, Curitiba, n. 21, p. 83-108, nov. 2003
- BAQUERO, Marcello. Democracia, cultura e comportamento político: uma análise da situação brasileira. In: PERISSINOTTO, Renato; FUKS, Mario (Org.). **Democracia - Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia e direitos humanos: diagnóstico do tempo presente a partir da realidade brasileira contemporânea**. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos-RIDH*, Bauru, v. 5, n. 2, p. 79-116, jul. /dez., 2017. (9)
- BRILHANTE, Lígia Silva de França; PASE, Hemerson Luiz. Democracia Substantiva no Brasil? I Seminário Internacional de Ciências Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto alegre, set. 2015.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1.a reimpressão, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. ISBN 978-85-7700-088-3.
- BOAS FILHO, Orlando Villas. **Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, jan./dez., p. 651-696, 2013.
- COWELL, F.R. – **Cícero e a República Romana**. Lisboa: Editora Ulisséia, 1967.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 4.a ed., São Paulo: Saraiva, 2010b. ISBN 978-85-02-07818-5.
- _____. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29.ed., São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08145-1.

- _____. **Estado de Direito e Direitos Fundamentais.** In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 217-232. ISBN 85-7420-727-6.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem.** Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GASPARDO, Murilo. **Democracia participativa e experimentalismo democrático em tempos sombrios.** Estudos Avançados, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 65-88, Abr. 2018.
- MENEGUELLO, Rachel; MOISÉS José Álvaro. O papel da confiança para a democracia e suas perspectivas. In: _____; _____. **A desconfiança política e os seus impactos na qualidade da democracia.** São Paulo: EDUSP, 2013, p. 361- 367.
- MOISÉS, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. **Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime – o caso do Brasil.** 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100001. Acesso em 23 de fevereiro de 2020.
- MONEDERO, Juan Carlos. ¿Posdemocracia? Frente al pesimismo de la nostalgia, el optimismo de la desobediencia. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, n. 240, p. 68-86, jul./ago. 2012.
- RENNÓ, Lúcio. Teoria da Cultura Política: vícios e virtudes. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais - BIB.** Rio de Janeiro, n. 45, p. 71-92, 1º sem. 1998. Disponível em: <bib45_4.pdf>. Acesso em 21 fev. 2020.
- SILVA, THIAGO NASCIMENTO DA. **Procedimento e substância da democracia:** qual o lugar da justiça social na teoria democrática? Dissertação de Mestrado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, Ano 2010, 106 p.

SOBOTTKA, Emil; SAAVEDRA, Giovanni A. **Convergências e divergências na teoria social contemporânea.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

VITA, Álvaro de. **Sociedade democrática e democracia política.** Revista Política e sociedade, São Paulo, v. 6, p. 159-182, 2007.

ZAMORA, José Antonio. Th. W. **Adorno: pensar contra a barbárie.** São Paulo: Nova Harmonia, 2008.

O CONTEXTO DA CIRCÁSSIA DIANTE DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS PROMOVIDAS PELA RÚSSIA (1763-1864) E SUAS CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS NA CONTEMPORANEIDADE

Matheus Mendes Bomfim Marques

INTRODUÇÃO

Os circassianos são descendentes dos Hunos e, durante os séculos XIII-XVI, a Circássia sofreu com a invasão dos mongóis do Canato da Horda Dourada, um domínio do período posterior à fragmentação mongol que dominou somente uma parte dessa região, que também estava sob o controle parcial dos georgianos. Após a Idade Média, os circassianos modernos constituíram uma confederação antes das disputas turcas e russas nos séculos XVIII-XIX enquanto atualmente a Circássia ocupa os territórios da Cabárdia-Balcária, Carachai-Circássia e da Adiguésia. Outrossim, os circassianos estão em 25% dos países do mundo, sendo que o problema da formação de um Estado-nação também reside na unificação da Circássia e na repatriação daqueles que ainda vivem a Diáspora circassiana contemporânea (O' BRIEN, 2005; SHAMI, 1998; GOLDEN HORDE, 2007; ZHEMUKHOV, 2008).

Diante desse contexto, os circassianos constituem um grupo étnico do norte do Cáucaso ao nordeste do Mar Negro, sendo conhe-

cidos internacionalmente devido ao período de perseguições étnicas que compreende, principalmente, a Guerra Russo-Circassiana (1763-1864), e por meio do comércio de mulheres que “satisfaziam” os turcos e persas. Além disso, os circassianos sofreram com um longo período de limpeza e perseguição étnicas, logo, hodiernamente, há circassianos do leste europeu ao Oriente Médio (SHAMI, 1998; ZHEMUKHOV, 2008; BESLENEY, 2014; BASHQAWI, 2017).

Sob outro sentido, o nacionalismo circassiano perapassa o aspecto de que os adigues possuem uma língua própria (circassiana) pertencente à família linguística caucasiana e, na Rússia circassiana, a própria língua russa (família indo-europeia), o carachai-balcar (família altaica) e o cabardino (família caucasiana) também estão presentes de forma significativa no cotidiano circassiano na Rússia (CORREIA; VINHA, 2008).

Por tudo isso, o presente tema é importante de ser explorado pela escassa análise de estudos sobre a Circássia nos países lusófonos, além de compreender uma evidente violação histórica de direitos humanos guiada pela Rússia, a qual rejeita reparações e não reconhece a limpeza étnica que promoveu contra uma nação milenar: a Circássia (*Adiguesia*). Isso expõe ainda uma violação presente aos direitos humanos, pois o Artigo II da DUDH (1948) elucida que nenhum ser humano pode sofrer com quaisquer tipos de discriminação, pois os circassianos foram e ainda são discriminados pelo Estado Russo, o que evidencia a discriminação motivada por questões políticas e de raça, por exemplo.

Assim, apresenta-se, primeiramente, certas concepções acerca da Teoria Geral do Estado (Ciência Política) a fim de situar o presente estudo em uma distinção conceitual entre nação, Estado, território e povo. Com isso, poder-se-á perceber os motivos da Circássia não ser um Estado, mas, uma nação (KHARKHORDIN, 2013; KELSEN, 1998; AZAMBUJA, 2008).

Em relação ao momento histórico escolhido, observou-se que os momentos de maior relevância e justificativas para o próprio nacionalismo circassiano compreende os séculos XVIII e XIX, principalmente durante o período de 1763 a 1864. Tal contexto marcou a história circassiana devido aos eventos promovidos contra a sua população e sucessivas tentativas da Rússia de estabelecer a hegemonia e a própria

construção da noção moderna do Estado Russo diante da perseguição a grupos étnicos como o circassiano. Expõe-se também a discussão acerca da atualidade diaspórica circassiana no contexto do Estado Russo e das relações internacionais diante de milhões de circassianos que foram afetados pelas violações russas de direitos humanos para promover uma limpeza étnica de modo semelhante ao sistema nazista.

Portanto, é de grande relevância analisar essa temática para se compreender a questão dos circassianos enquanto nação que luta, há séculos, para recuperar o seu status autônomo por possuir uma identidade histórico-cultural distinta do presente na Rússia, em especial, quando se considera a diversidade étnico-cultural do Cáucaso, região de sérias batalhas do Império Russo contra grupos étnicos como os circassianos, ossetas e chechenos.

Assim, levantou-se as seguintes aporias:

- O que a nação adigue tem feito acerca da busca para ser um Estado?
- A Rússia seria um estado plurinacional por englobar nações como a adigue?
- O que foi a Diáspora e o Genocídio circassiano?
- Seria possível relacionar a Circássia e as perseguições a minorias étnicas locais?

METODOLOGIA

Sobretudo diante do método utilizado, por se tratar de uma pesquisa de teor exploratório, este estudo propõe uma revisão bibliográfica, de enfoque qualitativo, associada à coleta de dados documentais (THE NEWPORT MERCURY, 1864) e geopolíticos (CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY, 2019; WIKILEAKS, 2009), por exemplo, além de abordar estudos presentes em artigos e livros sobre a Circássia em primeiro plano. Nesse sentido, é importante destacar que a coleta de dados perpassa a perspectiva regional sem deixar de abordar as visões de estudiosos de outras formações socioculturais, ressaltando-se a análise de dados estatísticos e históricos que expressam a esfera quantitativa do presente trabalho.

Em outro plano, observa-se o Direito Internacional e Europeu, além da esfera nacional (russa) de direitos fundamentais como solução à falta de jurisprudência sobre circassianos no Sistema Europeu de Direitos Humanos. Optou-se também por uma técnica teórica de enfoque histórico associada à interdisciplinaridade diante da Ciência do Estado, o que se manifesta pelo caso das distinções entre Estado, nação, território e povo.

Sob tal perspectiva, ainda se expõe uma breve noção de Estado Plurinacional, a qual foi concebida conforme a interpretação da própria Constituição Russa (1993) e não de acordo com os estudiosos. Isso se explica devido a esse não ser o foco central proposto, além dos cientistas jurídicos limitarem os seus estudos aos Estados Plurinacionais latino-americanos da Bolívia e do Equador (WOLKMER; FAGUNDES, 2013; WALSH, 2009), o que necessitaria de um estudo específico para comparar o contexto constitucional russo em relação ao de países latino-americanos na esfera da plurinacionalidade (multinacionalidade).

Por isso, relembra-se que o objetivo geral deste estudo é (i) possibilitar uma pesquisa exploratória da Circássia no âmbito da Ciência Política e dos Direitos Humanos e, em segundo lugar, (ii) entender a realidade circassiana diante do principal período de sua história em relação à cultura e geopolítica locais (1763-1864).

Assim, a investigação concerne uma relação que inova diante da bibliografia encontrada por construir uma abordagem dando enfoque ao Estado, a questões antropológicas, geopolíticas e em associação aos preceitos dos Direitos Humanos, o que explica a diversidade de fontes pesquisadas e manifesta a interdisciplinaridade indispensável à pesquisa jurídica abordando-se a Circássia sob ópticas diversas.

CONSTRUINDO A NAÇÃO E O ESTADO: DA CIRCÁSSIA À RÚSSIA

Na atualidade, a nação circassiana não possui o reconhecimento internacional que poderia ajudá-la a reconstruir um Estado próprio, logo, enquanto isso não acontece, a Circássia (*Adygeia*) como país está longe de se concretizar, pois o Estado Russo rejeita, historicamente, as manifestações de separatismo envolvendo a questão circassiana.

Sob tal exposição, faz-se necessário esclarecer o conceito de Estado para melhor compreensão dessa realidade. Logo, Kharkhordin (2013) enfatiza a concepção de que, no caso da Rússia, historicamente, o poder do czar foi construído como equivalente ao do Estado (*gosudarstvo*) e não se pode negar que, de maneira análoga, na atualidade, a Federação Russa (*Rossiyskaya Federatsiya*) incorpora o poder temporal da autoridade do presidente enquanto poder do próprio Estado a exemplo dos tempos czaristas.

Outrossim, a própria noção de nação seria inexistente diante do pluralismo étnico russo, logo, a ideia do Estado dos tempos czaristas persiste em meio a à ausência de um Estado-nação, sendo a Rússia hodierna ainda próxima da perspectiva conceitual de “Império” (RIBEIRO, 2015 apud MELLO NETO, 2016, p. 18). Em vista disso, o Estado é uma “sociedade política”, ou seja, uma sociedade organizada normativamente pelo Direito Positivo com fins comuns (bem público) e governo e território próprios, sendo este último espaço do Estado e da sua validade normativa em Kelsen (1998).

Outrossim, Azambuja (2008) ainda aponta a ideia de nação enquanto uma união de valores patrióticos, uma “comunidade de consciências unidas” (grifo nosso) em nome de um sentimento patriótico. Nesse sentido, ressalta-se que a Rússia não seria uma nação, mas, um povo, pois não possui uma sociedade com aspirações homogêneas, o que se demonstra também pelo discurso de ódio contra minorias étnicas ao longo da sua história marcada por significantes episódios de violações à dignidade da pessoa humana, como no caso circassiano.

Nessa realidade, observa-se que o nacionalismo compreende a exaltação de um povo com o intuito de delimitar uma esfera étnico-racial e cultural de identidade própria, apesar de possíveis relações com movimentos extremistas vinculados ao racismo e a perseguições étnicas (SEQUEIRA 2014). Contudo, em detrimento de vínculos discriminatórios, buscou-se observar o nacionalismo circassiano enquanto patriotismo, pois o que está em questão é a afirmação da própria autonomia cultural e política em detrimento de quaisquer discriminações.

DO ESTOPIM DA GUERRA RUSSO-CIRCISSIANA AO GENOCÍDIO E À DIÁSPORA CIRCISSIANA

Em primeiro lugar, uma parte importante da história circassiana se vincula diretamente à Rússia e, principalmente à guerra Russo-Circassiana (1763-1864), principalmente a partir da década de 1760, momento em que Catarina, a Grande, decidiu tomar a costa do noroeste do mar Negro cercando a Circássia com soldados do Império Russo (RICHMOND, 2013).

Devido a esse contexto, os circassianos saíram de um estado quase mítico (belas circassianas e espíritos guerreiros) para se tornarem alvo dos interesses das potências europeias (Rússia, Inglaterra, Turquia) na região do Mar Negro e, posteriormente, para serem novamente esquecidos. Desse modo, depois da guerra que se encerrou com a rendição dos circassianos em maio de 1864 e culminou com a celebração russa, os circassianos foram deportados pelo Estado Russo apoiado por políticos e militares (DROSDOV, 1877 apud RICHMOND, 2013, p. 14).

Ademais, os circassianos também já sofriam com a migração invasão dos cossacos desde o século XVII, sendo que estes começaram a se armar em 1792 e a partir de 1802-03, em virtude do czar Paulo I, destruíram vilarejos e aprisionaram circassianos para serem comercializados. Apesar disso, a harmonia foi recuperada em 1806 ainda sob o controle russo, ressaltando-se que os ascendentes dos cossacos, os zaporizianos, foram historicamente explorados pelo Estado Russo e ainda perseguidos durante o império de Pedro, o Grande, após promoverem uma revolta em 1708¹.

Ao tratar sobre “A História da vida do Lorde Palmerston”, Karl Marx (1853) expôs que após o Mar Negro ser conquistado e os turcos reconhecerem o direito russo sobre a costa circassiana devido ao Tratado de Adrianópolis (1829), o confronto entre russos e otomanos na Guerra da Independência Grega (1821-1829) se encerrou, apesar de que os circassianos não aceitavam a situação de subordinação ao Império Russo.

1 SHCHERBINA, FELITSYN, 2007 apud RICHMOND, 2013, p. 36.

Devido ao Tratado de Adrianópolis (1829), que gerou uma contradição com os Tratados de Küçük Kaynarca (1774) e Jassy (1792) que estabeleciam a posse da Turquia sobre a Circássia, a Rússia manteve a sua política externa de promover a ocupação de outros territórios e incorporá-los, o que levou, no caso circassiano, ao derramamento de sangue, à perseguição ao Islamismo, à fome, à morte e a migrações forçadas (RICHMOND, 2013).

Nesse sentido, esse tratado também levou a Rússia a combater o comércio de escravos na Circássia, porém, não havia a soberania da lei russa e, conseqüentemente, os circassianos tinham certa autonomia jurídica e política, manifestada, por exemplo, pela dificuldade de se controlar as tribos circassianas. Por isso, como os circassianos possuíam uma sociedade de castas onde o tráfico de escravos trazia lucros e os próprios genitores vendiam os seus filhos, combater tal realidade era uma tarefa árdua para o Império Russo (BADEM, 2010). Em virtude disso, aponta-se que a “conquista” do Cáucaso e da Circássia levou à incorporação de territórios onde cristãos georgianos e armênos, ou seja, da Transcáucasia, além de mulçumanos heterodoxos circassianos, eram escravizados no Império Otomano e, conseqüentemente,

Nos primeiros três quartos do século XIX, os otomanos importaram uma média anual de 16.000 a 18.000 desses escravos. Alguns escravos do sexo masculino alcançaram a elite administrativa servil do Império Otomano, enquanto muitas mulheres acabaram nos haréns dos ricos e poderosos [...]. Além disso, a conquista brutal da Circássia pela Rússia levou a um influxo de algo entre meio milhão e um milhão de refugiados para os domínios otomanos entre 1854 e 1865, dos quais talvez dez 10% fossem de condição servil. Essas migrações massivas aumentaram o número de escravos agrícolas, relativamente pequeno antes disso (STANZIANI, 2018, p.47-48).

Contudo, é válido observar que os circassianos atendiam não somente aos mercados otomanos, mas também aos persas (iranianos) há séculos, tendo alcançado cargos de autoridade no Irã principalmente a partir do século XV com o descendente circassiano Khva-

jeh Mohammad Safavi , pai do xá Ismail I [Esmā‘il], o fundador da dinastia dos Safávidas (1501-1722), a qual conseguiu dominar uma enorme parcela do Oriente Médio e além , como a própria Circássia e o norte caucasiano após a Campanha do Cáucaso (1735) (GHERGEHLOU, 2016).

Sob tal realidade, após a Rússia já ter conseguido dominar territórios de nações asiáticas, os russos provocaram as Guerras Caucasianas (1811-1864), o que levou ao próprio genocídio circassiano (1864) e à promoção de uma “política de ocupação brutal da região [Cáucaso], tendência que se estende até os dias de hoje” (MELLO NETO, 2016, p. 99).

A existência da Diáspora marcou tal período de perseguição e limpeza étnica sofrida por este povo e outras nações caucasianas e, conseqüentemente, duas grandes ondas circassianas rumo à Turquia marcaram, primeiramente, o período do fim (1860-65) da Guerra russo-circassiana e, posteriormente, durante a última Guerra russo-turca de 1877-1878². Esse contexto marcou um momento em que haviam de 500 mil a 2 milhões de adigues refugiados na Turquia (KAYA, 2004). Além disso, é possível estimar que aproximadamente 20% dos refugiados morreram devido a condições de desnutrição e doenças, sendo provavelmente na maior parte em decorrência das condições nutricionais. Quanto aos que ficaram no Cáucaso, entre 150 e 200 mil circassianos tiveram que fazer uma diáspora interna forçada para o nordeste das planícies caucasianas devido aos conflitos com o comando russo diante do controle sobre a etnia circassiana “ainda” residente (JAIMOUKHA, 2001 apud KAYA, 2004, p. 223).

Diante dos dados apresentados, ressalta-se que o período histórico possui estimativas variáveis dentre os próprios autores, mas, tudo indica que os tempos da Guerra Russo-Circassiana (1763-1864) levaram a um verdadeiro “holocausto”, sendo que Richmond (2013) aponta, para além da Guerra e das perseguições étnicas, as estratégias do Império Russo para dizimar a população circassiana bloqueando vias de comércio e levar a uma fome generalizada.

Walter Richmond (2013) afirma que uma anistia foi concedida para os “derrotados”, todavia, isso somente foi considerado para as na-

2 Considerando-se que a Guerra teve vários períodos: 1736-39, 1787-1791, 1806-1812, 1828-29 e 1877-78.

ções previamente de controle russo, logo, como os circassianos, até então, ainda não estavam sob o controle russo, foram excluídos do acordo. No capítulo “Uma Nação apátrida”, Richmond (2013), ao citar, o historiador russo do século XIX, Adolf Pyetrovich Berzhe, afirma que “470 mil circassianos foram deportados da região” e, segundo o próprio Richmond, de forma conservadora, cerca de 10% dos circassianos deportados morreram indo para a costa turca e outros 10% escondendo ou fugindo de russos, o que aumentaria a quantidade de deportados (BERZHE, 2010 apud RICHMOND, 2013, p. 89, grifo nosso). Dessa forma, o estudioso (2013) ressalta que a população de circassianos residentes na Rússia contemporânea seria de 11% do total global de 6 milhões e, devido ao Genocídio Circassiano, a população atual seria 5 vezes menor do que deveria ser.

Nesse âmbito, devido aos confrontos da Guerra Russo-circassiana (1763-1864), em especial, a partir da década de 1860, a Adiguésia ganhou notoriedade mundial após a tremenda devastação, sendo que o *The Newport Mercury* (Rhode Island), na edição de 4 junho de 1864, dizia: “A Circássia está apagada do mapa”³ (grifo nosso). Além disso, esse jornal (TNM, 1864) destacava que o sultão da Turquia [*Abdülaziz, pai de Abdulmejid II*] doara US\$ 250 mil para os “novos habitantes”. Enquanto isso, nos Estados Unidos, diante da “popularização da Circássia”, o circense PT Barnum se aproveitou da situação para divulgar apresentações com mulheres de cabelo afro falsamente chamadas de circassianas (BOLIN, 2014).

Conforme o historiador Candan Badem (2010), lorde Palmerston, primeiro-ministro britânico opositor dos russos e aliado dos turcos, acreditava que para solucionar certos problemas regionais, a Rússia deveria ceder a Circássia, além da Geórgia, ao Império Otomano, o que também corrobora, tal como a islamização, com a ideia de que a Circássia possui maior proximidade histórico ideológica com o Oriente Médio do que com o Estado Russo. Contudo, constata-se ainda que os britânicos também não queriam manter a Circássia nem sob a dominação russa ou otomana, pois a suposta intenção do lorde Palmerston era de promover maior “autonomia” e “independência” aos

3 No original: “Circassia is blotted from the map” (TNM, 1864).

circassianos. Isso é perceptível nos trechos: “Enquanto a Grã-Bretanha queria *pressionar pela independência ou autonomia dos Circassianos*” e “[A] Grã-Bretanha também tinham *planos para a independência da Circássia*” (BADEM, 2010, pp. 284 e 287, grifo nosso)⁴. Esse âmbito foi expresso no embargo do barco Vixen (1836), cuja situação expôs a restrição formal do livre-comércio através da imposição de locais específicos para o funcionamento do comércio marítimo circassiano, observando-se que na prática não havia um bloqueio devido à falta de controle dos russos sobre a costa.

Nesse sentido, de acordo com Marx (1853), a captura daquele navio mercante por parte dos russos foi o estopim para levar a uma questão diplomática entre a Rússia e os interesses do comércio britânico no Mar Negro, principalmente na costa circassiana. Assim, a intervenção britânica na “questão circassiana” era evidente e, no Caso do barco Vixen de 1836, destaca-se que, na prática, não havia um bloqueio e os russos não conseguiam controlar a costa tal como destacado anteriormente. Em vista disso, a maior parte da costa circassiana permaneceu sob o comando tribal local, pois os russos possuíam apenas três fortes para controlar as 200 milhas costeiras necessárias e limitar o comércio, o que exemplifica que o Estado Russo não conseguira estabelecer a sua própria soberania na costa circassiana.

CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Sob a reafirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLEIA GERAL, 1948), o *Pacto Internacional sobre Direitos Políticos e Civis da ONU* (HUMAN RIGHTS COMITEE, 1966, pp. 32-42) expõe a autodeterminação dos povos (Art. 1.1), a proteção contra a tortura ou a pena ou a tratamento cruel, desumano ou degradante (Art. 7), proibição da escravidão e servidão (Art. 8.1-2), direito à liberdade e à segurança pessoais (Art. 9.1) e à liberdade de pensamento, consciência e religião (Art. 18.1) e a diversidade étnica, religiosa e étnica (Art. 27).

4 No original: “While Britian [Britain] wanted to press for the independence or autonomy of the Circassians”; “Britain also had plans for the independence of Circassia” (BADEM, 2010, pp. 284, 287).

Nesse sentido, considerando-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o período de 1763 a 2014 seria marcado por sérias violações à autodeterminação (Art. 1.1) dos circassianos, pois estes foram impedidos de desenvolver a sua cultura e seu status político diante das perseguições do Estado Russo. Em segundo lugar, os circassianos sofreram com tratamento cruel, desumano ou degradante (Art. 7) no genocídio circassiano, na migração forçada para a Turquia e nos confrontos bélicos contra a Rússia. Nesse sentido, s adigues ainda foram comercializados para serem escravos ou servos durante séculos e sofreram, principalmente, com a escravidão e servidão (Art. 8. 1-2) na Turquia até o século XX conforme Badem (2010) e Stanziani (2018). Ainda se percebe que o princípio da autodeterminação dos povos foi violado quando Costa (2016) destaca que a Diáspora do século XIX levou ao subjulgo dos circassianos aos frances na Síria do século XX.

Em relação à liberdade e à segurança pessoal (Art. 9.1), os circassianos foram privados explicitamente de tais direitos desde quando Catarina, a Grande, cercou as fronteiras da Circássia para bloquear o comércio, barrar a entrada de alimentos e a conexão com outras nações e culturas que poderiam auxiliar na causa circassiana. Ademais, o tráfico secular de escravos (Art. 8.1) circassianos também expõe o cerceamento da liberdade, além de que a falta de segurança esteve presente nos momentos em que os circassianos foram submetidos a realidades como a Guerra Russo-Circassiana, o Genocídio e a Diáspora. Isso impediu, devido à insegurança, a reafirmação da identidade e tradições circassianas sem sofrer as perseguições do Estado Russo tal como observado em Richmond (2013).

Os circassianos também sofreram com violações à liberdade de religião (Art. 18.1) e de professá-la e praticá-la (Art. 27), visto que há um histórico de combate às crenças islâmicas dos circassianos tal como diante do fechamento de escolas com o ensino da religião islâmica que persistiu no século XX. Tal âmbito ainda viola a liberdade de pensamento, correspondente à visão de mundo, e de consciência (Art. 18.1), equivalente ao julgamento moral da conduta que, nesse caso, teria como fundamento os princípios religiosos da Lei Islâmica (Art. 27).

As violações acima observadas não são de teor taxativo, visto que ainda pode se encontrar maiores fundamentações jurídicas na esfera

da DUDH (AG, 1948), isto é, crimes contra a liberdade e a igualdade em dignidade e direitos (Art. 1) (genocídio, perseguição), o princípio da não-discriminação (Art. 2 e 7) (discriminação formal e material entre circassianos e russos ou turcos) e o direito à vida (Art. 3) (limpeza étnica). Outrossim, violações à proibição da prisão, detenção e exílio arbitrário (Art. 9) (deportação anteriormente, prisão de ativistas na atualidade); à liberdade de locomoção e residência (Art. 13) e ao direito ao asilo (Art. 14) (violações da Rússia na migração de circassianos).

Na DUDH (1948), é importante enfatizar que o artigo 15 deixa claro o *princípio das nacionalidades*, o qual destaca que todos possuem o direito a uma nacionalidade e não pode haver privação ou impedimentos arbitrários para a mudança de nacionalidade. Por isso, a presente abordagem segue a tendência de uma construção da Circássia enquanto nação que busca a *autoderminação* política (Art. 1, HRC, 1966, p. 32) sob a justificativa da própria DUDH (AG, 1948) e do PIDCP (HRC, 1966) para o reconhecimento da limpeza étnica a qual a Circássia foi vitimada diante de sérias violações aos Direitos Humanos e o direito à nacionalidade (Art. 15) manifestado pelo reconhecimento de uma nação por um Estado ou determinados Estados.

Ainda se destacam os crimes ao direito ao matrimônio com base na vontade das partes (Art. 16) (coisificação e arbitrariedades contra a mulher circassiana até o século XX) e ao direito à liberdade de opinião e expressão (Art. 19) (perseguição de circassianos atualmente). Por fim, é válido expor as violações ao direito à reunião e à associação (Art. 20) (fiscalização turca excessiva às organizações de identidade circassiana contemporaneamente).

Diante da *Constituição da Federação Russa* (1993), para além do Estado Russo e seu povo multinacional (plurinacional) como citado anteriormente (Art. 3.1), observam-se afrontas ao reconhecimento da diversidade ideológica (Art. 13.1) (circassianos foram assimilados à cultura russa) e à liberdade religiosa (Art. 14. 1, 2) dos circassianos (conflitos religiosos devido à Ortodoxia católica contra o Islamismo adigue). Ademais, há violações à reafirmação dos direitos e liberdades inatas do ser humano (Art. 17. 2) e à não-violação dos direitos e liberdades de outros povos (Art. 17.3) (circassianos foram privados de seus direitos e liberdades notadamente desde a Guerra Russo-Circassiana).

De maneira análoga, à igualdade, à não-discriminação e ao banimento de toda forma de limitação dos direitos humanos por motivos sociais, raciais, nacionais, linguísticos ou religiosos (Art. 19), ao direito à vida (Art. 20) e à proteção da dignidade da pessoa humana (Art. 21) (perseguição étnica, genocídio).

Em outro sentido, há os crimes ao direito à nacionalidade (Art. 26. 1) e ao direito ao uso da língua nativa e de escolher, livremente, a língua para se comunicar (Art. 26.2) (falta de reconhecimento da nação e língua circassianas em prol da Rússia) e à liberdade de consciência e religião (Art. 28), de pensamento e de expressão (Art. 29. 1) (prisão de ativistas). Assim, a cláusula de proibição de propaganda de supremacia (movimentos), de propaganda ou incitação ao ódio social, racial, nacional, religiosa ou linguística (Art. 29. 2) também é desrespeitada (afirmação histórica da supremacia dos russos sobre circassianos e minorias étnicas, dispersão dos circassianos para facilitar a fragmentação e a não-preservação das suas tradições). Por último, há ofensas à proibição do trabalho forçado (Art. 37. 2) (persistência do comércio de escravos circassianos devido à ação ineficiente da Rússia no século XIX); à proteção de vítimas de abuso de poder do Estado (Art. 52) e ao direito de representação contra o Estado devido a ações ou omissões ilegais deste (Art. 53) (Guerra Russo-Circassiana; negacionismo da “Russificação” – limpeza étnica; e da Diáspora e do Genocídio Circassiano pelo Estado Russo).

Para além do descumprimento das esferas supracitadas quanto à Rússia e às Nações Unidas, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1952)⁵ possui direitos que também foram violados. Logo, destaca-se principalmente que o Protocolo n° 4⁶ de Estrasburgo (1963), que trata da proibição da expulsão dos cidadãos do seu próprio Estado (Art. 3) e expulsões coletivas de estrangeiros (Art. 4), foi violado pela Rússia (provocou a diáspora circassiana nos séculos XVIII-XIX) e pela Turquia (deportação de circassianos nas décadas seguintes).

Sob tal realidade, fica mais evidente a contradição com a própria noção de Estado Multinacional (Plurinacional) preconizado pela

5 Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1952).

6 Protocolo n° 4 – “Em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção”.

Constituição do Estado Russo (1993) em seu preâmbulo e enfatizada no Art. 3.1, visto que não há o respeito à diversidade de nações (como a Adiguésia e a Abecássia) que existem dentro da própria Rússia e o reconhecimento das históricas violações aos direitos humanos que ainda persistem (DUDH, 1948; PIDCP, 1966).

Quanto a esse âmbito, ainda é válido ressaltar que o princípio da irretroatividade da lei e o da legalidade do Direito Penal impõem, respectivamente, “a lei não retroceder por ter sido promulgada em período posterior ao próprio “crime” enquanto não era nem ilícito, tipificado e culpável” e “a existência de crime apenas após a vigência da lei”. Todavia, priorizou-se a observação de que o contexto circassiano, por ser um evidente crime à própria humanidade, é uma exceção a tais regras, a exemplo do antissemitismo propagado em sérias violações aos direitos humanos durante o Holocausto.

Assim, ainda que tais princípios sejam aplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos devido à relação com o Direito Penal Internacional, o caso do Tribunal de Nuremberg (1945-46) expôs o contrário. Assim, crimes contra a dignidade da pessoa humana, em especial quando diante de efeitos de magnitude incauculáveis, sempre serão crimes ainda que não estejam previstos, o que serve de precedente para o reconhecimento da causa adigue.

No contexto atual, a Circássia costumava participar do rol de povos sem representação ou em busca de reconhecimento de um status de autonomia por meio da UNPO, porém, sem explicações, a Circássia já não é uma nação da UNPO. Dessa forma, esta é uma organização internacional que busca estabelecer o diálogo entre “nações e povos não representados” e a ONU. A relevância da UNPO pode ser exemplificada pelo apoio oferecido na defesa da causa da população kosovar para a comunidade internacional e ao reconhecimento do próprio Kosovo enquanto Estado-nação por outros Estados, sendo válido destacar que o Kosovo é um dos redutos onde a diáspora circassiana ainda persiste (UNREPRESENTED NATIONS AND PEOPLES ORGANIZATION, 2019).

Nesse sentido, é necessário lembrar que a principal parceira da UNPO, a ONU, quando esta era a anterior Liga das Nações, favoreceu a utilização dos circassianos para interesses neocolonialistas tal como

citado anteriormente quando a França fomentou exércitos para combater revoltas de sírios com uma quantidade significativa de circassianos (COSTA, 2016).

Diante disso, a busca por sentimentos nacionalistas persiste, sendo que os últimos protestos circassianos significantes ocorreram na “capital da nação circassiana” durante as Olimpíadas de Inverno de Sóchi, em 2014. Durante esse evento, o grupo “Cáucaso Anônimo” organizou ciberataques em sítios de patrocinadores e envolvidos no evento com o intuito de relembrar que a Rússia nega o assassinato em massa e a migração forçada de milhões de circassianos nos séculos XVIII-XIX (ANGERER, ISIKOFF, 2014).

Porém, enquanto a Rússia ainda não reconheceu o Genocídio promovido contra os adigues, em 2011, a Geórgia, que é uma opositora direta dos russos, reconheceu o Genocídio Circassiano como marca do seu posicionamento diante de uma evidente questão geopolítica (questão circassiana) local envolvendo também realidades étnicas e interesses conflitantes com a Rússia. Assim, a oposição está relacionada à divergência política no reconhecimento dos abecássios como um Estado-nação, logo, a Rússia reconhece essa autonomia diante da Geórgia, mas esta não aceita a fragmentação do seu território e, em oposição, reconheceu a causa adigue (BARRY, 2011).

Dessa forma, as Olimpíadas de Inverno de Sóchi apenas demonstraram a falta do reconhecimento ao genocídio circassiano e levantaram-se críticas acerca das instalações terem simplesmente sido construídas no terreno da guerra, ou seja, em solo com o derramamento de sangue e corpos humanos circassianos (AYMALI, 2014; BASHQAWI, 2017).

Outrossim, a “questão circassiana” supracitada envolve contradições, pois enquanto a Geórgia se posiciona favorável à causa adigue, a vontade que os circassianos possuíam era de que a Abecássia sempre fosse parte do próprio mundo circassiano, principalmente quando se observa o período de derrocada da URSS. Assim, na Guerra Abecasse-georgiana (1992-93), os circassianos organizaram protestos contra a guerra nas cidades de Nalchik, Maikop e Cherkessk, além de bloqueios de estradas federais russas, movimentos de ONGs contrárias à guerra e comitês de mulheres, jornalistas e escritores (ZHEMUKHOV, 2008).

Entretanto, conflitos internos ainda persistem, em especial, devido à intensa marginalização dos circassianos na História da Rússia, logo, a cidade de Maykop, considerada como a capital circassiana, possui uma série de divergências religiosas entre os “nativos” muçumanos e os “russos” cristãos ortodoxos, por exemplo (KLIMENKO; BOWERS; SOLOVYEVA, 2009).

Com isso, como a Rússia sediou a Copa do mundo de futebol de 2018, apesar de não terem acontecido, era esperado novos protestos para relembrar, principalmente, a culpa da Rússia sobre o Genocídio dos circassianos e ainda, buscar o reconhecimento internacional desse massacre. Isso é relevante devido aos circassianos, assim como os cosacos e outras nações vizinhas, não serem povos russos, mas nações estrangeiras que possuem o direito às devidas reparações históricas. Por isso, ainda que Wladimir Putin persista com tal histórico violador, é necessário reconhecer a independência da Circássia a fim de solucionar este problema secular.

CONCLUSÃO

Em relação à história circassiana, é válido destacar que a persistência da guerra Russo-circassiana levou à procura de alternativas pelos russos, os quais consideraram como solução final a deportação ou assassinato em massa de circassianos. Contudo, a nação circassiana, conhecida pela resistência, ainda não viu o seu fim e, conseqüentemente, luta pelo reconhecimento internacional das violações aos direitos humanos sofridas e a persistência do Estado Russo em ignorar as atrocidades que cometera contra os circassianos.

Nesse âmbito, percebe-se que, nos países lusófonos, o estudo sobre a Circássia, em especial quanto ao Genocídio e à Diáspora circassianas, ainda possui um horizonte a ser desenvolvido, logo, este artigo buscou analisar os momentos que marcaram a nação circassiana e relacioná-los também às questões geopolíticas e culturais que envolvem as influências circassianas sobre o Cáucaso, Oriente Médio e Norte da África.

Constatou-se que os circassianos buscam no Direito Internacional o reconhecimento, especialmente, do genocídio causado pela Rússia

e a fundação de um novo Estado chamado Circássia que favoreceria a manutenção das tradições e o retorno dos descendentes circassianos daqueles que foram expurgados da Rússia devido a tais conflitos outrora analisados. Logo, ao se observar tal cenário, este estudo também inova ao propor uma perspectiva onde a análise de documentos internacionais sobre Direitos Humanos, como na seara de direitos civis e políticos, também ganha destaque frente à Teoria Política.

Por tudo isso, relembra-se que a nação circassiana foi vitimada, para além de certos contextos de subordinação a outros Estados, principalmente pelo Estado Russo (1763-2018) e, conseqüentemente, a Circássia possui o direito ao reconhecimento internacional da limpeza étnica sofrida durante séculos diante das suas epopeias em busca de ser um Estado.

BIBLIOGRAFIA

ANGERER, Carlo; ISIKOFF, Michael. Sochi Security: Warning of Cyber Attacks as Hackers Target Games. **NBC NEWS**, New York, Feb. 07, 2014. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2014/02/07/sochi-security-warning-of-cyber-attacks-as-hackers-target-olympics>. Acesso em: 06 nov. 2019.

ASSEMBLEIA GERAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

AYMALI, Omer. Olympic village built on the blood-drenched soil of Sochi. **World Bulletin**, Istanbul, Middle East, 07 Şubat, 2014. Disponível em: <https://www.worldbulletin.net/history/olympic-village-built-on-the-blood-drenched-soil-of-sochi-h128423>. Acesso em: 06 nov. 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. 455 pp. Bibliografia: p. 2. ISBN 9788525045737.

BADEM, Candan. The Ottoman Crimean War (1853-1856). **Brill Middle East, Islamic & African Studies**, The Ottoman

- Empire and its Heritage, Leiden, Netherlands, v.44, Brill's Paperback Collection, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1163/ej.9789004182059.i-432>. Disponível em: <https://brill.com/downloadpdf/title/15553>. Acesso em: 11 out. 2019.
- BARRY, Ellen. Georgia Says Russia Committed Genocide in 19th Century. **New York Times**, New York, May 20, 2011. Disponível em: www.nytimes.com/2011/05/21/world/europe/21georgia.html. Acesso em: 06 nov. 2019.
- BASHQAWI, Adel. **Circassia: Born to Be Free**. Bloomington: Xlibris Corporation, 2017. *E-book* (662 p.). ISBN: 1543447651, 9781543447651. Disponível em: <https://books.google.com.br/>. Acesso em 09 nov. 2019.
- BESLENEY, Zeynel. **The Circassian Diaspora in Turkey: A Political History**. New York: Routledge, 2014. *E-book* (224 p.). (Routledge Studies in Middle Eastern Politics). ISBN-13: 978-0415730464. Disponível em: <https://books.google.com.br/>. Acesso em 09 nov. 2019.
- BOLIN, Steven. **Circassian beauties**. The Vintage Sideshow Slideshow – Vintage Sideshow Photographs. 2014. Disponível em: <http://sideshowslideshow.com/circassian.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY. RUSSIA. Central Asia. Government. **The World Factbook**, Mc Lean, Oct. 29, 2019. Disponível em: www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/rs.html. Acesso em: 06 nov. 2019.
- CORREIA, Paulo; VINHA, Nazaré (col.). O Papel da União Europeia no Enriquecimento do Português: Geografia do Cáucaso. **A folha - Boletim da língua portuguesa nas instituições europeias**, Bruxelas, n. 28, Outono, p. 10-11, 2008. ISSN 1830 780 9, versão *online*. Disponível em: https://ec.europa.eu/translation/portuguese/magazine/documents/folha28_pt.pdf. Acesso em 09 nov. 2019.

COSTA, Renata. **Uma história da Síria do século XXI para além do sectarismo religioso**. Orientadora: Arlene Elizabeth Clemesha. 2016. 136 f. Dissertação (Mestrado em Letras – Estudos Judaicos e Árabes) – Departamento de Letras Orientais da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

GHEREGHLOU, Kioumars. Haydar Safavi. **Encyclopædia Iranica**, online edition, New York, United States of America, 2016. Disponível em: <http://www.iranicaonline.org/articles/haydar-safavi>. Acesso em: 11 out. 2019.

GOLDEN HORDE. *In*: BRITANNICA (Ancient division, Mongol Empire). London: Britannica, 2017. Disponível em: <https://www.britannica.com/place/Golden-Horde>. Acesso em: 09 nov. 2019.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. **International Covenant on Civil and Political Rights (1966)**. The Fact Sheet. Geneva: United Nations, 2005. p. 32-42.

KAYA, Ayhan. Political Participation Strategies of the Circassian Diaspora in Turkey. **Mediterranean Politics**, London, England, v. 9, n. 2, p. 221–239, Summer 2004. DOI: <https://doi.org/10.1080/1362939042000221286q>. Disponível em: https://www.circassianworld.com/pdf/Ayhan_Kaya.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Luís Carlos Borges (trad.). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 299-306. ISBN 85-336-0950-7.

KHARKHORDIN, Oleg. What Is the State? The Russian Concept of Gosudarstvo in the European Context. **History and Theory**, v. 40, Issue 2, 2 May 2001. DOI: <https://doi.org/10.1111/0018-2656.00163>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/0018-2656.00163>. Acesso em: 06 nov. 2019.

- KLIMENKO, Oxana; BOWERS, Stephen R.; SOLOVYEVA, Lena. North Caucasus Baseline Project: Adygea. **Faculty Publications and Presentations**, Liberty University, Lynchburg, United States, paper 18, p.3, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/58820425.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.
- MARX, Karl. **Historia de la vida de Lord Palmerston** - Palmerton y Rusia. Trad. José Raed Espalla. Buenos Aires, Argentina: Editorial Rescate, 1985. *E-book* (73 p.). ISBN 950-9458-08-2. Disponível em: https://www.marxists.org/espanol/m-e/1853/lord_palmerston.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.
- MELLO NETO, Milton. **Identidades Nacionais Russas e Geopolítica do Cáucaso**. Orientador: Daniel Maurício Cavalcanti de Aragão. 2016. 188 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Instituto de Humanidades, Artes e Ciências Milton Santos, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.
- O' BRIEN, Patrick. **Philip's Atlas of World History**. Atlas of world history. 2nd ed. London: Institute of Historical Research, University of London, 2005. *E-book* (73 p.). ISBN-13: 978 0540 08867 6. Disponível em: <http://www.zearchengine.com/dailyebook/Historical%20World%20Atlas.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.
- RICHMOND, Walter. **The Circassian Genocide**. New Brunswick, United States: Rutgers University Press, 2013. *E-book* (218 p.). ISBN-13: 978-0813560670. Disponível em: <https://www.adiga.com/assets/book.pdf>. Acesso em: 11 out. 2019.
- RUSSIA. **The Constitution of the Russian Federation**. Chapter 1 and 2 (Art. 1-64). 1993. Disponível em: <https://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>. Acesso em: 05 out. 2019.
- SEQUEIRA, João. **Nacionalismo e Conflitos Étnicos no Cáucaso** – Subversão e colapso do Estado na Transcaucásia Czarista e Soviética (1830-1991). Orientador: Álvaro Correia de Nóbrega. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado em Estratégia) – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

SHAMI, Seteney. *Circassian Encounters: The Self as Other and the Production of the Homeland in the North Caucasus*. **Development and Change**, Institute of Social Studies, Blackwell Publishers Oxford, United Kingdom, v. 29, p. 617- 646. 1998. Disponível em: <https://www.circassianworld.com/pdf/CircassianEncounters-bySeteneyShami.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2019.

STANZIANI, Alessandro. Servos, escravos ou trabalhadores assalariados? O status legal do trabalho na Rússia em uma perspectiva comparada, séculos XVII-XIX. Tania Reis (trad.). In: LIMA, Ivana Stolze; GRINBERG, Keila; REIS, Daniel Aarão (orgs.). **Instituições nefandas: o fim da escravidão e da servidão no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2018. E-book (392 p.). Bibliografia: p. 43-73. ISBN 978-85-7004-377-1. Disponível em: https://www.casaruibarbosa.gov.br/arquivos/file/eBooks/instituicoes_Nefandas.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

THE NEWPORT MERCURY. Saturday (1864). **The Newport Mercury**, Newport County, Rhode Island, June 4, 1864. Disponível em: <http://usnlp.org/usnlp/papers/1864-05-29.html>. Acesso em: 28 set. 2019.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **International Covenant on Civil and Political Rights**: The Human Rights Committee. Fact Sheet No. 15 (rev.1). Geneva: United Nations, 2005. p. 67. ISSN 1014-5567.

UNREPRESENTED NATIONS AND PEOPLES ORGANIZATION. Nations & peoples. **Members**. Former Members, nov. 2019. Disponível em: <http://unpo.org/nations-peoples>. Acesso em: 06 nov. 2019.

WALSH, Catherine. The Plurinational and Intercultural State: Decolonization and State Re-founding in Ecuador. **Epistemologies of Transformation: The Latin American Decolonial Option and its Ramifications**. Department of Culture and Identity, Roskilde University, *Kult 6 - Special Issue*, p. 65-84. Fall 2009.

WIKILEAKS. **Turkey's circassians demand freedom to travel to Abkhazia.** Confidential. TE - Telegram (cable). January 12, 2009. 14:37 (Monday). Disponível em: https://search.wikileaks.org/plusd/cables/09ANKARA44_a.html. Acesso em: 10 nov. 2019.

WOLKMER, Antonio; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas.** Fortaleza: Unifor. v.16, n. 02, jul. /dez, p. 371-408, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.371-40>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ZHEMUKHOV, Sufian. **Circassian World** – Responses to the New Challenges. PONARS Eurasia, Kabardino-Balkarian Institute of Humanitarian Studies, Nalchik, Russia, Policy Memo No. 54, p. 7. 2008. Disponível em: http://www.ponarseurasia.org/sites/default/files/policy-memos-pdf/pepm_054.pdf. Acesso em: 09 nov. 2019.

INFÂNCIA E TRABALHO: NOVAS LEITURAS E REFLEXÕES

Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar as noções de infância e trabalho a partir da reflexão sobre como a construção de uma perspectiva normativista sobre o trabalho infanto-juvenil tende a desconsiderar outras visões de mundo, os valores e subjetividades dos sujeitos diretamente envolvidos no fenômeno. O estudo das normas legais no campo de produção de um conhecimento em prol da erradicação do trabalho infanto-juvenil conjugado com a compreensão das práticas sociais que, por vezes, se opõem às normas legalmente instituídas e as enfrentam no espaço social, abre caminhos para discussões sobre diversas questões, a saber: a colonialidade do poder que melhor permite compreender a construção de um único ponto de vista legitimado sobre a infância; o questionamento de uma visão universalista e abstrata desta noção; a invisibilização de outras visões de mundo sobre a relação entre infância e trabalho; por fim, a possibilidade de construção de novas alternativas de atuação para o campo, a partir de uma perspectiva de promoção das pluralidades de infâncias.

O conhecimento dos costumes, práticas sociais, hábitos e experiências das crianças e adolescentes revelam o seu pertencimento a uma classe social, uma etnia, um grupo social, revelando modos de vida envoltos em distintos significados que as mesmas atribuem às pessoas, coisas e relações. No entanto, este pertencimento a um grupo social

não como configura-se como uma situação de imutabilidade, pois através da interatividade no diálogo e das trocas sociais outros conhecimentos podem ser construídos, e a partir destes processos educativos, novos referenciais culturais que lhes permitam alterar a sua condição (ALMEIDA, 2016).

Diante da irregularidade e complexidade que envolve o estudo do fenômeno, a proposta de uma compreensão reflexiva e transdisciplinar realociza o olhar sobre as práticas deslegitimadas que agrupam diferentes interações no espaço social e atrai para o campo teórico outros sentidos possíveis sobre as noções de infância e trabalho. Ainda, essa proposta, valoriza os processos de construção de sentido relacionados a distintos modos de vida, compreendendo-os enquanto saberes geradores de novas reflexões e formulações no campo teórico e prático sobre o tema.

Com intuito de se compreender as complexidades e subjetividades envolvidas no fenômeno, busca-se compreender as formas diferenciadas como os sujeitos são impactados pela situação do trabalho e quais significados e sentidos essa realidade tem para eles (MARTINEZ, 2001). O resgate do sujeito neste estudo refere-se a uma compreensão do desenvolvimento da subjetividade entendida como a expressão dos contextos sociais e relacionais em que o mesmo se encontra inserido e os sentidos subjetivos que estes processos assumem (REY, 1999).

O texto é construído a partir da teoria estruturalista-constructivista de Pierre Bourdieu, que visa ampliar as lentes interpretativas sobre a pluralidade de infâncias no espaço social brasileiro e a confrontação entre normas legais e normas sociais no campo das práticas sociais, e também para a construção de uma visão socialmente legitimada. Tendo como principais recortes a confrontação entre normas legais e normas sociais; a visão socialmente legitimada e outras visões de mundo; a pluralidade de infâncias no espaço social brasileiro; e, os caminhos para a construção de novas alternativas de atuação no campo da proteção e promoção das pluralidades de infâncias. Finalizando o texto com pressuposto para a construção de novas alternativas de atuação no campo da proteção e promoção das pluralidades de infâncias.

Para persecução dos objetivos serão utilizados a pesquisa qualitativa e os métodos bibliográficos e documental. Resultados esperados são

novas reflexões e formulações no campo teórico, a partir da inclusão de outras visões de mundo, próprias dos sujeitos envolvidos no fenômeno, que permitam a efetiva proteção de crianças e adolescentes, reconhecendo e promovendo as pluralidades de infâncias.

1. ANALISANDO A CONFRONTAÇÃO ENTRE NORMAS LEGAIS E NORMAS SOCIAIS

Nesteste estudo, as noções de infância e trabalho são apresentadas a partir de duas visões: uma socialmente legitimada, que prescreve um significado normativo, válido de forma universal e impessoal; e outras que são deslegitimadas, construídas no espaço social onde estes elementos são ressignificados de acordo com os modos de vida que os distintos grupos adquirem e reproduzem no decorrer no tempo. As lutas simbólicas entre estas distintas concepções são marcadas pela hegemonia de uma visão normativa e acadêmica, em prol da erradicação do trabalho infantil, em contraposição da deslegitimação de quaisquer outros pontos de vista, o que não impede a existência da confrontação, de fato, entre as normas legais e as normas sociais.

Para analisar as duas concepções buscou-se como base analítica a teoria estruturalista-constructivista de Pierre Bourdieu. A concepção estruturalista aponta a existência de estruturas objetivas no mundo social que se impõem independente da consciência e da vontade dos agentes, e são capazes de coagir suas práticas e representações. Por outro lado, a concepção constructivista refere-se aos esquemas de percepção, pensamento e ação que exprimem o estado das relações de poder simbólico (BOURDIEU, 2004).

Desta forma, a estrutura objetiva pode ser configurar como o espaço social considerado como uma base multidimensional de posições composta por dominados e dominantes, entendido como um campo de forças, porque se impõe aos agentes nele inseridos, e também um campo de lutas, pois os agentes atuam conforme a sua posição, na busca por manter ou modificar a sua estrutura (BOURDIEU, 2009).

A estrutura subjetiva, na proposta do autor, é configurada através do que ele define de *habitus*, um conceito que se refere a uma aquisição histórica que permite a apropriação do adquirido histórico, recuperando

a dimensão simbólica e individual dos fenômenos sociais. Segundo o autor, toda ação histórica opera no seu estado objetivado, ou seja, a história que se acumulou ao longo do tempo nas coisas, edifícios, máquinas, livros, monumentos, direito, teorias, costumes, etc., e também no seu estado incorporado, que se transformou em *habitus* (BOURDIEU, 2009). Trata-se da dimensão social inscrita nos agentes, um princípio norteador da regularidade das condutas, que não tem origem em regra explícita (ARAÚJO, ALVEZ e CRUZ, 2009). Trata-se de um conjunto de trajetórias de uma biografia coletiva que, para ser compreendida demanda um processo de revisitar variáveis grupais, quantitativas e geracionais, uma análise da trajetória histórica dos grupos no tempo (MONTAGNER e MONTAGNER, 2011).

A dupla estruturação do espaço social concorre para produzir um consenso mínimo no mundo, todavia os objetos deste universo são percebidos e interpretados de formas diversas, pois sempre comportam uma parcela de indeterminação, fluidez e elasticidade semântica (BOURDIEU, 2004). Assim, este elemento de incerteza ocasiona que uma mesma palavra possa englobar práticas distintas, abrindo portas para a pluralidade de visões de mundo, e concomitantemente, torna-se também base para as lutas simbólicas, pelo poder de produzir e impor uma visão legítima de mundo, em contraste com outras existentes (BOURDIEU, 2004).

O poder simbólico que envolve a enunciação de uma visão legítima do mundo visa a construção da realidade para o estabelecimento de uma ordem e o mesmo não é percebido como arbitrário. A autoridade jurídica representa por excelência a violência simbólica legítima que pertence ao Estado, e consagra um conjunto de regras sociais universalizantes, para além das distintas condições e estilos de vida, considerando como desviantes todas as práticas que não se encaixam em uma na cultura dominante, legalmente legitimada (BOURDIEU, 2009).

A nova ordem social advinda da Modernidade vai atribuir ao Estado o monopólio da produção das normas jurídicas, formulação pautada em uma epistemologia cartesiana que busca unir verdade e método, independente dos valores e experiências humanas. O que ocorre é que a lei é comumente usada de forma criminalizadora quanto aos modos de vida das populações menos favorecidas (PINHEIRO, 2000).

Ao se reconhecer, no campo estudado, a existência de múltiplas normas (legais e sociais) que emergem do corpo social a partir de lugares e agentes posicionados de forma distinta no espaço social, e que se digladiam em posições assimétricas de poder, abre-se o caminho para a compreensão dos processos formativos das estruturas objetivas e subjetivas que influenciam a construção de posicionamentos diversos sobre a relação entre as noções infância e trabalho (ao invés de fechar e alocar todas as posições não hegemônica no campo do desprezível e/ou do mito).

2. TRABALHO INFANTO-JUVENIL: ONDE CHEGAMOS?

Como foi demonstrado até aqui, a maior parte da literatura especializada se posiciona pela erradicação do trabalho infanto-juvenil. Logo, o pressuposto da necessária superação das normas sociais está dado. Mas, seria possível realizar outra leitura diante da confrontação entre normas legais e normas sociais que acontecem no espaço social? Existe hodiernamente um consenso de que qualquer tipo de justificativa utilizada pelas famílias ou pelos grupos sociais no intuito de considerar aspectos positivos na relação entre as noções de infância e trabalho seriam taxadas enquanto mitos⁷, que devem ser combatidos.

O que se pretende neste estudo é analisar os constructos sociais e culturais alocados no universo dos mitos⁸, neste contexto, compreen-

7 Cito como artigo analisado a questão dos mitos: "A questão do trabalho infantil: mitos e verdades", de autoria da Procuradora do Trabalho Jane Araújo dos Santos Vilani, publicado na revista *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 83-92, out. 2006/mar. 2007.

8 Um dos objetivos do mito era transmitir conhecimento e explicar fatos que a ciência ainda não havia explicado, através de rituais em cerimônias, danças, sacrifícios e orações. Um mito também pode ter a função de manifestar alguma coisa de forma forte ou de explicar os temas desconhecidos e tornar o mundo conhecido ao Homem. Mito nem sempre é utilizado na simbologia correta, porque também é usado em referência as crenças comuns que não tem fundamento objetivo ou científico. Porém, acontecimentos históricos podem se transformar em mitos, se tiver uma simbologia muito importante para uma determinada cultura. Os mitos têm caráter simbólico ou explicativo, são relacionados com alguma data ou uma religião, procuram explicar a origem do homem por meio de personagens sobrenaturais, explicando a realidade

didos enquanto pensamento enganoso. Todavia, a apreensão de um pensamento dentro de uma perspectiva negativa por vezes envolve uma avaliação externa que atribui ao mesmo uma conotação de mentira (FIKER, 1984).

O ponto reflexivo sobre o fenômeno estudado, em geral, se limita ao engessamento dos sujeitos envolvidos no quadro de uma categorização negativa, de justificação, naturalização, exploração ou erro, eis o lugar em que chegamos. E quais novas reflexões seriam possíveis a partir do lugar do deslegitimado? Seria possível rejeitar as teorias totalizadoras em busca de um conhecimento situado? (HARAWAY, 1995). Para tanto precisamos trabalhar com fragmentos e parcialidades (HARAWAY, 1995), compreender o outro enquanto possibilidade de construção de uma cosmovisão relacional sobre a sua existência e relação com a natureza (DUSSEL, 2005), que não se esgota a partir de uma avaliação externa.

Revisitando o meu primeiro pressuposto de leitura do fenômeno⁹, que também fundava-se na perspectiva de superação das normas sociais, posso retomar as questões que foram levantadas durante a investigação acadêmica, até aqui, agrupando o processo analítico em três partes: 1) a influência de um ponto de vista etnocêntrico e hegemônico sobre o tema da pluralidade social; 2) o reconhecimento de normas sociais (e a busca pela compreensão dos seus múltiplos significados), que, por vezes, se confrontam com as normas legais pela erradicação do trabalho infante-juvenil; e, 3) caminhos para a construção de novas alternativas de atuação no campo da proteção e promoção das pluralidades de infâncias.

Quanto ao primeiro ponto, deve-se discutir sobre a força dos princípios de visão que se constituem através da institucionalização e sistematização de normas gerais que se aplicam sobre uma pluralidade de grupos sociais, negando espaço para tornar externas as subjetividades dos mesmos; o segundo visa discutir o fenômeno a partir de novas len-

através de suas histórias sagradas. Disponível: <https://www.significados.com.br/mito/>
Acesso: 26 out. 2019.

9 Para aprofundar o estudo da temática apresento meu primeiro pressuposto de análise: Ver ARAÚJO, Danielle. Trabalho Infantil: Desafios para a Superação de uma norma social no Brasil. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 21, p. 69-83, 2017.

tes interpretativas sobre as práticas sociais; e por fim, apontar caminhos para a formulação de novas alternativas de atuação no campo da proteção e promoção das pluralidades de infâncias.

3. A FORÇA DOS PRINCÍPIOS DE VISÃO LEGITIMADOS

Para imergir no universo de criação dos mitos, não a partir de uma avaliação externa, mas a partir da visão de mundo dos sujeitos envolvidos, torna-se necessário lembrar as primeiras discussões epistemológicas sobre a construção do conhecimento verdadeiro e neutro que se opunha a tudo que não era considerado científico. Conhecimento este que, agregado à racionalidade jurídica, institucionalizou e sistematizou os princípios de visão de uma classe dominante enquanto visão legítima sobre uma pluralidade de modos de vida (BOURDIEU, 2009).

No Brasil, a normatização do universo do trabalho vai sendo paulatinamente alterada de acordo com o contexto histórico e os valores de cada época, evidenciando as lutas entre as posições sociais. Estas relações de força operam de forma multidimensional em um tempo dado e em uma sociedade determinada e se constituem em rituais políticos de poder produzindo relações desiguais e assimétricas (DREYFUS e RABINOW, 2001). O trabalho como categoria política marca e diferencia os múltiplos grupos que compõem o espaço social¹⁰. As diferenças de acesso aos variados tipos de capital passam a fortalecer os grupos que mais possuem facilidade de acumulação, gerando entre os agentes no campo (BOURDIEU, 2009) efeitos de poder que operam no interior do corpo social em múltiplas formas, nos corpos, gestos, discursos e desejos dos indivíduos (FOUCAULT, 1979).

10 Ao revisitar a história observa-se que as mudanças quanto ao valor do trabalho operam dentro de uma estrutura de poder e dominação. Por exemplo, com o fim da escravidão, para que se mantivesse a ordem de dominação, as formas autônomas de trabalho, principalmente as que eram exercidas pelos trabalhadores negros nas ruas, fora do controle direto dos seus senhores, sofreram o efeito do controle e disciplinarização das leis. O valor positivo do trabalho livre dentro de padrões modernos de urbanidade torna-se excludente para africanos e escravos, considerados como não aptos a adquirirem hábitos de urbanidade, sendo considerados como empecilho para o progresso da civilização e da moral pública (MATTOS, 2008).

Pode-se observar que, historicamente, as lutas por acesso aos direitos e pelo acesso a terra acabaram por criminalizar os grupos e movimentos sociais envolvidos, gerando perseguições no campo do trabalho e impondo uma lógica econômica excludente. O trabalho como elemento de luta simbólica no espaço social brasileiro aparece como mais um instrumento de hierarquização e distanciamento social entre diferentes grupos. É importante ressaltar que diante da experiência histórica, cultural e autoritária no contexto brasileiro, em que o trabalhador desqualificado, de ocupação informal, precária e incerta, da mesma forma como o desempregado é apontado como agentes da violência e da desordem, o valor do trabalho se articula a uma ordem moral, ultrapassando o cálculo econômico, transformando-se em instrumento importante para a afirmação pessoal e social (SARTI, 1996). Neste caso, o trabalho como estratégia de formação dos filhos pode vir a basear-se na construção de sociabilidade e pertencimento (CRUZ e ASSUNÇÃO, 2008).

Verifica-se que se em dado momento histórico crianças e adolescentes, principalmente as pobres, órfãs e abandonadas, influenciadas por estes valores, foram direcionadas pelo próprio Estado para o universo do trabalho, como forma de garantir-lhes a dignidade (VILANI, 2010), com o passar do tempo, principalmente a partir de influências internacionais, novos valores passaram a gerir o universo normativo e acadêmico sobre as noções de trabalho e infância. Tais discursos possuem um forte peso na configuração da realidade social e a capacidade de impor interpretações sobre o fenômeno. São concepções carregadas de valores e implícitos ideológicos, remetendo ao que se considera o dever ser das crianças e adolescentes.

4. A FORÇA DAS PRÁTICAS SOCIAIS

A existência de um conjunto de normas legais não afasta do espaço social a reprodução das práticas que se pretende disciplinar ou mesmo a construção de outras regras sociais constitutivas de um *habitus*. O sistema legal tem um sentido diverso para os diferentes segmentos da sociedade e para quem se encontra situado em diferentes posições no sistema social, a própria aplicação das leis operam em meio a rela-

ções de valores e ideologias (DAMATTA, 1997). As regras concebidas no espaço social podem ser entendidas como normas sociais que se constituem como um padrão de comportamento tal que as pessoas têm uma preferência para seguir esse padrão quando acreditam que muitas das pessoas de sua rede de referência comportam-se desse jeito, e, por outro lado, muitas pessoas da sua rede de referência acham que pessoas como elas deveriam comportar-se desse jeito (BICHIERI, 2013).

A consciência de regras e normas é uma forma de presença social marcada por paradigmas e regras de ação colocadas pelo grupo e pela biografia do sujeito neste grupo. A consciência social compreende responsabilidade, que significa excluir possibilidades e isso se relaciona a formas de escolhas entre muitos modos de pensar, perceber, classificar, ordenar e praticar uma ação sobre o real (DAMATTA, 1987).

As regras sociais que se constituem fora do âmbito legal estão presentes na vida cotidiana. O mundo da vida cotidiana se apresenta como normal e evidente pelos membros da sociedade, a realidade é subjetivamente dotada de sentido. A vida diária se revela como uma realidade ordenada, natural, e seus fenômenos encontram-se previamente dispostos em padrões que se impõem a apreensão que se tenha deles. Assim, a realidade aparece objetivada, ou seja, constituída por uma ordem de objetos designados antes da entrada dos sujeitos no mundo social a mesma se manifesta exterior e coercitiva.

A ordem social não faz parte da “natureza das coisas”, mas é produto da atividade humana, e toda a prática social está sujeita ao hábito, ou seja, qualquer ação frequentemente repetida pode ser moldada como um padrão, que pode ser reproduzido com economia de esforço, e que é apreendido pelo executante como tal padrão. As ações que se tornam habituais conservam um caráter significativo para o indivíduo, que ao incluí-lo em seu acervo geral de conhecimentos, passa a admiti-los como verdadeiros. O trabalho, assim como a sexualidade e a territorialidade são comumente foco de tipificações e hábitos. O processo de transmissão reforça o sentido que os pais têm da realidade e essa memória biográfica é apreendida com o manto da legitimação (BERGER e LUCKMANN, 1985).

Desta forma, a reflexão se localiza na categorização dos significados construídos pelos sujeitos envolvidos no fenômeno, classificados

esses enquanto mito, ou mentira. Fala-se então de uma confrontação, invisibilizada, mas localizável no espaço social, entre legitimidade e deslegitimidade. Bourdieu (2009) aponta para uma possível confrontação entre normas legais e práticas sociais, uma vez que a primeira tende a impor uma visão de mundo legítima a uma pluralidade de modos de vida. Logo, o mito de que o trabalho seria formativo e dignificante não faz sentido para o avaliador externo, em geral, localizado em outra classe social, mas possui um significado próprio para grupos sociais que têm a noção de trabalho como integrante do processo de socialização de crianças e adolescentes, construção esta advinda de interações sociais que não localizam estes últimos sujeitos em uma faixa etária rígida (imposta pelas normas legais), mas que se constituem fluida em meio as múltiplas interações sociais em que se inserem. A infância, então, pode ser considerada como um componente social, não se restringindo a uma concepção normativa ou na compreensão etária relativa a fases biológicas (SIROTA, 2001; MONTANDON, 2001). Tanto o desenvolvimento físico quanto a transformação social da criança em adulto não acontecem de forma homogênea para todos os indivíduos que se encontram numa determinada idade. As pluralidades de infâncias são reflexo das relações sociais concretas e as diferenças entre crianças não podem ser negadas (CRUZ e ASSUNÇÃO, 2008).

No Brasil, caracterizado como um espaço social hierarquizado, as pessoas consideradas superiores se comportam como se “soubessem o que é bom” para os inferiores, e se colocam na responsabilidade de guiá-los para que não sejam aviltados nos seus direitos. Desta forma, as pessoas superiores dirigem o mundo social introduzindo suas ideologias, uma vez que se considera que as ideologias vindas dos inferiores são sempre “ingênuas” ou “inocentes”, enquanto as dos primeiros seriam “sagradas” e “puras”, com uma legitimidade indiscutível, reforçando as “éticas verticais” pautadas na moralidade (DAMATTA, 1997).

O que pouco se considera enquanto reconhecimento de um processo de sociabilização é que os valores são transmitidos de forma afetiva aos filhos, e fundamentam-se nas estruturas sociais em que os grupos pertencem. Por exemplo, a classe média ensinaria aos seus fi-

lhos valores como o autocontrole, habilidades sociais, a disciplina, etc. (concepções estas que tendem a influenciar o sucesso escolar e profissional destes); enquanto isso, nas classes pobres, mesmo que os pais incentivem os filhos a irem à escola ou à prática da leitura, falta o reconhecimento de forma “emotiva”, ou seja, por experiência própria, dos benefícios da vida escolar. O autor apresenta histórias de vida em que o trabalho aparece como o valor moral mais nobre das pessoas empobrecidas diante da possibilidade de serem associadas à marginalidade, considerada pelos mesmos como o pior nível da escala da pobreza (SOUZA, 2009).

Neste ponto torna-se fluida a forma como os grupos organizam a divisão do orçamento doméstico (que também atravessa uma visão de mundo porque vincula-se a uma noção de reconhecimento da independência do sujeito tanto em âmbito doméstico como comunitário). Para além da questão da criança e do adolescente desocupados, os processos de sociabilização são integrativos, pois os próprios sujeitos envolvidos se realizam enquanto participantes, respondendo aos anseios familiares e comunitários. O trabalho então, para estes grupos torna-se uma porta de acesso à preparação para o mundo profissional, uma vez que em muitos casos o sistema educacional não se constitui como um valor social.

Só se torna possível reconhecer que determinados sujeitos passam a constituir princípios de visão em que se atribui sentido positivo ao trabalho, quando se adentra a compreensão das distintas realidades dos grupos sociais. Em alguns casos, os grupos sociais encontram-se inseridos em um universo de múltiplas violências, e consideram um benefício real o trabalho enquanto instrumento de dignificação do ser (aqui pontuo que a faixa etária em que se considera os sujeitos independentes pode mudar dependendo da coletividade). Logo, são os sujeitos envolvidos no fenômeno que melhor podem externalizar suas compreensões, sentimentos e valores diante de situações cotidianas que posicionam as famílias em um espaço social de múltiplas violências.

Para Bourdieu, as experiências iniciais no mundo social podem predispor os jovens a aceitarem ou desejarem a entrada no mundo do trabalho como porta para o mundo dos adultos, e em razão da sua história própria ou da sua descendência, podem também apreender,

assumir e suportar as condições mais alienantes, mais repugnantes (BOURDIEU, 2009). Neste ponto reflexivo fica evidente a existência de situações degradantes e exploradoras no mundo do trabalho, independente da faixa etária, mas o que se coloca é que, mesmo diante destas realidades, torna-se necessária a compreensão das bases estruturais que operam, tanto para a existência deste tipo de atividade, como dos processos de criminalização e invisibilização destas práticas, e que possuem um recorte muito específico de classe social, escolaridade, localidade, raça e gênero.

O que não se pode olvidar é que a ausência de políticas públicas estruturais abre portas para que poderes de fato se estabeleçam no território, como o tráfico de drogas. O controle social dessas populações marginalizadas, as múltiplas violências a que estão expostas, a baixa qualidade dos serviços públicos oferecidos, passam a influenciar muito na permanência do ciclo de violência e pobreza; desta forma, as crianças e adolescentes acabam por serem também influenciadas pelas normas sociais vigentes no território, não valorizando o sistema escolar e como caminho de “sucesso” e construindo valores e normas próprias para a regulação da sua vida social.

Para se evitar a inclusão perversa, seja, por exemplo, pelo meio do tráfico de drogas ou exploração sexual infanto-juvenil, torna-se necessário ultrapassar a perspectiva simplificadora que estigmatiza a culpabilidade das famílias e os grupos sociais pela situação em que se encontram (percebe-se que os modos de vida dos grupos populares estão sempre a um passo da ilegalidade). É situações que abrem porta para a construção da figura do marginal, aquele que, devido a sua posição social, será alvo de violência e abusos de poder. As valorações que os grupos hegemônicos, detentores do privilégio, atribuem às periferias, retiram delas qualquer valor de reconhecimento, mascarando as diferenças através de estereótipos mecanismos. Tais estereótipos criam e sustentam as relações de dominação econômica, política, cultural, de raças, institucional, patriarcal, entre tantas outras existentes nos mais diversos meios (GUARESCHI, 1996).

Logo, fala-se de ampliar o universo das noções de infância e trabalho para a compreensão das relações de poder assimétricas que localizam os sujeitos a partir da classe social, gênero e raça. Desnaturalizar

as noções estudadas nos permite, por exemplo, reconhecer processo de naturalização de determinados papéis e funções (SILVA, 2011), que não se rompem pelo não acesso desses grupos aos bens sociais, culturais, econômicos e também intelectuais, como a educação. Ora, problematizar estas questões significa tocar nas bases estruturais do fenômeno, minimizando os efeitos moralizantes da sua construção histórico-social negativa, e redirecionando o olhar para as assimetrias de poder no espaço social brasileiro que permanecem intocáveis.

Mesmo em outras situações laborais em que paira uma linha tênue entre exploração e sociabilização, como em casos de envolvam as populações indígenas e/ou camponesas, ainda se encontra um processo hegemônico de categorização negativa (a OIT por exemplo utiliza a categorização de trabalho infantil indígena). É importante problematizar se o caminho da categorização faz sentido quando falamos de atividades culturais indígenas que envolvem o sujeito integral, e não interpretam o trabalho de forma compartimentada como os não indígenas. Observa-se que as crianças participam de todas as atividades da aldeia, compreendendo-se a construção social da infância de forma una e não compartimentada.

O que se define como trabalho para determinada cultura, pode ser compreendido como aspecto positivo na construção da subjetividade e identidade de outros grupos. De acordo com a publicação *Pelas Mulheres Indígenas*¹¹, as dinâmicas relacionais dos povos indígenas são de natureza coletiva dentro de suas tradições e têm suas atividades divididas por sexo e idade. As mulheres e crianças também lutam para defender o território. Mulheres e seus filhos lutam pela demarcação de suas terras. As crianças e adolescentes, homens e mulheres, estão inseridos dentro da consciência histórica de luta que é transferida pelos mais velhos aos mais novos, durante as atividades diárias da aldeia.

Diante destes exemplos, evidencia-se que a imposição das estruturas objetivas do espaço social vai influenciar a percepção dos agentes quanto a realidade, tendendo a interiorização das relações de força que operam neste universo como naturais. Os hábitos construídos durante a trajetória de vida passam a ser transmitidos para as outras gerações,

11 Disponível: <http://soscorpo.org/pelas-mulheres-indigenas-uma-publicacao-de-mulheres-de-oito-etnias-donordeste-brasileiro/> Acesso em: 21 set. 2019.

estes dotados de sentido social (BOURDIEU, 2009). O que se verifica, enquanto violência simbólica, é negar ao outro a possibilidade de construção de sentido, sem que se atue de forma transformativa nas estruturas sociais objetivas.

As novas reflexões buscam compreender porque e como os sentidos positivos na relação infância e trabalho são construídos em determinados grupos sociais. E isso só se torna possível quando se abre um caminho de escuta ativa e reconhecimento da leitura de mundo dos sujeitos envolvidos no fenômeno, como vista a problematização das condições estruturais de existência ou da necessidade de garantia dos direitos a diversidade cultural. Segundo Bobbio (2004), o campo das normas que atribuem direitos ao homem aparece como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. Para fazer do Estado de direito uma noção com significado real para a vida dos não privilegiados na América Latina, esses governos estão obrigados a enfrentar a necessidade desesperada de reformas sociais (PINHEIRO, 2000).

O caráter significativo das práticas armazena-se no agregado de conhecimentos do sujeito e possui uma força de legitimidade (BERGER e LUCKMANN, 1985). Mas, diante de uma ordem de legitimidade oficial não se reconhecem outros princípios de visão, que passam a ser alocados no campo da anormalidade e do desprezado, ocultando as assimetrias de poder presentes na esfera social. É possível então que a noção do trabalho, contextualizado historicamente na luta pela dignidade de alguns grupos sociais menos favorecidos, possa incluir-se no universo das infâncias com um sentido positivo, legitimado, como um valor ético e moral, confirmado com a força da memória biográfica dos pais e da coletividade a que pertençam.

O que ocorre em relação às noções de infância e trabalho é que a interiorização das práticas de dado grupo, adquiridas em uma posição do espaço social e envoltas de valores correlacionados às suas práticas, e essas passam a se impor como certas a todos os outros modos de vida, deslegitimando assim as suas experiências, concepções e saberes. As famílias pobres procuram zelar pela integridade moral dos filhos ensinando-os a respeitar os outros, a não roubar, a valorizar o trabalho e a vida familiar, preparando-os desde cedo para ocupar o seu lugar em

uma sociedade bastante estratificada, onde lhes são reservadas as funções mais subalternas, mantendo-os longe das ruas e da criminalidade, das drogas e da delinquência. Socializadas com esses valores, as crianças tendem a aceitar a inevitabilidade do seu trabalho como parte do compromisso de solidariedade familiar e até a exaltar as suas virtudes, conforme têm constatado alguns investigadores (FAUSTO e CERVINI, 1991; ZALUAR, 1994).

Ao se descortinar as relações de sujeição e dominação no interior do campo social torna-se possível compreender que mesmo em situações em que se pretende a proteção da dignidade humana (noção esta também construída historicamente), as definições de padrões de normalidade podem estar envoltas por valores de classe que tendem a sobrepor-se aos valores de outros grupos, contribuindo para a construção de enunciações preconceituosas, deslegitimadoras, criminalizadoras e excludentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das normas legais sobre a temática infância e trabalho requer uma necessária abertura para uma escuta profunda dos sujeitos e dos contextos, que compreende a integridade do ser e possibilita o respeito aos hábitos e culturas diferentes. Neste sentido, fala-se do fomento para a criação de espaços para coprodução dos significados a partir da interação do mundo de si, do outro, do grupo e do contexto, reconhecendo a parcialidade de cada ponto de vista. Busca-se assim a redefinição de ações que atuem no campo estudado, no intuito de agregar metodologias integrativas e processos de escuta, que possibilitem identificar e compreender as múltiplas visões de mundo presentes no campo, e que possam estabelecer como base de atuação a proteção da criança e do adolescente, ao mesmo tempo em que promovam as pluralidades de infâncias;

Para tanto, torna-se imprescindível a realização de novo processo reflexivo, a partir das problemáticas advindas da imersão no campo social: repensando o processo de elaboração e aplicação das normas legais como instrumento de inclusão das pluralidades de pontos de vistas e de transformação social; refletindo sobre a efetividades das ações protetivas no campo de estudo, o usos das categorias existentes e novas pos-

sibilidades de intervenção social; bem como reconhecendo e criticando possíveis normas sociais violadoras de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Ordália A. **O Marco Legal da Primeira Infância**: quais infâncias, quais crianças? In: Avanços do Marco legal da Primeira Infância. Brasília. 2016.

ARAÚJO, Danielle. Trabalho Infantil: Desafios para a Superação de uma norma social no Brasil. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas, v. 21, p. 69-83, 2017.

ARAÚJO, F.M.B; ALVES, E.M; CRUZ, M.P. **Algumas reflexões em torno dos conceitos de campo e de habitus a obra de Pierre Bourdieu**. Revista Perspectivas da Ciência e Tecnologia. v.1, n. 1, jan-jun, 2009.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes. 1985.

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

BOURDIEU, Pierre. Coisas ditas. São Paulo: Brasiliense. 2004.

_____. O poder simbólico. Tradução: Fernando Tomaz, 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

_____. A miséria do mundo. org. Pierre Bourdieu. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012.

CRUZ, Maria N. A; ASSUNÇÃO, Ada. **A estrutura e organização do trabalho infantil em situação de rua em Belo Horizonte**, MG, Brasil. Revista Saúde Sociedade. São Paulo. v.17. n.1.2008.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco. 1987.

- _____. **Carnavais, Malandros e Heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco. 1997.
- DREYFUS, Hubert L. RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: más allá de estruturalismo y la hermenéutica. 1ª ed. - Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2001.
- DUSSEL, Enrique. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. 2005.
- FAUSTO, A; CERVINI, R. **O trabalho e a rua**: crianças e adolescentes no Brasil urbano dos anos 80. São Paulo: Cortez, 1991.
- FIKER, Raul. **Do mito original ao mito ideológico**: alguns percursos. Revista Transformação. n.7. p.9-19.1984.
- FOUCAULT, Michael. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GUARESCHI, P. **A ideologia**: um terreno minado. In: Psicologia & Sociedade. v. 8. N.2. jul/dez. 1996.
- HARAWAY, Donna. **Um manifesto para os ciborgs**: ciência, tecnologia e feminismo socialista na década de 80. In: Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Org: Heloísa Buarque de Hollanda. Rocco: Rio de Janeiro. 1995.
- MATTOS, Wilson Roberto de. **Negros contra a ordem**: astúcias, resistências e liberdades possíveis (Salvador, 1850-1888). Salvador: EDUNEB, EDUFBA, 2008.
- MARTINEZ, Albertina Mitjáns. **Trabajo infantil y subjetividad**: una perspectiva necesaria. Revista Estudos de Psicologia. v. 6. n. 2. 2001.
- MONTAGNER, Miguel A; MONTAGNER, Maria I. **A teoria geral dos campos de Pierre Bourdieu: uma leitura**. Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva. v. 5. n. 2. 2011.

- MONTANDON, C. **Sociologia da infância**: balanço dos trabalhos em língua inglesa. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 112, p. 33-60, 2001.
- PINHEIRO, Sérgio. **Democracia, violência e injustiça: o Não – Estado de Direito na América Latina**. Org. Juan E. Méndez, Guilherme O'Donnell, Paulo Sérgio Pinheiro, trad. Ana Luiza Pinheiro, Octacilio Nunes, São Paulo: paz e terra, 2000.
- REY, González, F. **Psicologia e Educação**: desafios e projeções. In O. A. Rays (Org), Trabalho pedagógico: realidades e perspectivas (pp 102-117). Porto Alegre: Sulina. 1999.
- SARTI, Cyntia A. **Família como espelho**. Um estudo sobre a moral dos pobres. São Paulo: Autores Associados, 1996.
- SILVA, Ana Célia da. **A representação social do negro no livro didático**: o que mudou? Por que mudou? Salvador: EDUFBA: 2011.
- SIROTA, R. **Emergência de uma sociologia da infância**: evolução do objeto e do olhar. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 112, p. 7-31, 2001.
- SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: Quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2009.
- VILANI, Jane Araújo dos Santos. **O que é trabalho infantil**. São Paulo: Brasiliense. 2010.
- ZALUAR, A. **Condomínio do diabo**. Rio de Janeiro, Ed. da UFRJ/Revan. 1994.

A DEVASTAÇÃO SOVIÉTICA

Elói Henrique Ghidetti Duarte

Introdução

Este artigo tem como finalidade resgatar informações, expor e firmar a ideia de que o comunismo soviético e suas estirpes cometeram mais crimes contra os Direitos Humanos na História do que outros tipos de ideologias como o fascismo e o nazismo. O mundo moderno (globalizado) presenciou diversas formas de governo como ditaduras, governos de esquerdas e direitas, mas na verdade, na política, a única forma que impera é a vontade e interesses dos partidos políticos. Ficou mais do que provado que o socialismo/comunismo nunca funcionou e nunca funcionará em prol da sociedade, mas em prol de membros partidários e de uma minoria política. Hoje militantes da esquerda brasileira acusam cidadãos conservadores de serem “fascistas” e defender a ditadura do proletariado.

1. O SURGIMENTO DA FOICE

A ideia de socialismo surgiu no século XIX através dos pensamentos de Karl Marx, cujas obras tentam expor as vantagens de um sistema justo em face do injusto, socialismo e capitalismo respectivamente. De acordo com a teoria socialista, todos os bens produzidos pela população deveriam ser consumidos pelos próprios trabalhadores, o que gera uma ideia de igualdade de produção e consumo, o contrario do capitalismo, onde o proletariado faz parte da força de

trabalho que produz para a burguesia, não usufruindo do trabalho prestado materialmente.

Como conceito de socialismo, pode-se dizer que:

O Socialismo é um sistema político-econômico ou uma linha de pensamento criado no século XIX para confrontar o liberalismo e o capitalismo (...) propõe a extinção da propriedade privada dos meios de produção e a tomada do poder por parte do proletariado e controle do Estado e divisão igualitária da renda. (FREITAS, 2019)

Muitos dizem que o socialismo é o caminho para o comunismo, este último nada mais é, segundo o sítio eletrônico Significados, do que:

Uma doutrina social segundo a qual se pode e deve restabelecer o que se chama “estado natural”, em que todas as pessoas teriam o **mesmo direito a tudo**, mediante a **abolição da propriedade privada**. Nos séculos XIX e XX o termo foi usado para qualificar um **movimento político**. (SIGNIFICADOS, s.d.)

O capitalismo propõe uma economia liberal, valorização da propriedade privada, livre produção e consumo, enquanto o socialismo prega economia planificada (controlada pelo estado), socialização dos meios de produção, extinção de classes sociais. Em outras palavras, no Capitalismo há menos Estado, por outro lado, no Socialismo há mais Estado, um governo controlado pelo proletariado.

A ideia de socialismo surgiu no século XIX, com os seguintes principais pensadores:

- Friedrich Engels nasceu aos 28 de novembro de 1820, na cidade de Barmen, sua formação era baseada na filosofia. Apesar de ser filho de um rico industrial, desde muito jovem já se preocupava com a realidade de miséria em que os trabalhadores das indústrias viviam, quando estudante já possuía ideias esquerdistas. (FREITAS, 2019)

- Karl Marx (1818–1883) foi um filósofo e revolucionário socialista alemão. Criou as bases da doutrina comunista, onde criticou o capitalismo. Sua filosofia exerceu influência em várias áreas do conhecimento, tais como Sociologia, Política, Direito e Economia. (FRAZÃO, 2019)

O socialismo como conhecemos hoje tomou forma no início do século XX, antes da revolução russa que estourou em 1918, no final da primeira guerra mundial. O Símbolo que representa o comunismo é um martelo e uma foice cruzados em um fundo vermelho. A foice seria a representação da força dos camponeses enquanto o martelo seria a força dos trabalhadores industriais. O fundo vermelho representa o sangue dos trabalhadores e o ideal da revolução comunista, conforme texto extraído do website Significados.

O Socialismo / Comunismo marxista são associados com a falta de liberdade individual, assim como manifestou Lenin de que “as pessoas não necessitam de liberdade (...) a liberdade é uma das formas da ditadura burguesa. Num Estado digno desse nome não existe liberdade. As pessoas anseiam pelo poder, mas o que diabos fariam se o tivessem?”. (CAWTHORNE, 2003)

Assim é verdade que nos anos 2000, os países considerados comunistas, como a Venezuela, Cuba, Coreia do Norte e China a liberdade individual e privada não é respeitada, não pode haver manifestação, há o controle total das redes de informações e internet e manipulação dos materiais didáticos.

Com relação à manipulação de materiais didáticos, Orley José da Silva assim descreveu a situação no Brasil:

Busca-se alinhar e aparelhar ideologicamente universidades e escolas públicas, principalmente, com seus aproximados 56 milhões de estudantes. Isto com o objetivo de instrumentalizar essas mentes para a sustentação de um governo socialista que seja consensual e duradouro a ser implantado no país. Está em curso, pois, em nosso sistema de ensino público o plantio da semente revolucionária socialista inspirada em Gramsci para uma revolução que se pretende pacífica, caso não haja acidente de percurso. Para o cumprimento deste objetivo, trabalha-se

na sociedade a construção hegemônica do ideal comunista por meio de estratégias discursivas que possibilitem a subjetivação dos sujeitos. (SILVA, 2014)

Ainda nos fundamentos da Escola Sem Partido, expressão usada para manifestar oposição ao ensino ideológico imposto na forma de lavagem cerebral (técnicas usadas pelos socialistas para uma revolução pacifista), a supressão da religião cristã e do modelo familiar tradicional é um dos alvos dos socialistas para se firmarem e criarem ativistas conforme teorias de Gramsci e Lenin:

Outra temática controversa é a insistência governamental na desconstrução dos conceitos de família tradicional e de heteronormatividade no material didático. Em abril de 2011, o MEC quis enviar recursos didáticos voltados à afirmação homossexual para 6.000 escolas de ensino médio. Tratava-se de um estojo composto de três vídeos contando histórias fictícias de relacionamento afetivo entre masculinos e femininos, acompanhados de um guia para orientação do professor. Apelidado na época de “kit gay”, o material foi elaborado pela organização não governamental Ecos – Comunicação em Sexualidade, em parceria com a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT). Em tese, serviria para combater o preconceito contra a pessoa homossexual na escola, mas foi entendido pelos seus opositores como indutor para a escolha de conduta sexual. (SILVA, 2014)

Essa forma de desconstrução e apoio revolucionário no íntimo das pessoas tem como base alguns dos itens do Decálogo de Lenin, supostamente escrito em 1913. O Decálogo de Lenin nada mais é do que alguns passos a serem tomados para a tomada do poder:

1. Corrompa a juventude e dê-lhe liberdade sexual; 2. Infiltra e depois controle todos os veículos de comunicação em massa; 3. Divida a população em grupos antagônicos, incitando-os a discussões sobre assuntos sociais; 4. Destrua a confiança do povo em seus líderes; 5. Fale sempre sobre Democracia e em Estado de Direito mas, tão logo haja oportunidade, assumo o

Poder sem nenhum escrúpulo; 6. Colabore para o esbanjamento do dinheiro público; coloque em descrédito a imagem do País, especialmente no Exterior e provoque o pânico e o desassossego na população; 7. Promova greves, mesmo ilegais, nas indústrias vitais do País; 8. Promova distúrbios e contribua para que as autoridades constituídas não as coíbam; 9. Contribua para a derrocada dos valores morais, da honestidade e da crença nas promessas dos governantes, nossos parlamentares infiltrados nos partidos democráticos devem acusar os não-comunistas, obrigando-os, sem pena de expô-los ao ridículo, a votar somente no que for de interesse da causa; 10. Procure catalogar todos aqueles que possuam armas de fogo, para que elas sejam confiscadas no momento oportuno, tornando impossível qualquer resistência à causa. (VALENTINI, 2013)

Hoje, os militantes do socialismo/comunismo defendem a honra de Lenin, Mao, Stalin e Gramsci (no Brasil o Lula, Marighela, Prestes, Olga, Lacerda e Che), buscam uma forma de sempre propagar a ideia “gloriosa” do socialismo e a utopia de que este sistema dá a população o senso de igualdade social e a divisão igualitária de bens. O líder comunista vira um Deus na terra, idolatrado e defendido, como exemplo o líder chinês Mao Tsé-Tung que hoje é cultuado e lembrado como “Grande Avô) na China.

Quem for oposto a este sistema serão hostilizados e de certa forma estigmatizados, atitudes estas que podem levar a um conflito civil em busca da legítima defesa. Os socialistas sempre se vitimizam perante os conflitos, esbravejando e acusando os opositores de diversas formas como se estes últimos fossem os reais inimigos de uma nação verdadeiramente democrática.

2. A REVOLUÇÃO RUSSA

A Rússia era um grande império que era administrado pelo Imperador (Czar) Nicolau II, do ramo Romanof. Nessa época o Império Russo era uma Monarquia Absolutista, o Imperador mantinha o controle e as principais decisões do governo e, mesmo sendo um Estado enorme geograficamente e com grande influência política na Europa, a Rússia era um país pobre comparada a outras monarquias europeias.

Um dos motivos para o início das desavenças entre a Monarquia e o proletariado é que, mesmo diante de tamanha deficiência de recursos que a população Russa vivia, a Monarquia sempre demonstrava riqueza e recursos, o que gerou um ar de insatisfação popular. Assim como no início da revolução industrial, muitas fábricas começaram a surgir na Rússia procurando mão de obra e expansão dos negócios. Neste diapasão, como de praxe em toda a Europa absolutista, o europeu trabalhava muito e ganhava pouco causando mais incômodo na população que já sofria com a pobreza.

Com essa insatisfação popular e as ideias prévias de Marx e Engels, a utopia do socialismo tomou forma, uma fantasia criada pelo proletariado e definitivamente moldada por Vladimir Lenin que sonhava em liderar uma revolução ‘prezando’ a igualdade social, extinguindo as classes sociais (burguesia e proletariado). Com esses acontecimentos, surgiu o Partido Operário Social-Democrata Russo fundado por Vladimir Lenin. Este partido foi logo proibido e considerado ilegal pelo Czar. Com essa proibição, Lenin fugiu para a Europa Ocidental passando a estudar e se organizar para elaborar estratégias para a ascensão a qualquer custo do socialismo e com isso o partido de Lenin foi dividido em duas categorias (SOUSA, 2018):

Bolcheviques: sob a liderança de Vladimir Lenin, acreditavam que o governo deveria ser diretamente controlado pelos trabalhadores. Com isso, a revolução proletária seria a responsável direta pelas transformações que modernizariam a economia Russa e daria fim aos contrastes sociais que marcavam o país.

Mencheviques: designava a facção que realizava uma interpretação ortodoxa dos conteúdos do pensamento marxista. Liderados por Georgy Plekanov e Yuly Martov, os mencheviques acreditavam que a burguesia deveria liderar a nova república a ser constituída após a queda do Czar Nicolau II. Dessa forma, as forças produtivas seriam devidamente ampliadas para que uma revolução socialista acontecesse décadas mais tarde.

Desta maneira, pode-se dizer que os Bolcheviques eram os radicais, desejavam a ditadura do proletariado para ascender mais rápido ao poder inclusive com o uso da violência.

Após a guerra Russo – Japonesa, que foi considerada uma derrota para a Rússia, a população foi manifestar em São Petersburgo com diversos temas de manifestação, como forma de sufocar essa manifestação, a guarda imperial (que não foi mandada pelo Czar), abriu fogo contra as pessoas, onde centenas foram mortas. Essa mágoa perpetrada pela guarda marcou o início da revolução de 1905, praticamente um ensaio para 1917. A pressão gerada por este conflito levou o Czar a abandonar a forma absolutista de Monarquia para uma Monarquia Constitucional, com a criação do parlamento (DUMA) e gerando mais democracia no Império.

Com a liberação de partidos políticos na Rússia, Lênin retorna a Rússia e juntamente com Josef Stalin cometem crimes como roubo a banco, dados consultados no sítio eletrônico Bank Note of History (s.d.), para poder financiar o partido leninista. Com isso Lenin fugiu novamente para a Europa para evitar uma prisão.

Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o Czar Nicolau decidiu entrar no conflito por apoiar a Sérvia politicamente, foi um dos erros que levou a ascendência total dos comunistas na Rússia:

Embora a Rússia tenha entrado na guerra, sua situação interna não era das mais favoráveis: constantes crises de fome, superexploração dos trabalhadores (urbanos e rurais), assim como movimentos que contestavam o poder do czar. Nos campos de batalha a situação dos combatentes russos não era melhor, pois os soldados eram obrigados a racionar munição e sofriam com a superioridade bélica dos inimigos – a Rússia não tinha condições financeiras para manter seus soldados na guerra (...). A entrada da Rússia na guerra serviu para acirrar os ânimos entre os opositores do regime czarista. Em 1917 estourou a chamada Revolução Russa e, em outubro deste mesmo ano, após a subida dos bolcheviques ao poder, a Rússia finalmente deixa a guerra. (THAIS, 2017)

Como resultado parcial da guerra, a inflação subiu, os trabalhadores ganhavam menos ainda e o pouco que tinham era somado para o esforço de guerra. Outra manifestação foi criada em 1917 e desta vez a

guarda imperial se alinhou com os manifestantes e em março de 1917 Nicolau II renunciou ao trono, que logo foi substituído pelo governo provisório da DUMA, o parlamento russo.

Após um período de tranquilidade para o governo provisório, Lenin e Trotsky retornaram para Rússia e seus discursos inflamados foi o estopim para o Outubro Vermelho, uma revolução orquestrada com o intuito de impor, finalmente, o comunismo bolchevique no poder russo.

Como forma de política social de distribuição de riquezas, Lenin logo ordenou que fazendas fossem obrigatoriamente divididas (pois não existe propriedade privada no socialismo) em diversos pedaços de terras para que a população urbana fosse logo enviada para lá e produzir alimentos. Porém, as pessoas que moravam na cidade não tinham experiência no campo e com isso a produção de alimentos caiu drasticamente.

Essas medidas de estatização das indústrias, controle do campo e na produção e, ainda, distribuição dos alimentos gerou uma onda de fome na Rússia, onde 05 milhões de pessoas morreram e foram afetadas outras 30 milhões de pessoas (MUNDO AO MINUTO, 2016).

3. AS PRIMEIRAS VÍTIMAS “OFICIAIS” DO COMUNISMO

Após um breve intervalo de paz, a Guerra Civil Russa tomou lugar. Um dos acontecimentos que marcou o início da revolução comunista foi a chacina da Família Imperial Russa, os “Romanov”, em 17 de julho de 1918. A queda da Monarquia na Rússia não teve participação popular (assim como no Brasil) e sim uma disputa de poderes entre bolcheviques e mencheviques, que terminou com a conquista dos primeiros ao poder da Rússia e logo trataram de prender a Família Imperial para evitar um possível resgate. Depois dos assassinatos, a Imperador Russo e sua família foram enterrados em uma cova não identificada na floresta em Yekaterinburg.

Como toda política socialista, os tribunais de julgamento são imparciais e julgam “acusados” de acordo com a conveniência do momento e opositores eram presos ou deportados (assim como foi no

Brasil), mas decidiram executar todos, conforme julgamento manifestado por Yakov Yurovsky, “Nikolai Alexandrovich, diante do fato que seus parentes continuam seu ataque contra a Rússia Soviética, o Comitê Executivo de Ural decidiu executá-lo”. (AVENTURAS NA HISTÓRIA, 2020)

E ainda, na matéria consultada no canal UOL (Aventuras na História), o autor ainda completou acerca da execução:

(...) imediatamente, o pelotão começou a atirar. Cada um tinha um nome de quem seria seu alvo, inclusive as crianças, mas a coisa logo descendeu ao caos porque a fumaça das armas tornou impossível ver qualquer coisa. A porta foi aberta e, quando a fumaça baixou, perceberam que os cinco filhos - a mais velha, Olga, com 22, o mais jovem, Alexei, com 13 - ainda estavam vivos. A ordem foi então matá-los com baionetas e o cabo dos fuzis. Quando isso não funcionou, mais tiros foram disparados.

A crueldade das execuções, claro, foi negada pelo regime soviético. Não há registros de que na época do apogeu comunista na Rússia, o regime soviético tenha reconhecido esta barbárie:

Durante o regime socialista na URSS, ninguém se atreveu a investigar a morte dos Romanov. Ou melhor, quase ninguém. Em 1979, dois curiosos russos – os amigos Alexander Avdonin e Gueli Riabov – encontraram sinais de uma cova suspeita nos arredores da Casa Ipatiev. Escavaram o local e retiraram de lá cinco ossadas que pareciam ser de integrantes da família real. Temerosos de que a descoberta fizesse a ira do Estado soviético cair sobre suas cabeças, eles recolocaram os ossos no lugar. Com o fim da URSS, em 1989, as ossadas foram novamente exumadas e submetidas a testes de DNA, que comprovaram: aqueles eram mesmo os restos mortais do czar Nicolau II, da imperatriz Alexandra e das filhas Olga, Tatiana e Anastásia.

No sítio eletrônico do History Channel, uma matéria mais detalhada respalda esses acontecimentos e que indiretamente, a trágica morte da Família Imperial Russa foi um assassinato pelo bem dos inte-

resses partidários, e que feririam os Direitos Humanos, se caso a declaração de 1948 existisse naquele tempo:

Em Yekaterinburg, na Rússia, o czar Nicolau II e a sua família foram executados em um dia como este, no ano de 1918, pelos bolcheviques - assim chamados os integrantes da facção do Partido Operário Social-Democrata Russo liderada por Vladimir Lênin -, fato que deu fim a três séculos de governo da Dinastia Romanov (...) os radicais socialistas bolcheviques, liderados por Lênin, tomaram o poder na Rússia e formaram um governo provisório (...) As autoridades locais receberam ordens para evitar um resgate dos Romanov, e, depois de uma reunião secreta, uma sentença de morte foi passada para a família imperial. (HISTORY CHANNEL, 2019)

No canal “TV Imperial” localizado no Streaming Youtube, há a exposição de 10 fatos sobre o covarde assassinato cometido pela ditadura soviética:

Autorização: A ordem para a chacina dos Romanov foi dada pelos Sovietes locais, não há provas de que Lenin e líderes em Moscou tivessem interesse em assassinar a Família Imperial. Porém, soviets locais receberam um telegrama da capital ordenando a execução do monarca mas não da família inteira; **O Motivo Oficial:** o extermínio era necessário, pois regimentos do “exército branco” que era a favor do Império se aproximavam e o governo mencionou uma conspiração contrarrevolucionária com o intuito de liberar o Monarca, mas não foi identificado nenhum sinal dessa conspiração que seria uma tentativa de libertar o Monarca; **Outra Bandeira:** Após saírem da Sibéria, de onde estavam após serem transferidos pelo governo russo, e após o levante bolchevique foram levados para Yekaterinburg. Essa viagem foi feita usando uma bandeira japonesa, da missão japonesa da Cruz Vermelha para evitar linchamento de revolucionários comunistas; **Dois Enterros:** Ao porão da casa Ipatiev, a Família foi alinhada de frente ao pelotão de fuzilamento, os membros que sobreviveram foram mortos por baionetas e foram escondidos em uma mina, depois foram

atirados em uma vala, onde jogaram ácido e atearam fogo para diminuir as chances de identificação; **O Destino:** Inicialmente, os soviéticos relataram apenas a morte do Imperador e que os demais membros da Família teriam fugido. Em 1920, os assassinos relataram os detalhes da execução; **Sem Comoção:** Infelizmente, o público Russo não se comoveu com a execução do Czar, o único que manifestou oposição ao ato cometido foi o líder da Igreja Ortodoxa (mas vale lembrar que qualquer manifestação em favor dos Romanov eram duramente reprimidos); **A Investigação:** A pedido da Igreja Ortodoxa, a processo de investigação foi reaberto em 2015 que queria confirmar a identidade dos restos mortais da Família, pois desde 2009 os Romanov foram canonizados pela Igreja local. Os restos mortais foram localizados em 1991; **O Sangue Real:** Como uma forma de comparar o DNA, foi preciso usar o sangue do marido da Sua Alteza Real Elizabeth II, pois ele era parente da Czarina Alexandra; **Ainda não Descansam:** Os restos foram transferidos para a Fortaleza de Pedro e Paulo, em 1998, e como processo de identificação, os restos de Alexei e Maria ainda não estão enterrados (até a data de 19 de julho de 2018), estando desrespeitosamente no arquivo estatal da Rússia; **Portadores da Paixão:** A casa onde ocorreu a chacina foi demolida e no lugar foi construída a Igreja do Sangue. (TVIMPERIAL, 2018)

4. A CONTABILIDADE ENSANGUENTADA

Como mencionado no título anterior, a Família Imperial Romanov foram as primeiras vítimas oficiais do comunismo como forma de governo em 1918. “Os números podem chegar a meros 100 milhões de mortos” (BOVARD, 2018) ou mais até os dias atuais onde essa doutrina é usada como forma de governo.

De acordo com o “Livro Negro do Comunismo – Crimes, Terror e Repressão”, os números totais de mortes nos Estados que de declaram Comunista/Socialista é incrivelmente surpreendente. Uma ideologia em comum em diversas etnias, culturas, religião e idiomas, números estimados até o ano de publicação da obra:

- **URSS**, 20 milhões de mortos, - **China**, 65 milhões de mortos, - **Vietnã**, 1 milhão de mortos, - **Coreia do Norte**, 2 milhões de mortos, - **Camboja**, 2 milhões de mortos - **Leste Europeu**, 1 milhão de mortos, - **América Latina**, 150.000 mortos, - **África**, 1,7 milhão de mortos, - **Afganistão**, 1,5 milhão de mortos. (COURTOIS, 1999)

Depois de fazer um comparativo dos regimes fascistas, nazistas e comunistas, pode chegar a uma conclusão segundo os autores da obra:

Nosso propósito aqui não é o de estabelecer uma macabra aritmética comparativa qualquer, uma contabilidade duplicada do horror, uma hierarquia da crueldade. Entretanto, os fatos são tenazes e mostram que os regimes comunistas cometeram crimes concernentes a aproximadamente 100 milhões de pessoas, contra 25 milhões de pessoas atingidas pelo nazismo. (COURTOIS, 1999)

O Nazismo foi condenado e proibido como partido e culto aos líderes justamente por ter perdido a guerra, os responsáveis terem sido julgados e expostos e a divulgação e propagação das imagens atingiu o mundo todo, “foi com legitimidade que os vencedores em 1945 situaram o crime - e em particular o genocídio dos judeus - no centro de sua condenação ao nazismo” (COURTOIS, 1999), enquanto nos regimes comunistas foram localizados e restritos aos países afetados, por isso vemos até hoje partidos comunistas usando a foice e martelo como o PC do B e demais “associados” às ideias leninistas-marxistas, quando deveriam ser proibidos.

A Gazeta do Povo *online* enumerou 17 crimes mais conhecidos que foram cometidos pelos comunistas:

O Terror Vermelho (antecedido pela Guerra Civil, somam ao menos 100 mil mortos); **Perseguição aos Kulaks e Cosacos** (até 5 milhões e por volta de 300 mil pessoas mortas respectivamente); **A fome de Tartaristão** (entre 2 a 5 milhões de mortos); **Holodomor** (pode chegar a 12 milhões de mortos); **Gulags** (14 milhões de prisioneiros incluindo os mortos); **Ye-**

zhovshchina (600 mil presos e/ou mortos); **A Intervenção na Mongólia** (entre 25 e 30 mil mortos); Invasão à Polônia (estima-se cerca de 150 mil mortos); **Massacre de Katyn** (mais de 20 mil pessoas mortas); **Massacre de Teodósia** (150 soldados feridos mortos); **Massacre de Grischino** (596 prisioneiros de guerra e civis executados); **O Estupro de Berlim** (estima-se por volta de 100 mil mortos); **A Esquizofrenia Progressiva** (números incertos); **Deportações Internas** (cerca de 250 mil deportados com muitos mortos); **Repressão à Revolução Húngara** (3 mil húngaros mortos); **Intervenção na Primavera de Praga** (137 mortos); **Janeiro Negro** (centenas de pessoas). (BRUM, 2017)

Os números são estimativas pesquisadas pelo autor da matéria Maurício Brum, em 2017, e as descrições dos acontecimentos demonstram, fora o período da Segunda Guerra, que os ataques aos Direitos Humanos e Individuais ocorreram para manter o comunismo no poder contando as mortes, escravização, exílios, deportações, desaparecimentos sistemáticos, censura e demais violações de Direitos tanto de prisioneiros de guerra e enfermos que tinha respaldo da legislação internacional, como a Convenção de Genebra, que dava certa proteção e dignidade a estas pessoas. (MUNDO ESTRANHO, 2011)

Assim como os nazistas, os comunistas são tão culpados quando os primeiros, e deveriam ter sido proibidos de expandir esses ideais leninistas-marxistas, assim como os ideais de Adolf Hitler, cujos crimes não chegam perto dos crimes socialistas.

Assim Disse Kruchev ao reconhecer em um discurso com seus “camaradas” as atrocidades cometidas pela URSS, porém mais tarde ele enviou tanques de guerra para Budapeste:

O que faremos com os que foram detidos, assassinados? [...] Sabemos agora que as vítimas das repressões eram inocentes. Temos a prova irrefutável de que, longe de serem inimigos do povo, eram homens e mulheres honestos, devotados ao Partido, à Revolução, à causa leninista da edificação do socialismo e do comunismo. [...] É impossível tudo esconder. Cedo ou tarde, os que estão na prisão, nos campos, sairão e retornarão a suas

casas. Eles relatarão então aos seus parentes, seus amigos, seus camaradas o que lhes aconteceu. [...] É por isso que somos obrigados a confessar aos delegados tudo a respeito do modo como o Partido foi dirigido naqueles anos. [...] Como pretender nada saber do que acontecia? [...] Sabemos que reinava a repressão e a arbitrariedade no Partido, e devemos dizer ao Congresso o que sabemos. [...] Na vida de todos os que cometeram um crime, vem o momento em que a confissão assegura a indulgência, e mesmo a absolvição. (COURTOIS, 1999)

CONCLUSÃO

A aparência de paz e prosperidade da URSS sob o comando de Stalin a frente de um partido único, o comunista, foi conquistado graças à máquina de propaganda que assim como as propagandas nazifascistas, passavam uma ideia de que o comunismo era a única solução para resolver os problemas sociais e trabalhistas, discursos que até hoje são usados pelos partidos vermelhos ao redor do Mundo.

A Convenção de Genebra visava proteger os feridos e prisioneiros de guerras e determinava uma série de regras para uma guerra “limpa”, sem o uso de atrocidades contra civis, extermínio em massa, genocídio e dominação de territórios. O Julgamento de Nuremberg abafou as atrocidades e os crimes cometidos pelos comunistas, pois a URSS estava no grupo aliado e sentava à mesa juntamente com a Inglaterra, Estados Unidos e França. A propaganda comunista não perdeu tempo em aproveitar essa oportunidade e fazer o engrandecimento estatal e se aproveitou do patriotismo surgido com a vitória em Berlim em 1945.

Nas escolas americanas, o “discurso” é mostrado como algo importante, há concursos de speech e fazer um speech é considerado um papel de honra. Os comunistas sabem usar o discurso de uma forma sedutora e cujas palavras conquistam as pessoas que se encontram em estado de necessidade, desvantagem profissional ou pessoas abertas e receptivas para qualquer forma de ideias. Os socialistas-comunistas se vitimizam, demonstram interesse em ajudar, publicam fotos juntos com trabalhadores e com IPI's (como capacetes de obras) e em um local carente de recursos para seduzir essa massa de pessoas

que aceitam abraçar essa revolução. Pois tudo que vem de mão beijada, contínuas propostas e promessas de governos socialistas, são melhores, são cômodas, porém a conta vai chegar e quem vai pagar será toda a sociedade através de duros impostos e trabalho pesado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANK NOTE OF HISTORY. **The Great Bolshevik Bank Heist of 1907: Lenin & Stalin's Tiflis Caper**. Disponível em <[https://www.educationalcoin.com/media/amfile/files/\(1\)images history-folios bolshevikbncard.pdf](https://www.educationalcoin.com/media/amfile/files/(1)images%20history-folios%20bolshevikbncard.pdf)>. Acesso em 12/02/2019.

BOVARD, James. Don't celebrate Karl Marx. His Communism has a death count in the millions. Disponível em: <https://www.usa-today.com/story/opinion/2018/05/05/karl-marx-communism-death-column/578000002/>>. Acesso em 12/02/2019.

BRUM, Maurício. **17 crimes contra a humanidade cometidos pela União Soviética**. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/17-crimes-contra-a-humanidade-cometidos-pela-uniao-sovietica-72k8knzyrinebrvkcngxrxya1u/>>. Acesso em 13/02/2019.

CAWTHORNE, Nigel. **A Vida Sexual dos Ditadores**. São Paulo, Ed. Ediouro, 2003, p.66.

COURTOIS, Stéphane e Outros. **O Livro Negro do Comunismo – Crimes, Terror e Repressão**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Bertrand do Brasil, 1999.

EPIC HISTORY TV. **História Épica: A Revolução Russa** (13min e 41 seg). Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=c-V9G1QUIm7w>>. Acesso em 27/02/2019.

FRAZÃO, Diva. **Karl Marx: Filósofo e Revolucionário Alemão**. Disponível em <https://www.ebiografia.com/karl_marx/>. Acesso em 04/02/2019.

FREITAS, Eduardo de. **O Socialismo**. Disponível em <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/o-socialismo.htm>>. Acesso em 04/02/2019.

FREITAS, Eduardo de. **Friedrich Engels**. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/friedrich-engels.htm>>. Acesso em 04/02/2019.

HISTORY CHANNEL. **Czar Nicolau II e Sua Família São Executados por Bolcheviques**. Disponível em <<https://seuhistory.com/hoje-na-historia/czar-nicolau-ii-e-sua-familia-sao-executados-por-bolcheviques>>. Acesso em 06/02/2019.

IMPERIAL, TV. **Assassinato dos Romanov, A Família Imperial da Rússia** (07min e 15seg). Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=tl7ytlMcV7g>>. Acesso em 15/02/2019.

MUNDO AO MINUTO. **A Fome Russa de 1921 Que Transformou Agricultores Pobres em Canibais**. Disponível em <<https://www.noticiasaoiminuto.com/mundo/713714/a-fome-russa-de-1921-que-transformou-agricultores-pobres-em-canibais>>. Acesso em 05/04/2019.

MUNDO ESTRANHO. **O Que É a Convenção de Genebra e o Que São Crimes de Guerra**. Disponível em <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-a-convencao-de-genebra-e-o-que-sao-crimes-de-guerra/>. Acesso em 15/02/2019.

NATIONAL GEOGRAFIC, “Giovani Amaral”. **Os Romanovs** (23min e 34seg). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=hXenIaMjzgM&list=PLVJ3bw_JfnFUfLTq3q3UjIJZSb-4jB_peS&index=3. Acesso em 15/03/2019.

PEÇANHA, Mario Alberto. Como Foram os Últimos Dias dos Romanovs?. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/execucao-familia-romanov-na-russia-ultimos-dias-como-foram.phtml>>. Acesso em 06/03/2020.

SIGNIFICADOS. **Significado de Comunismo**. Disponível em <https://www.significados.com.br/comunismo/>>. Acesso em 04/02/2019.

SIGNIFICADOS. **Significado da Foice e Martelo**. Disponível em <https://www.significados.com.br/foice-e-o-martelo/>>. Acesso em 04/02/2019.

SILVA, Orley José da. **Livros Didáticos para a Revolução Bolivariana**. Disponível em <http://www.escolasempartido.org/livros-didaticos-categoria/459-livros-didaticos-para-a-revolucao-socialista-bolivariana>>. Acesso em 05/02/2019.

SOUSA, Rainer Gonçalves. **Bolcheviques x Mencheviques**. Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/bolcheviques-x-mencheviques.htm>>. Acesso em 04/02/2019.

SULAMERICANOS. **A História da União Soviética: Ascensão e Queda da URSS** (10min e 02seg). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Y4HKxYawyPw>>. Acesso em 10/03/2019.

THAIS, Maria. **Como se deu a participação da Rússia na Primeira Guerra Mundial?**. Disponível em <https://guiadoestudante.abril.com.br/estudo/historia-russia-e-primeira-guerra-mundial/>>. Acesso em 04/02/2019.

VALENTINI, Gêssica. **Universitário se Recusa a Fazer Trabalho Sobre Marx e Escreve Carta**. Disponível em <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2013/10/universitario-se-recusa-fazer-trabalho-sobre-marx-e-escreve-carta.html>>. Acesso em 05/02/2019.

AS REGRAS DE NELSON MANDELA E A REALIDADE BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS ASPECTOS MATERIAIS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

Nádia Beatriz Farias da Silva Magioni

Najah Jamal Daakour Barakat

Luciani Coimbra de Carvalho

1. Introdução

Este artigo se propõe a analisar a tutela jurídica internacional dos direitos humanos do homem encarcerado, em especial as Regras de Mandela; visa analisar tal tratado de direitos humanos voltados aos encarcerados, analisando a efetividade desse tratado internacional no Brasil.

Pesquisa divulgada no Brasil em 2019, feita pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (VELASCO et al, 2019, s.p.), divulgou que há no Brasil 704.395 pessoas encarceradas, sendo que apenas há capacidade de abrigar 415.960, havendo a falta de 288.435 vagas. Esse número ultrapassa 750 mil presos, se forem contabilizados os que cumprem pena em regime aberto e os que estão em celas dentro de delegacias. Assim, os estabelecimentos penais estão 69,3% acima da capacidade.

A pesquisa divulgou também que apenas 18,9% dos presos trabalha e apenas 12,6% estudam. Desse total, 35,9% da população carce-

rária não tem condenação, e esperam julgamento para começar a cumprir a pena (VELASCO et al, 2019, s.p.).

Tais índices demonstram como a realidade brasileira acerca do tema é crítica, e este estudo tem como objetivo apontar o regime jurídico de proteção dos direitos humanos do preso aplicável ao Brasil e a disparidade desses direitos com a realidade.

2. A antropologia do indivíduo criminoso e das formas de punir

Cesare Lombroso (2013, pp. 4-5), considerado o fundador da antropologia criminal, inspirado na teoria evolucionista de Darwin, buscou analisar o indivíduo delinquente a partir de traços físicos, como o tamanho da mandíbula e do crânio. Defendeu que a tendência para o crime é inata e a delinquência uma doença, afirmando que o criminoso sofre uma tendência hereditária para o mal.

Esse foi extremamente criticado, notadamente por desconsiderar o livre arbítrio e porque novas pesquisas de medicina legal e sociologia afirmaram que, diferente do que Lombroso afirmou (2013, pp. 6-7), o meio social do indivíduo e fatores psicológicos são determinantes para a tendência delinquente.

O próprio Lombroso, em 1896, alterou o conceito de delinquente nato, e admitiu a possibilidade de cura do criminoso, decorrente do tratamento e reabilitação (SANTOS, 2012, p. 7212).

As ideias de Lombroso, porém, ganharam destaque devido à sua utilidade social e política, permitindo que Estados totalitários utilizassem a ideia de que alguns nascem perigosos, para excluir e matar determinados grupos, independentemente da prática de algum fato criminoso, criando um perigoso mecanismo de controle social (SANTOS, 2012, p. 7211).

A Criminologia Crítica abandonou o estudo do crime a partir do indivíduo delinquente e passou a estudar o processo de criminalização, passou a indagar quem seria o criminalizado, se efetivamente existe diferença entre os criminosos e os não criminosos, passou a observar que o homem criminoso não existe como realidade ontológica, sendo um conceito social e político (SANTOS, 2012, pp. 7219-7220).

O olhar social pejorativo que recai sobre o indivíduo etiquetado de criminoso faz com que os indivíduos encarcerados com frequência sejam alvo de diversas violações em seus direitos humanos, sendo des-ses retirado comumente muito mais do que o direito à liberdade, mas diversos outros direitos básicos, como à convivência familiar, à integridade física, e à própria vida.

Michel Foucault (1999, pp. 11-16), na célebre obra “*Vigiar e Punir*”, afirma que as punições com extrema violência, com mortes, espancamentos e linchamentos em público, comuns até o século XVII, eram adequados ao Poder Estatal soberano; o poder do rei era tamanho que uma afronta à lei (advinda do soberano) significava uma afronta ao próprio soberano.

Com a tomada do poder pela burguesia após a Revolução Francesa, no final do século XVIII, passou-se a inadmitir tal forma de punição, notadamente pela ineficiência e imprevisibilidade. A humanidade, aliada à economia e eficiência, que alteraram a forma de punir, sem castigos físicos, relacionam-se, ainda, à ideia de não se igualar ao criminoso (FOUCAULT, 1999, pp. 16-22).

A partir do século XIX, a punição passa a integrar uma nova forma de controle social, com maior vigilância. Tal vigilância vale não apenas para os considerados delinquentes, mas os cidadãos em geral. A disciplina passa a ser uma forma de produzir cidadãos engrenados à era pós-absolutismo e com a revolução industrial (FOUCAULT, 1999, pp. 22-36).

3. Documentos internacionais de proteção aos presos

O regime jurídico internacional de normas de proteção diretamente relacionadas aos direitos humanos dos presos compõe-se, basicamente, de dois documentos internacionais que tratam exclusivamente sobre o tema, que são as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, também denominadas de Regras Nelson Mandela, e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também denominadas de Regras de Bangkok.

Há, ainda, diversos documentos internacionais também vinculados ao tratamento dos presos, ainda que não se refiram exclusivamente aos mesmos. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê em seu artigo 5º que *“Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”* (Organização das Nações Unidas, 1948).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, por sua vez, trata do tema do artigo 6º ao 11º, repetindo à vedação à tortura já prevista na Declaração de 1948, e prevendo, ainda, diversos outros direitos como a vedação da prisão arbitrária, sem fundamentos e procedimentos legais, o dever de informação das razões da prisão, o dever de levar o preso ao juiz após a prisão, a garantia de que a prisão preventiva não deve ser a regra, o direito ao recurso contra a prisão ilegal, o direito a ser tratado com humanidade, a reabilitação como objetivo principal da pena, a separação entre jovens e adultos e entre condenados e não condenados, entre outros.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também prevê diversos direitos aos detentos, sendo esses extremamente semelhantes aos direitos previstos no Pacto Internacional de direitos civis e políticos.

Há, ainda, a Convenção Internacional e a Interamericana que tratam do Desaparecimento Forçado de Pessoas, que também possuem diversas disposições a respeito de direitos dos presos vinculados ao direito à informação acerca da prisão e à comunicação da prisão aos familiares, além de determinar a existência de registros estatais oficiais de presos.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura também podem ser consideradas como relacionadas ao tema, uma vez que apesar de a tortura poder ocorrer em diversos outros contextos, é extremamente comum que seus relatos venham exatamente dos locais em que as pessoas encontram-se encarceradas, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou como castigo.

Observa-se, assim, que tradicionalmente os direitos humanos dos presos foram essencialmente vinculados a garantias estatais de absten-

ção do Estado no tratamento cruel, degradante, e à tortura, direitos esses que ainda encontram guarida em novos tratados internacionais específicos sobre o tema, especialmente pela atual e constante violação estatal desses direitos em todo o mundo.

Há nos diversos tratados internacionais que tratam do tema, a preocupação com a garantia do devido processo legal, com a garantia de direitos relacionados à prisão emanada de uma ordem válida, com a garantia de separação entre os presos, e o direito à reabilitação como sendo a finalidade da pena, podendo-se observar como liame comum uma constante preocupação com a garantia da integridade física do encarcerado.

4. As Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos ou Regras de Nelson Mandela

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, também denominadas Regras de Nelson Mandela, foram inicialmente adotadas pelo I Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Delinquentes, ocorrido em Genebra, em 1955. Posteriormente, o Conselho Econômico e Social as aprovou por meio das Resoluções n. 663, de 1957, e n. 2076, de 1977. Em 2015, essas foram atualizadas e aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, em 2015. A Assembleia Geral da ONU aprovou, ainda, sua denominação honorífica como “*Regras Nelson Mandela*”, em homenagem àquele que ficou 27 anos preso, em razão da luta pelos direitos humanos, pela democracia, pela igualdade e pela promoção da paz (RAMOS, 2018, pp. 216-217).

A natureza jurídica das Regras Nelson Mandela são de *soft law*, isto é, de normas não vinculantes de Direito Internacional, podendo se tornar vinculantes com a anuência dos Estados (RAMOS, 2018, p. 217).

Tal documento internacional é composto por 122 artigos, e está dividido em três partes, quais sejam, as observações preliminares, as regras de aplicação geral (1 a 85) e as regras aplicáveis a categorias especiais (Regras 86 a 122).

Pretende-se neste tópico estabelecer as diretrizes gerais que permeiam essas regras mínimas, não havendo qualquer pretensão de esgotar o tema, inclusive pela sua amplitude.

Já nas observações preliminares das Regras de Mandela, explicita-se que tais regras não pretendem descrever de forma pormenorizada um sistema penitenciário e que, tendo em consideração a imensa variedade de condições legais, sociais, econômicas e geográficas existentes. O objetivo das Regras de Mandela foi estabelecer regras e princípios básicos para a estruturação da organização penitenciária e o tratamento dos detentos (RAMOS, 2018, pp. 217-218).

A primeira parte cuida de matérias referentes à administração dos estabelecimentos penais e se aplica a todas as categorias de reclusos (incluindo os que cumprem prisão preventiva, cumprem pena, ou por qualquer outro fundamento).

A primeira regra estabelece que os presos devem ser tratados com respeito, tutelando a sua dignidade como ser humano. Estabelece, ainda, que não é admissível a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e que o recluso deve ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.

Na sequência, afirma-se que a aplicação das regras deve se dar de forma imparcial, sem qualquer tipo de discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição. Estabelece também que as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o preso devem ser respeitados.

Na situação dos reclusos com deficiência, preceitua que as administrações prisionais devem promover os ajustes necessários para permitir que tais detentos tenham acesso efetivo à vida prisional, com base na igualdade (RAMOS, 2018, p. 218).

A regra número três estabelece que a privação da liberdade e, conseqüentemente, à autodeterminação, são penosas, não devendo o sistema prisional agravar o sofrimento inerente a esta situação.

Os objetivos da sentença de encarceramento foram estabelecidos como sendo a proteção da sociedade contra a criminalidade e a redução da reincidência. Segundo as regras de Mandela, esses objetivos apenas podem ser alcançados se o período de encarceramento for usado para buscar a reintegração de tais indivíduos à sociedade, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis após sua soltura. Por isso, preceitua que as administrações prisionais

devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, e outras formas de assistência, como a moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas e atividades devem ser oferecidos de acordo com as necessidades e crenças individuais. Assim, deve-se procurar minimizar as diferenças entre a vida encarcerada e aquela em liberdade, a fim de impedir a redução da responsabilidade dos detentos ou a diminuição do respeito à sua dignidade como seres humanos.

Previu-se também a impossibilidade da prisão sem ordem de detenção válida. Exige-se, ainda, a existência de registros de informações dos detentos, inclusive com o contato de familiares, o processo judicial que responde, informações sobre disciplina e sanções disciplinares, e informações a respeito de tortura, tratamento desumano, cruel e degradante e, em caso de falecimento, a causa e o destino do corpo.

Há, ainda, diversas regras relativas às condições de alojamento, vestuário, alimentação, assistência médica, assim como o direito à leitura, ao inventário dos bens pessoais do preso guardados na instituição, à informação e acesso ao mundo exterior.

Há, ainda, diversas disposições acerca da disciplina dentro dos estabelecimentos penais, assim como acerca das infrações, punições e revistas das celas. Observa-se, a partir da leitura dessas regras, que a diretriz que permeia mencionadas regras é a norma número 36, que determina que a disciplina deve ser mantida com firmeza, sem, no entanto, estabelecer restrições mais gravosas que as necessárias para a segurança e boa organização do estabelecimento.

A segunda parte das regras mínimas são regras aplicáveis a categorias especiais de reclusos, havendo normas destinadas aos condenados, aos reclusos com transtornos mentais e problemas de saúde, e aos presos que aguardam julgamento.

As normas destinadas aos condenados constituem-se de diversas normas voltadas à ressocialização e ao retorno adequado à vida em sociedade, havendo disposições específicas acerca do trabalho, do estudo e do lazer, além de normas de assistência pós prisional.

Observa-se, assim, que as Regras de Mandela estabelecem regras mínimas de tratamento dos presos, estabelecendo medidas que resguardam sua dignidade (proibindo tortura e tratamento desumano e prevendo diversas condições materiais mínimas de alojamento e higie-

ne), e que os preparam para o retorno à sociedade (com a promoção do trabalho, do estudo, do contato com a família), além de regras voltadas à manutenção da disciplina dentro dos estabelecimentos prisionais. Apesar de não serem vinculantes, constituem importante documento internacional de proteção dos direitos humanos desses indivíduos, que historicamente tem sido constantes alvos de violações à sua dignidade, e tem sido utilizado como guia no desenvolvimento de leis e políticas públicas acerca do tema.

4.1. As previsões das Regras de Nelson Mandela relacionadas às condições materiais de alojamento, trabalho, educação e assistência dos detentos

Ao tratar da ocupação dos detentos e à ocupação carcerária, as Regras de Nelson Mandela preveem, em síntese, que deve ser garantido aos detentos os direitos mínimos referentes à permanência digna no estabelecimento penal, não se podendo restringir mais direitos fundamentais além daqueles decorrentes da própria privação da liberdade.

No que se refere à ocupação carcerária, inicialmente, prevê a regra número 11 que os detentos devem ser separados por categoria, os homens separados das mulheres, os jovens separados dos adultos, os presos preventivos separados dos condenados, e os presos civis dos presos criminais.

No que se refere ao alojamento, as regras 12 a 17 dispõe que as celas devem ser individuais, e que caso se opte pelo uso de dormitório coletivo, devem ser cuidadosamente escolhidas as pessoas como capazes de estar nessa condição. Estabelece, ainda, a necessidade de vigilância noturna no caso de utilização de dormitório.

A regra número 13 afirma que todos os locais destinados aos presos, e em especial os dormitórios, devem satisfazer as exigências de saúde e higiene, levando-se em consideração, de acordo com as condições de clima de cada localidade, o espaço mínimo, a ventilação, a iluminação, a cubicagem de ar disponível, e o aquecimento.

Os locais em que os detentos trabalham ou vivem, por sua vez, devem ter janelas amplas que permitam a circulação de ar e a entra-

da de luz natural, independentemente da existência de luz artificial, devendo também haver luz artificial suficiente para não prejudicar a visão no momento da leitura e do trabalho, conforme prevê a regra 13 da mencionada convenção.

Estabelece, ainda, que as condições sanitárias devem ser adequadas, devendo existir um ambiente limpo e decente para efetuar suas necessidades. Visa o documento internacional prever que é proibida a colocação de apenas um buraco com fossa negra, realidade comum em diversos países do mundo por muito tempo.

Também devem existir nos estabelecimentos prisionais condições de ducha e banho para quando desejarem ou quando seja deles exigido tomar banho, de acordo com as noções de higiene gerais do local, que deve se adaptar à localidade e ao clima (regra 17). Nesse ponto, é importante ressaltar que a higiene foi colocada não apenas como um direito do preso, mas também como dever (regra 18).

Ainda quanto à higiene, preveem as Regras de Mandela que deve ser fornecido aos presos itens de higiene pessoal necessários à limpeza e saúde, e água, devendo ser garantidos também meios de cuidar do cabelo e da barba (regra 18).

Estabelece-se como regra geral no art. 17 que todas as áreas do estabelecimento prisional utilizadas pelos detentos de forma regular devem ser mantidas conservadas e limpas.

Quanto ao vestuário, a regra 19 estabelece que esse deve ser adaptado às condições climáticas, devem estar limpos e em bom estado, e não pode ser humilhante ou degradante; deve-se, ainda, a eles garantir a lavagem frequente das roupas íntimas para manutenção da higiene. Afirma, ainda, que os detentos que não usam seu próprio vestuário, mas sim uniformes, tem o direito de usar outra roupa sempre que autorizados a sair do estabelecimento prisional.

Afirma, ainda, que cada preso deve ter um leito e roupa de cama próprios, esta última em boas condições e mudada com frequência para garantir sua limpeza.

Há, ainda, nas Regras de Mandela diversas outras regras relativas às condições materiais de vida no interior do estabelecimento prisional, que são diretamente afetadas com as condições de superpopulação carcerária.

Previu-se, assim, que os presos tem o direito de ao menos uma hora de exercício adequado ao ar livre, devendo lhes ser fornecida educação física e recreativa.

Esses também tem direito à prestação de serviços médicos, a serem fornecidos pelo Estado, de acordo com os mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à sociedade em geral, tendo acesso a esses de forma gratuita e sem discriminação.

Os reclusos tem direito, ainda, a ter contato com a família por meio de correspondência e, se for possível, por outros meios eletrônicos, e por meio de visitas. Esses tem o direito de cumprir pena, sempre que possível, em estabelecimentos próximos de sua casa, a fim de priorizar a reabilitação social (regras 58 e 59).

As regras mínimas de tratamento dos presos da ONU preveem também que todos os reclusos devem ter a oportunidade de trabalhar em conformidade com suas aptidões física e mental, e que o trabalho deve ser, na medida do possível, útil de forma que os mantenha ativos e que aumente sua capacidade de ganharem a vida honestamente quando soltos. O trabalho não deve ser penoso ou em regime de escravidão. Afirma, ainda, que deve ser fornecido aos detentos, em especial aos jovens, formação profissional, em profissões úteis (art. 94 a 98).

A Regra 104, por sua vez, prevê que devem ser tomadas medidas para melhorar a educação dos reclusos, sendo que a educação dos reclusos analfabetos e jovens é obrigatória. Em prol da saúde mental e física, devem ser estabelecidas atividades culturais e recreativas.

Observa-se, assim, que as diversas regras mínimas referentes às condições materiais de encarceramento (alojamento e higiene dignos, além de trabalho e assistência médica) visam diminuir as diferenças entre a vida encarcerada e a vida livre, diminuindo as restrições aos direitos humanos que não são inerentes à privação da liberdade. Esses direitos, no entanto, ficam extremamente prejudicados no contexto da realidade brasileira, em que apesar desses serem garantidos na legislação, não o são de fato, conforme a seguir se demonstrará.

5. A realidade brasileira quanto à garantia jurídica das Regras de Mandela no tocante às condições materiais dos estabelecimentos prisionais

Em relação ao aspecto jurídico, observa-se que grande parte das garantias, direitos e deveres previstos nas Regras de Mandela encontram tutela jurídica no Direito Brasileiro na Lei de Execução Penal, mais precisamente na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Entretanto, a legislação interna ainda encontra-se aquém das regras mínimas da ONU no tratamento dos presos em especial no que toca às condições de higiene dos detentos, não tendo sido atualizada para garantir ao menos tais regras mínimas.

Em relação às condições materiais, dispõe o artigo 88 da Lei de Execução Penal, no que se amolda às Regras Mínimas de Mandela, que o detento deverá ser alojado em cela individual, que conterà dormitório, lavatório e sanitário.

Apesar de a Lei de Execução Penal não abarcar todo o regramento mínimo previsto nas Regras de Mandela em relação ao sanitário e lavatório (as regras de Mandela preveem, por exemplo, que o sanitário deve ser decente e limpo), a Lei de Execução Penal, em seu parágrafo único, dispõe de forma geral que a unidade da cela deve ter salubridade, devendo haver aeração, presença de luz e condicionamento térmico adequado.

Ainda no mencionado parágrafo único do art. 88 prevê que a cela deve ter área mínima de seis metros quadrados.

Prevê, ainda, o artigo 89 da Lei de Execução Penal que nos estabelecimentos penais destinados a mulheres, deve haver local adequado para gestante e parturiente, e creche para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de 7 anos, caso a responsável esteja presa e a criança estiver desamparada.

Quanto à assistência ao preso, prevê o artigo 11 que essa deve ser: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. A assistência material compreende o dever de fornecimento pelo Estado de material de higiene, vestuário e alimentação.

A assistência à saúde, por sua vez, abrange o atendimento médico, odontológico e farmacêutico, devendo ter caráter preventivo e curativo. Quando não houver esse atendimento dentro do estabelecimento pri-

sional, esse será feito fora da unidade, mediante autorização da direção. Prevê, ainda, a Lei de Execução Penal o dever de assegurar acompanhamento médico à detenta gestante, no pré-natal e no pós-parto, e ao recém-nascido.

Não há na Lei de Execução Penal qualquer referência à saúde mental do preso e à assistência psiquiátrica e psicológica, como menciona as Regras de Mandela.

A assistência jurídica, por sua vez, destina-se às pessoas sem recursos financeiros para constituir um advogado, e deve ser garantida pelo Estado por meio da atuação da Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

Ainda de acordo com as Regras de Mandela, prevê a Lei de Execução Penal que o ensino de primeiro grau será obrigatório e integrará o sistema escolar da unidade federativa, devendo ainda ser fornecida formação profissional do preso. O ensino médio, entretanto, será implantando de acordo com preceitos de universalização. Também atendendo às mencionadas regras mínimas da ONU, prevê o artigo 21 da Lei de Execução Penal a obrigação de cada estabelecimento possuir uma biblioteca, para o uso de todos os reclusos.

A assistência social, por sua vez, tem como objetivo amparar os detentos e prepará-los para o retorno à liberdade, objetivo esse que se amolda perfeitamente às diretrizes gerais das Regras Mínimas da ONU. Para tanto, a assistência social dos presídios deve orientar o preso e sua família e promover a obtenção de documentos e de benefícios sociais e previdenciários.

Deve haver, ainda, assistência religiosa no interior do estabelecimento prisional, com liberdade de culto e crença, nos termos do artigo 24 da Lei de Execução Penal. As atividades recreativas e a prática esportiva também são previstas na Lei de Execução Penal, mais precisamente no artigo 83 da Lei de Execução Penal.

A Lei de Execução Penal regulamenta, ainda, o trabalho do preso como um direito e um dever, devendo esse ser útil e produtivo, também atendendo nesse ponto as Regras de Mandela. Vai além das regras mínimas ao prever que o trabalho deve ser remunerado, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, devendo haver precauções em relação à segurança e higiene.

O detento tem direito, ainda, a ter contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura de livros e revistas e de outros meios de informação; nesse ponto, tal regra igualmente se amolda às Regras de Mandela. O contato com a família dá-se, ainda, por meio de visitas de cônjuge, companheiro, amigos e parentes em dias determinados pela unidade prisional.

Conclui-se, assim, que vários dos direitos mínimos previstos nas Regras de Mandela em relação às condições materiais dos presos nos estabelecimentos prisionais encontram-se também previstos na Lei de Execução Penal, ainda que de forma mais restrita, sendo que a lei brasileira prevê, além das regras mínimas, também diversas disposições relativas ao tratamento das mulheres, gestantes e das crianças. Entretanto, como a seguir se analisará, apesar das mencionadas garantias jurídicas, a efetividade desses direitos é mínima no país.

6. Dados da realidade brasileira acerca das condições materiais da população carcerária e a atual violação dos direitos mínimos das Regras de Mandela e das próprias normas da Lei de Execução Penal brasileira.

Em abril de 2019, foi divulgada pesquisa no Brasil, feita pelo denominado Monitor da Violência, composto pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, segundo a qual há no país 704.395 pessoas encarceradas, sendo que apenas há capacidade de abrigar 415.960, havendo a carência de 288.435 vagas. O número de detentos ultrapassa 750 mil presos se forem contabilizados os que cumprem pena em regime aberto e os que estão em celas existentes em delegacias. Dessa forma, os estabelecimentos penais estão 69,3% acima da capacidade máxima (VELASCO et al, 2019, s.p.).

Pernambuco é o estado da federação com maior superlotação, possuindo 178,6% a mais de detentos do que a capacidade; Roraima encontra-se em segundo lugar com 166,2%, Amazonas em terceiro com 136,8%, o Distrito Federal em quarto com 125,8%, e Mato Grosso do Sul com o quinto pior índice de superlotação com 117,3% (VELASCO et al, 2019, s.p.).

As condições de alojamento no país destoam totalmente das previsões mínimas das Regras de Mandela e das próprias normas da Lei de Execução Penal. A realidade de superlotação dos estabelecimentos prisionais viola todas as normas acerca do alojamento, e da estrutura que o cerca. Não apenas é desrespeitado o direito à cela individual, mas muitos outros direitos mínimos, como a existência de colchões individuais, banheiros limpos e para todos, produtos de higiene, ventilação e aeração.

A extrema superlotação faz com que seja comum a realidade de dormir no chão, ou, ainda, que haja rodízio entre os detentos para dormir na cela ante a extrema falta de espaço. Esta última realidade, narrada em reportagem jornalística de Natal, Rio Grande do Norte, é comum em delegacias no país (G1 Rio Grande do Norte, 2015, s.p.).

Também o fornecimento de produtos de higiene é extremamente precário e insuficiente nos presídios do país, fazendo com que os presos que não tem família que lhes forneçam tais materiais padeçam do acesso a tal direito mínimo previsto nas Regras de Mandela. A autora Nana Queiroz, autora do livro *Presos que Menstruam*, em entrevista, narra situações em que presas no país foram obrigadas a usar miolo de pão como absorvente e jornal como papel higiênico (PAOLIERI; MACHADO, 2015, s.p.).

Segundo a mencionada pesquisa no Monitor da Violência, apenas cerca de 18,9% dos presos trabalham no país, e 12,6% estudam (VELASCO et al, 2019, s.p.), não havendo vagas para todos, ou seja, o direito ao trabalho e ao estudo é garantido à uma pequena minoria.

Também a assistência jurídica aos presos é extremamente precária, sendo que essa foi apontada pelo ONU como a principal razão da manutenção das prisões arbitrárias; conforme o documento, defensores públicos muitas vezes tem de lidar com até 800 casos de uma vez, o que impacta negativamente a assistência prestada aos presos (Redação da Rede Brasil Atual - RBA, 2013, s.p.).

Também a assistência à saúde dos detentos é extremamente precária, sendo comum mortes por doenças tratáveis. Em 2013, apenas 30% dos detentos tinham acesso a serviços de saúde (RODRIGUES, 2013, s.p.). O relatório estatístico do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) de 2016 constatou que em 2016, 85%

das pessoas privadas de liberdade estão em unidades com módulo de saúde. Apesar do avanço, as condições de assistência à saúde ainda são extremamente precárias, sendo que em muitas unidades prisionais há atendimento de pouquíssimos médicos para milhares de presos.

Dados divulgados em abril de 2019 do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro - MEPCT/RJ apontam o colapso na assistência à saúde prisional no Rio de Janeiro. O número de mortes dentro dos estabelecimentos prisionais em 2010 foi de 125, e em 2017 foi para 268, sendo que a maior parte dessas mortes decorreu de doenças tratáveis (FERNANDES, 2019, s.p.).

O tema da violação reiterada dos direitos fundamentais da população carcerária fez com que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizasse Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 347) junto ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a adoção de diversas medidas no tratamento da questão prisional do país.

No julgamento da medida cautelar, o plenário do Supremo Tribunal Federal considerou que a violação constante e reiterada de todos os poderes públicos dos direitos humanos dos presos, aliado à omissão quanto à tomada de providências, que ferem sua dignidade, higidez física e psíquica, constitui um estado de coisas inconstitucional, deferindo parcialmente a medida.

Tais índices demonstram como a realidade brasileira acerca do tema é crítica, e totalmente distante do regime jurídico de proteção dos direitos humanos das condições materiais do preso no direito interno e no direito internacional.

7. Conclusão

O estudo acerca dos direitos humanos dos presos no país se mostra extremamente relevante, notadamente em razão da reiterada e brutal violação a esses direitos encontrada no país.

Aos detentos brasileiros são retirados muito mais do que o direito à liberdade e conseqüente autodeterminação, mas, ainda, são comumente retirados condições mínimas de existência digna.

Ao serem presos, tais pessoas perdem, muitas vezes, o direito de dormir, tendo de fazer rodízio em razão da falta de espaço, perdem

o direito de se higienizar em razão da falta de produtos de higiene, perdem o direito de deitar em um colchão tendo de dormir no chão, perdem o direito de exercer a paternidade ou maternidade e todos os demais laços familiares em razão da falta de visitas, perdem o direito de estudar e trabalhar em razão da falta de vagas, perdem muitas vezes o direito de existir em razão da falta de tratamento à saúde.

A realidade brasileira no que toca às condições materiais dos detentos revela uma brutal violação de direitos humanos, garantidos não apenas no âmbito internacional, mas também pela própria legislação interna.

Referências

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 28 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em: 29 mai. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 05 jun. 2019.

FERNANDES, Leonardo. Entenda o colapso na saúde do sistema penitenciário do Rio de Janeiro. Número de mortes em presídios do estado subiu 114% nos últimos 7 anos, a maioria causada por doenças tratáveis. 2019. Disponível em: <<https://www.brasiledefato.com.br/2019/04/26/entenda-o-colapso-na-saude-do-sistema-penitenciario-do-rio-de-janeiro/>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Histórico da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Ed. Vozes. 27ª Edição, 1999. p. 11-16.

LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013. P. 4-5

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos. 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Acesso em 28/05/2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2019.

PAOLIERI, Júlia; MACHADO, Wagner. Prisões femininas: presas usam miolo de pão como absorvente. Disponível em : <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/prisoes-femininas-presas-usam-miolo-de-pao-como-absorvente,cbaec6a46c78ba371b-f9e9b00dd051cd2i3uRCR D.html>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2018. 5ª Edição.

REDE BRASIL ATUAL - RBA. Relatório da ONU reforça deficiências na assistência jurídica a presos no Brasil. 2013. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/03/relatorio-da-onu-indica-deficiencias-na-assistencia-juridica-a-presos-no-brasil/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

RODRIGUES, Karine. Apenas 30% dos presos do país têm assistência à saúde, 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apenas-30-dos-presos-do-pais-tem-assistencia-saude-11003148>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. Lombroso no Direito Penal: o destino d'’O Homem Delinquente’ e os perigos de uma ciência sem consciência. In: CONPEDI, 2012, Uberlândia-MG. Publicação Compedi - anais de Uberlândia, 2012.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago; CARVALHO, Bárbara; LEITE, Caroline; PRADO, Gabriel; RAMALHO, Guilherme. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

GENOCÍDIO ARMÊNIO: MEMÓRIA E NEGAÇÃO

Guilherme Manoel de Lima Viana

INTRODUÇÃO

O artigo faz uma análise do crime de genocídio e dos fatos ocorridos no Império Otomano, a partir da Primeira Guerra Mundial até 1923, onde 1,5 milhão de pessoas perderam a vida devido às atrocidades cometidas contra o povo armênio que vivia sob o domínio do governo otomano.

O extermínio do povo armênio pelo Império Otomano é um momento importante da história, não somente para os Estados e povos envolvidos, mas também para o mundo. As atrocidades tiveram início bem antes, desde que a Armênia passou a fazer parte desse império. Mas foram os acontecimentos ocorridos a partir de abril de 1915 que culminaram no chamado genocídio. E, mesmo após o término da Primeira Guerra Mundial em 1918, as perseguições contra o povo armênio perduraram só tendo findado em 1923, quando foi fundada a República da Turquia.

O Genocídio Armênio é considerado como o primeiro grande genocídio do século XX, chamado de Século dos Genocídios, devido ao grande número de atrocidades cometidas contra minorias. Depois de um século do início do genocídio cometido contra os armênios, esse povo ainda segue em busca do reconhecimento mundial.

Muitos países continuam a negar que os acontecimentos relatados foram um genocídio e na visão turca, os fatos ocorridos são consequência de um conflito, a Primeira Guerra Mundial.

O trabalho tem como objetivo analisar o contexto histórico em que os fatos ocorridos no Império Otomano, durante a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918) até 1923, estão inseridos e reconhecer que as atrocidades sofridas pelo povo armênio se enquadram no crime de genocídio.

A justificativa para a escolha do tema está relacionada ao interesse em mostrar que no início do século XX, ocorreu um genocídio contra o povo armênio praticado pelo Império Otomano e, apesar de ser reconhecido por diversos países, ainda é negado por muitos outros, inclusive, por seu perpetrador, a Turquia.

1. PANORAMA HISTÓRICO DO GENOCÍDIO ARMÊNIO

A Armênia é uma das mais antigas nações conhecidas. Surgiu por volta de 600 a. C. tornando-se uma nação pacífica e próspera. Destacou-se pela invenção de seu próprio alfabeto e também, na literatura, arte, arquitetura e comércio.

Ao longo de sua história, a Armênia alternou períodos de independência e dominação. Desde o início do século IV, os armênios tornaram-se a primeira nação a adotar o Cristianismo como religião oficial, obtendo assim, sua identidade nacional o que não impediu que fossem frequentemente perseguidos por causa de sua fé.

A perseguição contra o povo armênio pelo Império Otomano ocorreu bem antes do Genocídio de 1915. Em 1453, a região em que viviam os armênios foi invadida e integrada ao Império Otomano. Assim, os armênios tiveram que se adaptar às regras impostas por esse governo que estabelecia diferenças entre os muçulmanos e não muçulmanos.

Em alguns períodos, mesmo sendo discriminada e considerada inferior, a população armênia tinha sua liberdade política respeitada, conseguindo desfrutar de autonomia religiosa e cultural dentro do Império Otomano.

No governo de Abdul Hamid II, iniciado em 1876, aos poucos, o período tranquilo foi diminuindo e as perseguições ao povo armênio foram retomadas. Os episódios ocorridos entre 1894 e 1896, causaram

muitos protestos por parte dessa população, deixando o mundo civilizado horrorizado. Províncias com grande concentração populacional de armênios foram atacadas, deixando milhares de mortos.

Quando teve início o século XX, a Armênia se via dividida e sob o domínio de dois grandes impérios, o Império Russo controlava a parte oriental do país, enquanto o Império Otomano controlava a maior e mais populosa parte no lado ocidental. Assim, não havia um território ou um Estado exclusivamente armênio.

Nessa época, o sultão Abdul Hamid II ainda governava o Império Otomano, mas foi se tornando impopular devido ao nepotismo e a violência de seu governo. Aos poucos, uma oposição ao governo do sultão começou a se organizar. Com o objetivo de criar uma estrutura política moderna e constitucional na qual as diferentes nacionalidades existentes no Império Otomano pudessem viver em condições de igualdade e harmonia, que foi chamada de Otomanismo.

Os opositoristas ao governo formaram um partido próprio, Comitê da União e Progresso (CUP), cujos membros ficaram conhecidos como Jovens Turcos.

Toynbee (2003, p.27) explica que quando o sultão Abdul-Hamid II foi destronado em 1908, o CUP criou um governo constitucional que garantiria direitos básicos para todos os cidadãos otomanos levando a acreditar que a virada política que estava ocorrendo era o anúncio de melhores tempos.

Meses após os Jovens Turcos terem assumido o poder, liderados por Ismail Enver, Mehmed Talaat e Ahmed Djemal, o Império Otomano começou a perder territórios, o que fez nascer um sentimento de ódio contra as minorias cristãs que faziam parte do império. Medidas drásticas foram adotadas contra o povo armênio, principalmente, em 1909, quando ocorreu o episódio de Adana, província otomana, onde em uma briga, dois turcos foram mortos por um armênio. O episódio desencadeou uma onda de violência com vários ataques às províncias ocupadas por armênios deixando um saldo de mais de vinte mil mortos e muita destruição.

Em 1914, durante a Primeira Guerra Mundial, o Império Otomano aliou-se à Alemanha e Áustria-Hungria. Mas, antes do império entrar na guerra, em um congresso da F.R.A. (Federação Revolucio-

nária Armênia), coalizão de pequenos grupos revolucionários fundada em 1890, com o objetivo de mobilizar armênios, fossem esses nacionalistas, radicais ou reformistas, contra a tirania otomana e em prol da libertação econômica, social e política da Armênia Ocidental e mais algumas agremiações armênias receberam uma delegação representando o governo dos Jovens Turcos que vinha solicitar o apoio, caso o país entrasse em guerra contra a Rússia, e em troca o governo oferecia ajuda em favor da eventual criação de um território armênio autônomo. Essa proposta foi rejeitada pelos dirigentes da F.R.A. que afirmavam que o Império deveria permanecer neutro no conflito.

Algum tempo depois, chegou a Constantinopla a notícia de que na Armênia Russa, os armênios estavam se voluntariando para lutar junto às tropas russas contra o Império otomano. O conflito entre russos e otomanos foi de fato declarado ao final de 1914 e a primeira missão militar foi desastrosa para o Império Otomano. Ismail Enver era o ministro da guerra do governo dos Jovens Turcos e foi ele que dirigiu a operação de ataque com 95.000 soldados à base militar russa de Sarikamish.

O número de soldados era insuficiente e o inverno rigoroso fez com que quase todo o exército otomano fosse dizimado pelos russos. Enver tomou a decisão de retirar os soldados restantes e fazer o caminho de volta pelas províncias armênias próximas à fronteira e foi nessas províncias que a frustração da derrota foi descontada. Aldeias foram saqueadas e destruídas, sob o pretexto de que os armênios eram traidores e conspiradores contra o governo.

O governo passou a planejar o extermínio dos armênios no império de maneira metódica. Com a Europa toda em guerra e o Império engajado na mesma, colocar o massacre dos armênios como incidentes comuns em tempos guerra parecia uma opção viável.

No início de 1915, o governo otomano tomou a medida de desarmar todos os soldados e policiais armênios que trabalhavam para o governo. Designados a trabalhos braçais, muitos acabaram assassinados por aqueles que um dia foram seus companheiros. Entretanto, o povo armênio não se entregaria sem lutar e mesmo sem os mesmos recursos do governo, grupos de resistência foram formados onde havia uma pequena possibilidade para isso.

Um desses grupos de resistência se localizava na província de Van e as tropas russas prestaram socorro a eles. Isso foi o necessário para que o governo otomano pudesse acusar os armênios de revolta e traição.

Ao ouvir sobre os fatos ocorridos em Van o governo ordenou a prisão de centenas de intelectuais e representantes da elite armênia em Constantinopla no dia 24 de abril e 1915. Após passarem um mês detidos, esses armênios foram enviados para Ancara sob o pretexto de que seriam julgados, porém na realidade eles foram deportados para a Síria onde foram assassinados ao chegar, sendo que muitos não haviam resistido e tinham morrido no caminho. A movimentação forçada de armênios foi crucial nos planos de aniquilação desse povo por parte do governo dos Jovens Turcos. A lei provisória de deportação dava cobertura legal a essa operação, pois autorizava os militares a agirem partindo da suposição do perigo que representava o povo armênio à política do panturquismo¹².

Segundo Toynbee (2003, p.19), nas cidades ou aldeias onde viviam, todos os armênios foram expulsos de suas casas após intensas buscas domiciliares. Alguns dos homens foram levados à prisão, muitas vezes torturados e depois executados. Mulheres, crianças e o restante dos homens foram mandados para fora dos locais onde viviam. A certa distância, os homens eram separados do grupo, levados às montanhas, onde eram executados a tiro ou baioneta. As mulheres, crianças e velhos eram escoltados por soldados da mais baixa espécie para lugares distantes e insalubres, sendo o deserto de Der-el-Zor, a leste de Aleppo, um dos destinos mais frequentes. Eram obrigados a marchar por dias, sendo espancados e abandonados à morte quando não tinham mais condições de acompanhar o grupo e muitos morriam de fome, pois o governo turco não fornecia suprimento e, ao contrário, tirava tudo o que possuíam. Debaixo de sol forte, muitas mulheres eram forçadas a caminhar despidas e algumas mães abandonavam seus filhos por não terem forças para carregá-los.

Uma longa trilha de corpos se formou no caminho e poucos, provavelmente, conseguiram chegar ao destino determinado, já que o per-

12 Tinha como objetivo instaurar no Império Otomano uma política que valorizasse os povos turcos e turco-descendentes em detrimento de outras etnias, sobretudo aquelas que adotavam o cristianismo, como os armênios.

curso escolhido não apresentava possibilidades de sobrevivência diante de tamanho sofrimento.

Toynbee (2003, p.20) explica que muitas mulheres armênicas não foram assassinadas, mas sofreram todo tipo de humilhação. Muitas ficaram em poder de oficiais turcos ou funcionários civis, sendo levadas aos seus haréns. Outras eram vendidas em praça pública para compradores mulçumanos, sendo obrigadas a converterem-se ao islamismo.

De acordo com Summa (2007, p.44), em 26 de maio de 1918 foi anunciada a vitória do povo armênio contra o Império Otomano, na batalha de Sardarabad. Os armênios já haviam vencido outras duas batalhas: Gharakilissé e Bach-Aparan. Nessa mesma data, a Armênia proclama sua independência.

A Turquia reconheceu o estado armênio e até mesmo cedeu, no ano seguinte, os vilaietes de Kars e Ardahan.

A Conferência de San Remo, realizada em abril de 1920, propôs que Thomas Woodrow Wilson, presidente dos Estados Unidos, definisse as fronteiras do estado armênio e, que o tratado de paz com a Turquia deveria designá-lo como árbitro na questão das fronteiras entre os dois países.

Quando o presidente Wilson, em novembro de 1920, fixou oficialmente os limites territoriais do estado armênio, a crise da República já estava instalada. Pelo tratado de Alexandropol, a Turquia retomou os vilaietes cedidos e o restante da Armênia passou a fazer parte da União Soviética que não via com bons olhos a luta desse povo pelo reconhecimento do genocídio. Durante 70 anos, o povo armênio ficou em um silêncio quase total sobre os acontecimentos que não foram esquecidos.

“Estima-se que 1,5 milhão de armênios foram mortos entre 1915 e 1918 no episódio que ficou conhecido como o primeiro genocídio cometido por um Estado moderno.” (SUMMA, 2003, p.2)

O Genocídio Armênio está documentado como o mais antigo caso de extermínio de uma nação, sendo considerado como o primeiro genocídio do Século XX.

2. A ACEITAÇÃO DE UM CRIME, O GENOCÍDIO

Desde épocas remotas, práticas de extermínio podem ser observadas em sociedades estruturadas, sendo cometidas por governos ou forças

políticas. Diversas ações são dirigidas a grupos humanos ou etnias das mais diversas naturezas com a intenção de destruir, por meio de assassinatos em massa.

Foi durante a Segunda Guerra mundial, que crimes cometidos por parte do governo nazista de Adolf Hitler assustaram o mundo. De acordo com a ideologia nazista, todos os obstáculos que impedissem a formação de uma nação formada por seres superiores deveriam ser superados, já que o povo legitimamente alemão descendia dos arianos, antigo povo de pele branca, que deu origem à civilização europeia. A população alemã foi convencida, através do uso de um esquema de propaganda política eficaz, de que a segregação e eliminação de vários grupos sociais, entre eles, os ciganos, homossexuais, opositores políticos de Hitler, doentes mentais, grupos religiosos e, principalmente, os judeus deveriam deixar de existir em nome do povo que realmente importava.

Os discursos proferidos por Hitler, previamente preparados, eram inflamados e mostravam seu poder de persuasão para conseguir mudar a história do mundo e, principalmente, dos judeus.

“O massacre só consegue se espalhar em grande escala se uma autoridade central o incitar mais ou menos abertamente” (SÉMELIN, 1951, p. 235).

De origem polaca e morando nos Estados Unidos, o advogado Raphael Lemkin, resolveu encontrar um termo que descrevesse as políticas sistemáticas de assassinato da Alemanha nazista contra o povo judeu que vivia na Europa, acabando por criar, em 1944, a palavra genocídio. A nova palavra, que veio descrever práticas antigas, deriva de *geno*, do grego, que significa raça, nação ou tribo e *cídio*, do latim, matar.

Para Lemkin (2009, p.153), genocídio não significa a destruição imediata de uma nação, a não ser que seja realizado um assassinato em massa de todos os membros do país. É preciso entender que antes de iniciar essa prática, ocorre o planejamento coordenado de ações com o intuito de acabar não só com a vida, mas com as bases essenciais da cultura de grupos das mais diversas naturezas. Os planos visam à desintegração de todos os aspectos políticos, sociais, culturais, religiosos e a destruição da segurança, liberdade, saúde, da dignidade pessoal e da vida das pessoas que pertençam a esses grupos.

Desta forma, o termo genocídio engloba a concepção de etnocídio, ao se preocupar com a destruição física e cultural de um povo.

Bruneteau (2008, p.12) define etnocídio como: “Qualquer empreendimento ou ação que conduza à destruição da cultura de um grupo, à erradicação da sua etnicidade ou identidade étnica”. (BRUNETEAU, 2008, p. 12).

De acordo com Semélin (1951, p.236), a iniciativa de assassinato em massa de uma população ou mais populações consideradas hostis, inúteis, nocivas, etc. é uma tarefa necessária e, pode ser definida como histórica pelos membros de grupos que planejam as ações em nome do povo e do futuro do país que fazem parte.

A preocupação de Lemkin com esse tipo de crime não era algo recente. Em 1933, já advogado formado, fez um discurso na V Conferência Internacional para Unificação do Direito Penal em Madri, onde solicitava que se declarasse crime contra a humanidade a destruição de coletividades raciais, religiosas, sociais ou culturais. De acordo com Lemkin, nenhum Estado estava imune a crimes cometidos contra um povo, e que para que fatos como os que já ocorreram anteriormente jamais viessem a se repetir era necessária a criação de uma lei universal para repreender e evitar esse tipo de ação.

De acordo com Torres (1967, p.4), aos poucos a concepção de Lemkin foi ganhando repercussão, até que os fatos ocorridos durante a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), definitivamente a consagraram.

Torres (1967, p.42) esclarece que a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou o delito de genocídio por ocasião de sua primeira Assembleia, na Resolução nº 96 (I), de 11 de dezembro de 1946, onde declara que o crime de genocídio é contrário ao espírito e aos fins dessa organização e condenado pelo mundo civilizado.

O projeto de convenção internacional sobre genocídio foi preparado pela Secretaria geral e o Conselho Econômico e Social da ONU com a colaboração de Lemkin, Donnedieu de Vabres e Vespasiano Pella. Essa primeira resolução condena esse tipo de crime, sem se referir a nenhum episódio em particular, constituindo o genocídio como um crime contra o Direito Internacional.

Nesse projeto, estudado pela Comissão Especial do Genocídio, submetido ao voto da Assembleia Geral da ONU, reunida em Paris,

foi aprovada a Convenção para a Prevenção e a Repressão ao do Crime de Genocídio¹³ em 11 de dezembro de 1948 na qual reconhece que esse crime causou grandes perdas à humanidade em todos os períodos da História devendo ser prevenido e punido.

Em uma redação muito semelhante a que aparece na Convenção de 1948 sobre a prevenção do crime de genocídio, foi aprovado em 1998 na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em Roma, o Estatuto de Roma que previa a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). Com sede em Haia, na Holanda, o TPI possui competência para julgar o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão. Entrou em vigor em 2002.

Com a criação do tribunal é possível levar a julgamento, por meio da corte internacional permanente¹⁴, políticos, militares e pessoas comuns pela prática desses crimes de extrema gravidade que, em sua maioria, ficavam impunes.

A divulgação dos casos de genocídio fez com que estudiosos passassem a buscar esclarecimentos para eventos dessa natureza fazendo com que o conceito de genocídio fosse amplamente debatido.

Fein (1979, apud BRUNETEAU, 2008, p.19) aborda o tema genocídio de maneira sociológica e busca novas terminologias que diferenciem suas orientações. Existe uma distinção entre genocídio de desenvolvimento, genocídio despótico e genocídio ideológico. O primeiro se caracteriza pela destruição de grupos que colocam obstáculos a um determinado projeto econômico. O segundo seria aquele onde os grupos destruídos apresentam uma oposição real ou potencial ao poder do Estado. O terceiro seria a destruição de um grupo considerado como inimigo cruel, diabólico ou perigoso.

13 Art. II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, [...] (ONU, 1948)

14 Artigo 1º É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

O crime de genocídio adquiriu uma dimensão universal. De acordo com a história, outros genocídios aconteceram e, mesmo tendo ocorrido em períodos diferentes, é possível perceber pontos de comparação entre os mesmos. Charny (1998, apud BRUNETEAU, 2008, p.27) identifica quatro elementos que podem permitir o exercício de comparação: a definição do grupo alvo, o grau de intencionalidade, o perfil dos executores e os métodos utilizados.

Desta forma, sempre há um ponto em comum entre os genocídios, a intenção de destruição de um grupo. As diferenças são percebidas na motivação, que pode ser política ou cultural e, na ação de destruição em si, seja total ou parcial.

O Século XX deixou como herança o estigma de ter sido o século dos genocídios, onde a evolução tecnológica e ideológica possibilitaram o requinte e o aprimoramento das técnicas de extermínio de povos vistos como diferentes e ameaçadores aos interesses do estado.

3 – MEMÓRIA E NEGAÇÃO

Com o fim da Primeira Guerra em 1918, acreditava-se que as perseguições e deportações do povo armênio terminariam, mas continuaram até 1923, quando a República da Turquia foi instituída oficialmente em 29 de outubro de 1923, tendo como presidente Mustafa Kemal Atatürk.

Por ser considerado um crime de direito dos povos, a punição para o crime de genocídio está sujeita a jurisdição universal do direito internacional. A responsabilidade para esse tipo de crime não está sujeita a prescrição ou limitação, sendo que o Estado é responsável pela reparação às vítimas e aos seus descendentes.

Apesar dos perpetradores pelo genocídio armênio estarem mortos e fora do alcance da justiça criminal, o Estado turco continua responsável pelos crimes cometidos pelo Império Otomano.

Após a vitória das forças aliadas no final da primeira Guerra Mundial em 1918, as lideranças do Império Otomano foram pressionadas a processar os suspeitos pelos massacres contra o povo armênio, tendo sido criados tribunais para esses julgamentos.

No tribunal de Istambul, muitos foram julgados e 17 homens foram condenados à morte, a maioria *in absentia*¹⁵. Só que apenas três foram executados.

O julgamento dos responsáveis pelos crimes cometidos durante a guerra e as restituições aos sobreviventes foram previstas no Tratado de Sèvres, assinado em 10 de agosto de 1920 entre o Império Otomano e as nações Aliadas da Primeira Guerra Mundial.

Carvalho (2017) explica que o tratado de Sèvres que reduzia o Império Otomano e devolvia parte das terras aos armênios não foi aceito pelo oficial do exército Mustafa Kemal Atatürk e em 1923, o novo líder nacionalista, assinou o tratado de Lausanne, firmando definitivamente a paz com os aliados. Por esse tratado, o Estado turco recuperou parte do seu território.

Apesar de nunca ter entrado em vigor, o Tratado de Sèvres é uma prova importantíssima de reconhecimento de grandes Estados internacionais sobre o genocídio armênio. Mesmo assim, grande parte da comunidade internacional permanece em silêncio em relação a esses acontecimentos.

Mas a memória de um povo é todo o seu tesouro e “não lembrar” é diferente “de esquecer”. Nenhum armênio esqueceu a aniquilação, o terror e o desespero. Nenhum ser humano poderia esquecer a visão de um corpo de criança mutilado, de pilhas de corpos nus no meio das ruas. Com o tempo o “*não querer pensar*” deu lugar ao sentimento de humilhação. O orgulho de uma nação, ferido, repisado, começa pulsar novamente nas veias. (ALMEIDA, 2013, p.121)

A negação do genocídio por parte do governo turco permanece, pois além de não assumir as responsabilidades pelo ocorrido, se esforça para evitar o reconhecimento por parte de outros países, alterando versões históricas, menosprezando testemunhos e recontando os fatos de acordo com o que lhe é conveniente.

De acordo com Akçam (2006, p.11), autor de origem turca, na Turquia não é possível ler jornais ou diários escritos antes de 1928.

15 Sem a presença do réu.

Assim, a história desse país é contada de acordo com o que o Estado define e escreve.

Na Turquia é muito difícil encontrar autores que abordem o tema com profundidade, contando os acontecimentos como ocorreram. Preferem a negação, defendendo que o massacre não aconteceu e tão pouco foi genocídio.

Para Akçam (2004, p.41), ao fazer uma análise pela perspectiva do perpetrador é possível olhar para o massacre como algo passível de explicação, como um produto derivado de um processo histórico cultural específico. O autor não diz que o ato de genocídio é justificável, mas sim que condições específicas e o contexto em que essas estão inseridas tornam as ações de aniquilação uma possibilidade e que muitas vezes é inevitável que o genocídio ocorra.

Um fator importante para a população otomana era a mentalidade de superioridade e a perda do status de Estado hegemônico trazia tensão e medo de que o fim do grande Império Otomano estava próximo, principalmente, por causa da guerra que ocorria na Europa.

A forma encontrada para reduzir as tensões e retomar a soberania foi exterminar a população de outras nacionalidades, principalmente a população armênia através de ações que resultaram na morte de aproximadamente 1,5 milhão de armênios.

Há os que defendem a causa armênia, por isso sofrem perseguições. É o caso do escritor Orhan Pamuk que ao reconhecer publicamente o genocídio armênio foi acusado de denegrir a imagem da Turquia perante o mundo e ameaçado de prisão. Por pressão da comunidade internacional, o processo contra ele foi arquivado.

A França recebeu duras críticas do governo turco e a tensão entre os dois países aumentou em 2011, depois que esse país aprovou uma lei que condena aqueles que se negam a reconhecer que as mortes da população armênia a partir de 1915, no Império Otomano, foi um genocídio.

Outro país que também sofreu críticas por parte da Turquia foi a Alemanha, um dos últimos países a reconhecer o genocídio armênio em 2015. Recep Tayyip Erdogan, presidente da Turquia, alertou que as relações entre os dois países seriam seriamente afetadas.

O Papa Francisco, em abril de 2015, também foi criticado por usar o termo “genocídio” para falar sobre o extermínio de armênios ocorridos há um século. Segundo os turcos, a opinião do papa era infundada.

Atualmente, cerca de 30 países reconhecem o Genocídio Armênio. É um número pequeno em relação à quantidade de países existentes. O não reconhecimento deve-se ao fato de que muitos países não estão dispostos a ter abaladas suas relações diplomáticas com a Turquia.

Os Estados Unidos da América (EUA) e a Turquia procuram manter um bom relacionamento político e econômico. Mesmo assim, o Congresso dos Estados Unidos reconheceu em dezembro de 2019, como genocídio as mortes de armênios entre 1915 e 1917. Mas tal medida tem caráter simbólico, já que a posição oficial dos Estados Unidos, em relação ao caso, permanece a mesma.

Uma das ameaças que pesa sobre os EUA é que na Turquia está instalada a base aérea militar de Incirlik, uma das maiores bases militares americanas fora do seu território. Desavenças entre os dois países podem levar ao fechamento da base aérea para os soldados americanos. Essa base é utilizada pelos EUA para operações de combate a grupos terroristas que agem próximos às fronteiras com a Turquia e países vizinhos.

No Brasil, o Senado Federal aprovou em 2015, um documento reconhecendo o Genocídio Armênio promovido pelo Império Otomano durante a Primeira Guerra Mundial. Mas o governo federal, assim como a Turquia, insiste no discurso que ocorreram milhares de mortes em consequência da guerra.

As relações entre Brasil e Turquia parecem ser a principal causa para que não haja o reconhecimento do genocídio por parte do Brasil. Se o governo brasileiro tomar a decisão de reconhecer o genocídio, provavelmente haverá uma quebra de confiança entre os dois países que estabeleceram relações nos campos comercial, militar, cultural e diplomático. Pereira (2015a) explica que “embora a Turquia não seja o principal parceiro comercial do Brasil, o comércio entre os dois países cresce a cada ano. Se considerarmos a atual fragilidade da economia brasileira, concluímos que o Brasil não quer arriscar a perda de tal parceiro.” (PEREIRA, 2015).

Parece não ter justificativa, o fato de o Brasil ser um dos países da América do Sul que não reconhece o genocídio Armênio, já que os vizinhos, Argentina, Uruguai, Chile, Venezuela e Bolívia há algum tempo reconheceram os massacres como genocídio.

Entretanto, cada estado brasileiro é uma unidade federativa que tem Constituição própria com autonomia financeira, administrativa, política e econômica. Assim, três estados brasileiros reconheceram o Genocídio Armênio: São Paulo (2003), Ceará (2006) e Paraná (2013). O Estado de São Paulo instituiu o dia 24 de abril como “Dia de Reconhecimento e Recordação das Vítimas do genocídio cometido pelo Império Otomano”.

Portanto, parte dos estados federais brasileiros assumiu, no exercício de sua autonomia federal, sua responsabilidade na construção dos direitos humanos, reconhecendo a verdade e o estabelecimento da memória, etapas importantes na consolidação da reconciliação entre Turquia e Armênia, um importante passo em direção à paz e à democracia. (PEREIRA, 2015b).

Mesmo não sendo reconhecido pela União, o Genocídio Armênio vem sendo lembrado no Brasil. No carnaval de 2019, a escola de samba Rosas de Ouro fez um desfile sobre o genocídio e a cultura da Armênia com o enredo “Viva Hayastan”¹⁶. Em 24 de abril de 2019, na Arena Corinthians, o anfitrião do jogo Corinthians x Chapecoense entrou em campo carregando uma faixa em homenagem às vítimas do Genocídio Armênio que completou 104 anos neste dia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos maiores crimes cometidos no século XX, o Genocídio Armênio, ainda é pouco conhecido no mundo. O extermínio do povo armênio foi cuidadosamente pensado e executado pelos Jovens Turcos, liderados por Talaat, Enver e Djemal, que tinham o intuito de instaurar a chamada política do panturquismo de unificação da língua, cultura e religião dos povos que viviam dentro das fronteiras do Império Otomano.

Muitas circunstâncias levaram à ocorrência desses acontecimentos que tiveram início durante a primeira Guerra Mundial. O governo otomano via o povo armênio como uma ameaça ao Império, já que

16 Nome do país Armênia em armênio

uma parte desse povo vivia sob o domínio do Império Russo, com os quais não mantinham boas relações.

As atrocidades praticadas pelos otomanos tinham a intenção de destruição não só do povo armênio, mas também da sua cultura e apagar a sua história. Como consequências, os armênios perderam suas terras, sua cultura, sua religião e 1,5 milhão de armênios perderam suas vidas durante o genocídio.

Ao conceituar a palavra genocídio em 1944, Raphael Lemkin deu nome às práticas que já haviam ocorrido em épocas passadas e o conceito foi adotado pela ONU, em 1948, por meio da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Em 2002, o Estatuto de Roma atualizou o texto da Convenção com redação semelhante e estabeleceu a criação do Tribunal Penal Internacional com competência para julgar o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão.

O negacionismo do genocídio por parte do governo turco permanece, já que o mesmo insiste em mostrar que as mortes que ocorreram foram consequência da guerra. Além disso, há um esforço para evitar o reconhecimento por parte de outros países e ocorrem punições a quem não cumpre as determinações impostas dentro do país.

Mesmo diante dos fatos mostrarem que as atrocidades praticadas contra o povo armênio se caracterizam como genocídio, grande parte da comunidade internacional permanece em silêncio em relação a esses acontecimentos.

Muitos países e organizações ao reconhecerem que os acontecimentos ocorridos durante a Primeira Guerra Mundial contra o povo armênio foi um genocídio, acabam ficando com suas relações diplomáticas estremecidas com a Turquia. É o caso de países como França e Alemanha que foram criticados duramente pelo governo turco. Mas, países como Estados Unidos, Brasil e outros preferem o negacionismo a terem suas relações diplomáticas afetadas com esse país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKÇAM, Taner. **A Shameful Act. Translated by Paul Bessmer.**
New York: Metropolitan Books, 2006.

_____. **From Empire to Republic: Turkish Nationalism and the Armenian Genocide.** Zed Books, 2004.

ALMEIDA, Lívia C. S. **Armênios e Gregos otomanos: a polêmica de um genocídio.** Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/user/Downloads/2013_LigiaCristina-SanchezDeAlmeida_VCorr%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/2013_LigiaCristina-SanchezDeAlmeida_VCorr%20(1).pdf)> Acesso em: 28/02/2019.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm> Acesso em: 11/12/2018.

BRUNETEAU, Bernard. **O Século dos Genocídios: Violências, Massacres e Processos Genocidários de Armênia ao Ruanda.** São Paulo: Piaget, 2008.

CARVALHO, Bruno L. P. **Os Julgamentos de Istambul: crimes de guerra e justiça,** Rio de Janeiro, 14 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.cafehistoria.com.br/os-julgamentos-de-istambul/>> Acesso em: 11/04/2019

LEMKIN, Raphael. **El dominio del Eje em la Europa ocupada.** Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

PEREIRA, Flávio L. B. **Reconhecimento do genocídio armênio pelo Estado brasileiro: uma necessidade democrática e humanitária.** 168hours – News and analysis, 2015a. Disponível em: <<https://en.168.am/2015/05/19/1805.htm>> Acesso em: 12/04/2019

_____. **Senado brasileiro reconhece genocídio armênio. Folha de S. Paulo,** São Paulo, 2015b. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/05/1636118-senado-brasileiro-reconhece-genocidio-armenio.shtml>> Acesso em: 12/04/2019

SÉMELIN, Jacques, 1951. **Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios; tradução Jorge Bastos.** Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

SUMMA, Renata F. Artigo - **Vozes armênias**: Memórias de um genocídio. Revista Ética e Filosofia Política – Volume 10 – nº 1, 2007.

TORRES, Luís W. **Crimes de Guerra, o Genocídio**. São Paulo: Obelisco, 1967.

TOYNBEE, Arnold. **Atrocidades turcas na Armênia**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

EM FREIRE E COM FREIRE: EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO, EM BUSCA DE DEMOCRACIA E LIBERDADE.

Ivone Laurentino dos Santos

*“Daí o tom de raiva, legítima raiva, que envolve o meu discurso quando me refiro às injustiças a que são submetidos os esfarrapados do mundo. Daí o meu nenhum interesse de, não importa que ordem, assumir um ar de observador imparcial, objetivo, seguro, dos fatos e dos acontecimentos. Em tempo algum pude ser um observador ‘acinzentadamente’ imparcial, o que, porém, jamais me afastou de uma posição rigorosamente ética. Quem observa o faz de um certo ponto de vista, o que não situa o observador em erro. O erro na verdade não é ter um certo ponto de vista, mas absolutizá-lo e desconhecer que, mesmo do acerto de seu ponto de vista é possível que a razão ética nem sempre esteja com ele. O meu ponto de vista é o dos ‘condenados da Terra’, o dos excluídos” (FREIRE, *Pedagogia da Autonomia*, 1996: 14).*

INTRODUÇÃO

Vivemos tempos difíceis, tenebrosos, onde a nossa já tão frágil democracia corre sérios riscos de retroceder, de modo irreparável. As políticas neoliberais em curso dão o tom do que nos espera – à curto e

longo prazos – caso não sejamos capazes de reagir. Assistimos atônitos à ataques, de toda ordem, aos direitos humanos e as instituições que defendem os trabalhadores(sindicatos); a criminalização da diversidade e dos movimentos sociais; a desqualificação da imprensa e das universidades públicas etc. com o agravante de que a mesma desarticulação social que permitiu que a situação chegasse à esse ponto, acaba por dificultar bastante as possíveis reações ao caos político, que se encontra instalado no Estado brasileiro.

O desmonte não para por aí. Nos últimos três anos, no plano econômico, as ações não deixaram dúvida sobre que interesses tem prevalecido: congelamento dos gastos públicos por duas décadas; ampliação das privatizações e concessões à iniciativa privada; reforma célere da previdência e/ou as alterações “à toque de caixa” em leis trabalhistas; desqualificação das produções culturais e das ações professorais; ataques ao meio ambiente; enfim, as intenções, explicitadas em cada ação, em cada gesto e discurso daqueles que hoje estão no poder, revelam um compromisso em cumprir, apenas e tão somente, as ordens ditadas pelo mercado financeiro.

A política, que nos dizeres de ARENDT(1993), é sinônimo de democracia e liberdade, onde reside toda e qualquer possibilidade de chegarmos a um consenso sobre como devemos proceder em prol do bem comum, tem sido vista com desconfiança e descrédito, ao mesmo tempo em que pensadores que, como Freire(2005), assumem posições políticas em defesa de transformações nas estruturas excludentes da nossa sociedade, são tratados, – especialmente nas Redes Sociais – por alguns desavisados e desconhecedores de suas obras, como ultrapassados e desinteressantes.

A complexidade da situação exige que cada cidadão e cidadã brasileiros se engaje, na tarefa de retomar o sonho de uma sociedade comprometida com mais justiça social, pautada em princípios como liberdade, dignidade e respeito, sem os quais os problemas sociais que enfrentamos – que vem se agravando nos últimos anos- , entre eles, a volta do crescimento da extrema pobreza (IPEA, 2018), tenderão a se perpetuar. Na prática, a extrema pobreza revela o aumento da desigualdade social, que diminui, de modo significativo, as chances de vida de milhares de brasileiros e brasileiras.

No caso de dúvidas sobre o tamanho do problema social em que nos encontramos, basta checar, por exemplo, quais tem sido as condições de vida daqueles que alardeamos que são o futuro do país. Dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2018), revelam que 6 em cada 10 crianças e adolescentes brasileiros vivem na pobreza, na fome e na violência. O mais preocupante é que esses jovens estão em situação de privações múltiplas, ou seja, condenados à permanecer na precariedade, já que não tem garantidos direitos sociais que poderiam mudar suas situações de vida, como educação, saúde, segurança, habitação etc.

Precisamos, portanto, modificar este quadro. Mas como fazê-lo? Por onde começar? Paulo Freire(2000) afirma que se a educação, por si mesma, não resolve problemas sociais, tampouco, sem educação conseguiremos transformar o contexto de desigualdade e iniquidade em que nos encontramos. A constatação deste filósofo e educador brasileiro, também conhecido como “o pedagogo da liberdade”, nunca correspondeu tanto a realidade, quanto nos dias atuais. Mas não se trata de qualquer educação; carecemos superar a educação bancária (FREIRE,1996), pois esta, ao não apostar no potencial dos educandos, impede que estes contribuam para a superação dos problemas sociais que nos acompanham há tempos, funcionando como um grande obstáculo à emancipação do nosso povo.

Paulo Freire(2011) defende uma educação para a liberdade, que, numa perspectiva humanista, tenha potencial para aprimorar a cidadania e, desse modo, fortalecer a democracia, sem a qual a tendência para a humanidade será de acirramento do individualismo e de autodestruição. Freire(2000/2002) é reconhecido no mundo pelas suas lutas por garantir à todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie, o mínimo de dignidade e felicidade, através da educação. Assim, dedicou toda a sua vida à defesa de um projeto educativo, que tenha como proposta o cultivo das nossas humanidades, na medida em que garanta à todos e todas, a oportunidade de “ser mais” (FREIRE, 1996).

Assim, ‘hoje mais do que nunca’ (KOHAN, 2019) , precisamos de Paulo Freire, da sua esperança (FREIRE, 1992), da sua crença na Humanidade; da sua indignação com as injustiças (FREIRE, 2000); da sua aposta na educação como a saída para toda e qualquer opressão;

da sua incansável luta à favor dos direitos de todos e da sua consequente dedicação aos socialmente mais frágeis, a quem ele chamava de ‘condenados da terra’ (FREIRE, 1996). Nesse sentido, o objetivo deste texto é debater a proposta educativa de Paulo Freire (2011), na tentativa de demonstrar a necessidade de pensarmos a educação como um direito de todos; como ato político em defesa da liberdade e, portanto, como recusa à toda e qualquer coisificação do humano.

1. A BUSCA SOLIDÁRIA DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: AUTONOMIA E LIBERDADE.

Paulo Freire dedicou toda a sua vida à defesa de uma Pedagogia Política, um projeto de sociedade, que tem como base, valores imprescindíveis para o desenvolvimento humano, como solidariedade, ética e autonomia. Desde os seus primeiros escritos (FREIRE, 2011), o autor já demonstrava sua crença na educação como o caminho para a conscientização (FREIRE, 2016) e consequente libertação daqueles que tem suas autonomias e liberdades socialmente prejudicadas.

Uma das categorias mais importantes, presente em todos os escritos de Freire, é a autonomia. A conquista da autonomia é, para o filósofo e pedagogo, pressuposto fundamental para que homens e mulheres ampliem seus horizontes em busca de liberdade. Para Paulo Freire (1996) cada humano torna-se autônomo quando adquire a capacidade de, frente à dependência e aos condicionamentos postos por sua irremediável presença no mundo, romper com as amarras inerentes às condições ditadas pelo meio, deixando cair às barreiras impeditivas, para que possa encontrar à si mesmo, sem a obrigação de ser apenas espelho dos outros.

A autonomia, nessa perspectiva, jamais pode ser vista como algo *a priori*, inerente à uma natureza predeterminada; devendo, ao contrário, ser compreendida como o resultado das presenças históricas de homens e mulheres no mundo. Como seres humanos, ao reconhecermos o quanto somos dependentes, implicados pela cultura, sociedade e história, somos provocados à pensar sobre os limites desta dependência. A autonomia vai sendo, dessa forma, construída, na medida em que nos damos conta de que a realidade não é estática ou imutável, o que

torna o próprio processo de busca dessa autonomia, uma possibilidade constitutiva do processo de humanização (FREIRE, 1996).

A autonomia em Freire (1996), deve ser entendida como contraponto à dependência cultural à que todos os oprimidos sociais estão submetidos. Segundo Freire, a autonomia é puro movimento; é processo, vir a ser: «É com ela, a autonomia, penosamente construindo-se, que a liberdade vai preenchendo o «espaço» antes «habitado» por sua dependência” (1996: 94). Por outro lado, a autonomia pessoal e individual, na perspectiva freireana, é indissociável da autonomia coletiva e vinculada à solidariedade e a vida em comunidade. A complexidade reside no fato de que, ao mesmo tempo em que cada humano é corresponsável pela autonomia do outro, “ninguém é sujeito da autonomia de ninguém” (FREIRE, 1996: 107).

Na visão de Freire(1996) cada humano é responsável por si mesmo, pelas suas escolhas e projetos, com a ressalva de que, sozinhos, não transformamos estruturalmente a realidade, alterando seu modo de organização, que atualmente favorece poucos em detrimento das necessidades de uma grande maioria. Freire(2005) denuncia, portanto, a divisão de classes, que acaba por limitar as possibilidades dos desamparados pela ideologia de mercado, impedindo-os de participarem como protagonistas das suas vidas em sociedade, modificando-as, quando assim julgarem necessário. Para Freire(1992) é fundamental que os mais frágeis e vulneráveis sejam amparados ou ajudados, no caso de não terem as condições adequadas para a tomada de consciência do real e para se comportarem criticamente, frente às decisões à que serão conduzidos, mediante tanto às suas próprias demandas, como as demandas dos seus companheiros de jornada.

A busca por autonomia dura, portanto, toda uma vida, na medida em que faz parte de um processo maior de humanização, conscientização e educação, que permite a cada humano desenvolver-se, individual e coletivamente, enquanto ser no mundo. Esse percurso, a ser trilhado por todos os humanos, sem distinção de qualquer espécie, só fará sentido, se a liberdade for, ao mesmo tempo, ponto de partida e ponto de chegada. O fato é que ninguém conquista autonomia, ninguém se conscientiza de coisa alguma, em condição de não - liberdade. Uma educação de qualidade, nessa perspectiva, seria aquela que desse conta

de alimentar, em cada humano, a disposição para lutar pela conquista da autonomia, sendo esta pressuposto fundamental para suprir o seu desejo de liberdade, inerente à sua condição de humano (FREIRE, 1996; FREIRE, 2005).

2. A 'ÉTICA UNIVERSAL DO SER HUMANO' EM FREIRE

Como ser situado em um tempo histórico, o educador Freire(1996) não se omitiu da tarefa de pensar, com radicalidade, o mundo em que viveu e anunciou, durante toda a sua vida, a possibilidade de uma ética diferente da ética de mercado globalizado. A Ética proposta por Freire, presente em todos seus escritos(1992a/1996/2000/2005), configura-se como um fio condutor do seu discurso inconformado com as situações de injustiça, que atravessam a realidade social das populações pobres e desfavorecidas no Brasil e no mundo. Nesse sentido, a sua ética evoca à todos os “oprimidos sociais” à tomada de consciência das “situações-limite” (FREIRE, 2005), convocando-os a se indignar e a lutar contra as injustiças, assumindo, individual e coletivamente, a busca permanente por autonomia e libertação.

Em outras palavras, Freire(2000/2005) dedica a sua Obra à defesa dos direitos dos “oprimidos sociais” pela ideologia de mercado ou pela lógica consumista, cujas existências tornaram-se invisíveis para a sociedade. Trata-se daqueles à quem Freire chama de os “marginalizados”, os “explorados”, os “condenados da terra” (FREIRE,1996) que sofrem pela falta de uma ética que os considere, em suas humanidades, e que rompa com o constante desrespeito aos seus direitos fundamentais.

A ética, para Freire(1996/2000), não é dada; ao contrário, os seres humanos, ao se fazerem éticos, terão sempre como opção a transgressão à própria ética, tornando-se, com isso, seres inautênticos, indiferentes aos outros, à natureza, aos animais; enfim, indiferentes à vida. Na perspectiva de Freire(1996), embora a falta de ética seja sempre uma possibilidade, inerente à condição inacabada do humano; ao transgredirem a ética e a si mesmos, homens e mulheres, ao mesmo tempo, podem tomar consciência, despertando para a necessidade de lutar, com todas as suas forças, contra qualquer forma de transgressão.

Dito de outro modo, paradoxalmente, a mesma força que conduz homens e mulheres à degradação, pode reconduzi-los à solidariedade, à “amorosidade”, enfim, à busca pela liberdade que lhes permita *ser mais* (FREIRE,1996).

O fato é que, por conta da realidade de injustiça em que estamos todos inseridos, a simples possibilidade de transgressão acaba por se transformar em realidade. A forma como o mundo está organizado: de um lado, a elite: os donos do poder; do outro, os despossuídos, os excluídos da lógica consumista imposta pela ética de mercado, acaba por favorecer a transgressão à ética, à decência e ao respeito à vida, em todas as suas formas (FREIRE, 1996/2000). Uma certa “ordem” imposta em detrimento do bem estar de muitos, acaba por impedir uma integração de milhões de pessoas, com o meio ambiente, com o trabalho e até com os seus semelhantes; nesse mesmo sentido, valores como competitividade e individualismo vão sendo reforçados, enquanto homens e mulheres vão perdendo a real noção do que são e do que devem pretender ser.

A luta de Freire(2005) é, basicamente, por um mundo mais humanizado, resistente à toda e qualquer forma de exploração e desrespeito à dignidade humana. Assim, o pedagogo propõe uma Pedagogia política, que pode ser compreendida como uma resposta, frente ao caráter injusto, desumano e antiético das estruturas socioeconômicas, que impedem os seres humanos de se realizarem, em sua vocação para a humanidade. Trata-se, por um lado, da denuncia da injustiça e da “malvadez” dos donos do poder, e, por outro lado, o anúncio de que um outro mundo, mais justo, equânime e solidário é possível de ser construído.

Freire(1996), ao propor um novo modelo de Pedagogia, pretende que esta transcenda a existência de um método de ensino. Assim, Freire(2005) apresenta um projeto de sociedade que, de modo algum, deve ser reduzido à um método pedagógico. Trata-se de uma Pedagogia Política, cuja intenção é de instrumentalizar os “oprimidos sociais” em suas lutas por libertação. Tal Pedagogia, tem como pressuposto fundamental a recusa radical de sistemas excludentes e desumanizantes; sistemas estes, guiados pela lógica do consumo e pela barbárie econômica, que exclui e mata milhões de pessoas(FREIRE, 2000/2004).

Freire se dedicou, em todos os seus escritos, à tarefa de negar o fatalismo vigente, considerando-a não apenas uma escolha, mas um 'imperativo ético' (FREIRE, 1996: p.59) que se impõe à todos aqueles que desejam contribuir para a construção de um mundo mais fraterno, solidário e justo. O processo de humanização, pelo qual todos passamos, dependerá bastante do quanto seremos capazes de implementar uma ética que atenda à todos os humanos, homens e mulheres, crianças e adultos, professores e alunos etc.; ética esta com potencial, inclusive, para libertar os opressores das suas tristes e inautênticas tarefas de impedir os alvos de suas ações opressoras, de serem mais.

Para Freire(2005), a liberdade se faz no âmbito da coletividade. Ao favorecer as liberdades dos outros, nos tornamos mais livres; ao contrário, se negamos aos outros, os seus direitos à liberdade, estamos também negando a nossa própria liberdade. Dito de outro modo, opressores, na medida em que dificultam as estadias dos outros neste mundo, negando os seus direitos legítimos de humanizar-se e conscientizar-se dos fenômenos que os cercam, também saem diminuídos desse processo. E qual o papel da educação na conquista de liberdade para todos? Caberá, prioritariamente, à Educação a tarefa de denunciar os instrumentos de dominação, de pensar alternativas para a sua superação e, desse modo, promover a construção de um mundo livre, onde as pessoas sejam respeitadas em suas dignidades.

Na visão de Freire(1996), cada cidadão e cidadã tem o dever ético de resistir à todas as formas de agressão, de negação da dignidade humana, se indignando, irando-se contra toda injustiça sofrida, enfim, rebelando-se contra todas as transgressões éticas de que são vítimas. Tal compromisso - com a liberdade de todos - não é apenas uma possibilidade, mas uma necessidade ética, caso desejemos transformar a realidade de injustiça em que nos encontramos. Para Freire(2005), aos oprimidos, resta, portanto, a tarefa inadiável de lutar pela superação de toda e qualquer injustiça provocada pela injustiça resultante da ideologia de mercado; frente à feiura da maldade, da discriminação e da não-liberdade para muitos, há uma outra possibilidade: apostar na «boniteza de ser gente»; «boniteza» que somente se dá na ética, sendo esta uma condição do mundo, resultante do estar *no* mundo e *com* o mundo, de homens e mulheres.

A ética freireana, chamada de Universal é, portanto, imprescindível, na construção de um mundo melhor. Trata-se de uma ética solidária e compromissada com os mais frágeis, os socialmente desamparados. Não por acaso, Freire dedica aos vulneráveis sociais a sua obra prima, ‘Pedagogia do oprimido’, sendo estas as suas ‘primeiras palavras’: “*Aos esfarrapados do mundo e aos que neles se descobrem e, assim, descobrindo-se, com eles sofrem, mas, sobretudo, com eles lutam*” (FREIRE,2005: p.23). Freire anuncia, portanto, que a causa dos excluídos também é sua, devendo se estender como a causa de todos aqueles que conseguem se indignar com as crueldades de um mundo movido pela lógica do consumo, na qual o ter se sobrepõe ao ser e a competitividade exacerbada acaba por corromper a condição humana, desviando-a da “amorosidade”, da generosidade e da solidariedade que lhes são peculiares.

Para Freire(1992/2000), lutar contra a insensatez da ética ditada pelo capitalismo, mais que um direito, é um dever, um compromisso ético contra todas as formas de desumanização; contra as condições históricas de negação dos direitos de milhões de pessoas no mundo. Cabe a cada cidadão lutar para cessar o sofrimento das pessoas que passam fome, sofrem as mais diversas violências e discriminações, são perseguidas e até mortas; pessoas com nomes, histórias, sonhos e desejos; mulheres, crianças, idosos, negros etc., que sofrem a dor da exclusão e da discriminação.

Mas como, exatamente, poderemos resgatar os valores humanos universais, que interessam , ou deveriam interessar à todos os humanos? Quais os instrumentos que dispomos para conquistar a liberdade para os oprimidos sociais, garantindo-lhes condições de humanizar-se, devolvendo também àqueles que oprimem as dignidades perdidas nas suas posições de opressores? Freire(2011) responde: a resposta está na educação. Somente com a implementação de uma educação libertadora, o sonho e a utopia de construção de uma outra ordem social, se tornará realidade.

A educação proposta por Freire se faz a partir do momento em que homens e mulheres se dispõem a pensar criticamente o realidade, se dando conta do caráter violento inerente à ordem vigente. Segundo Freire(1996/2011) seria uma violência, como, de fato, o é, que homens e mulheres, seres históricos que são; inseridos num perma-

nente movimento coletivo de busca, não fossem, cada um a seu modo, sujeitos dos seus próprios movimentos, dos seus próprios processos de humanização.

A ética Universal do Ser Humano (FREIRE, 2000), deve funcionar como combustível indispensável para que jamais percamos de vista a necessidade de defesa dos direitos de todos e todas, rompendo com uma certa lógica excludente que beneficiam alguns “gatos pingados”, em detrimento das necessidades de uma grande maioria, que tem ido para o sacrifício. Enfim, frente às situações de opressão vivenciadas por milhões de homens e mulheres em todo mundo (FREIRE, 2005), resta à cada um e cada à uma, a tarefa de, tanto individual como coletivamente, lutar, com todas as forças, pela transformação das estruturas que impedem os outros de serem mais, de se humanizarem.

Essa luta se dará pela via de um projeto de educação (FREIRE, 2011), que tenha a coragem de enfrentar a lógica vigente e anunciar a necessidade de uma ordem que atenda as necessidades de todos e todas. Trata-se de uma luta esperançosa (FREIRE, 1992) a favor da humanidade e jamais contra alguém; luta que, uma vez fundada na “ética universal dos ser humano” (FREIRE, 2000:129-134), tenha a legitimidade necessária para denunciar o fracasso da ética de mercado vigente e anunciar a real possibilidade de um mundo mais livre e, conseqüentemente, mais humano.

3. A CONQUISTA DA LIBERDADE PELA EDUCAÇÃO

Segundo Freire (2005), o primeiríssimo passo para a busca da libertação exigirá que homens e mulheres se deem conta da realidade que os cerca, tomando consciência das suas condições como seres no mundo, bem como das implicações de suas condições de “inacabamento” no mundo. Assim, ao se perceberem como seres indefinidos e inconclusos, homens e mulheres terão a possibilidade de construir as suas próprias histórias ao longo de suas existências. A tomada de consciência, entretanto, embora seja o ponto de partida, um passo imprescindível, não é suficiente, sendo fundamental para os oprimidos sociais, que, uma vez se dando conta dos limites impostos pela opressão, não permitam que tais limitações se imponham

como algo natural, imutável, impossível de ser modificado (FREIRE, 1992/2005).

Dito de outro modo, cada oprimido social, ao reconhecer-se como tal, deverá assumir para si, a tarefa de construir uma consciência crítica e organizar-se para a luta que o espera; esta luta, que é pessoal, é também social e coletiva, sendo a única alternativa ao oprimido social, na busca por libertação. Tal libertação deve ser estendida também aos opressores, para que estes sejam liberados da inautêntica tarefa de oprimir e negar aos outros os seus direitos legítimos de humanizar-se. A liberdade, para Freire (1992/2005), só é possível na e pela superação do antagonismo opressores-oprimidos e na conseqüente libertação de todos e todas, fazendo surgir um novo ser; nem oprimido, nem opressor; mas ser humano em processo histórico de libertação.

Freire(2005) propõe, então, um projeto educativo que tem como base a crítica e o questionamento. Na visão do autor, ao problematizar a realidade, os oprimidos terão a oportunidade de elaborar uma pergunta fundamental: Poderia ser diferente? A quem interessa que permaneça dessa forma? A quem interessa a mudança? Inicia-se, desse modo, um processo de conscientização inerente à existência humana, processo este que é contínuo e permanente e que carece, para ser viabilizado, de um projeto de educação libertadora, crítica e problematizadora (FREIRE, 2011).

O caráter libertador da educação(FREIRE, 2005/2011) responde, portanto, a necessidade de luta dos oprimidos sociais para a superação das “situações – limites”. Na e pela educação, as pessoas, homens e mulheres, terão a possibilidade de buscar suas humanidades, construindo novos sentidos e formas de estar no mundo e libertando-se das opressões que os impedem de liberdade. Em síntese, a ética libertadora proposta por Freire(2005), possibilita que todos os homens e mulheres, ao assumirem a causa dos excluídos, os “condenados da terra”, assumam também a defesa de um projeto educativo que a dissemine e a reforce.

Freire(2011) propõe, desse modo, uma educação humanista - libertadora, que favoreça a construção da autonomia; a problematização da realidade e sua transformação; possibilitando à todos os homens e mulheres a confrontação da ideologia de mercado; se posicionando contra a perversidade de sua ética do lucro. Tal educação deve, prio-

ritariamente, promover a reflexão crítica da realidade, reinventando-a, sempre que julgar necessário; estabelecendo, com base no diálogo, a luta por um mundo mais humano e mais solidário (FREIRE, 1996).

Em outras palavras, faz-se necessário pensar uma educação libertadora, que amplie a vivência da ética da solidariedade e do compromisso, que decorra na construção de um ambiente favorável à um processo educativo democrático e solidário. Ao defender a solidariedade, Freire(2000) se opõe ao capitalismo e se compromete a lutar contra tal sistema, devido a sua perversidade intrínseca e sua natureza anti-solidária. Assim, ao se posicionar contra o individualismo e a competitividade próprios da ética de mercado, o pedagogo denuncia o mal-estar que ela produz e anuncia um projeto educativo que, amparado em valores como solidariedade, compromisso e liberdade, assuma a tarefa histórica de transformação do mundo, promovendo e instaurando a ética universal do ser humano(FREIRE, 1996/2000/2004).

O humanismo de Freire(1992/2000), fundado na solidariedade e no compromisso com os mais frágeis, se manifesta no seu desejo de libertação daqueles a quem ele chamou de oprimidos sociais, oprimidos pelas injustiças, oprimidos pela miséria, pela fome, pela malvadez dos donos do poder. Para o autor, a libertação não será resultado de ações individualistas, mas de uma relação afetiva com os outros, como consequência da solidariedade com os mais frágeis e do compromisso de lutar pelo resgate de suas dignidades.

O que Freire(2005) propõe é uma luta solidária a favor dos excluídos do consumo; em defesa de todos os que sofrem com discriminações e estigmatizações de toda ordem; trata-se do resgate de uma solidariedade em prol da construção de um mundo socialmente mais justo, solidariedade que será, ao mesmo tempo, suporte que possibilitará a libertação e objetivo fundamental da luta. A luta proposta por Freire(2005), em si mesma, deve ser solidária, mas uma vez que a libertação se efetive, deve ser instaurado, um processo solidário importante, que garantirá a liberdade para todos. A questão fundamental é evitar, que os oprimidos sociais apenas e tão somente troquem de lugares com os opressores. Definitivamente, não se trata de inverter a ordem, mas de estender a liberdade à todos os humanos, sem distinção de qualquer espécie.

Ao propor um projeto de educação libertador, Freire(2000) reafirma sua crença na humanidade e na sua capacidade de saber-se histórica, inacabada e disposta à lutar por um mundo melhor para todos os humanos; um mundo onde as pessoas não sejam impedidas de se fazerem; um mundo onde não haja espaço para exploração, a discriminação e a violência. A crença do pedagogo(FREIRE, 1996) é perceptível quando ele afirma gostar de ser gente, devido ao inacabamento, que lhe permite a consciência de que, apesar de todo e qualquer condicionamento; sempre poderá ir além. Para Freire(1992), mesmo diante de condições desfavoráveis ou barreiras de difícil superação, haverá sempre a esperança de que se possa cumprir com a tarefa histórica de transformar o mundo; sempre restará, apesar de todos os obstáculos ou “situações-limite”, a consciência e o desejo de que as injustiças jamais se eternizem.

Em síntese, Freire(1992/1996/2000/2004), ao anunciar, em todas as suas obras, uma nova forma de ver a humanidade, não guiada pela competitividade e individualismo, mas pela solidariedade e “amorosidade” com os outros, apresenta as condições necessárias, para que levemos adiante um projeto educativo, que ampare homens e mulheres nas suas lutas por desenvolverem as suas vocações naturais para a liberdade; – sem que para isto tenham que negar o mesmo direito aos outros.

Em Freire e com Freire(2005/2011), homens e mulheres, através da educação, tem todas as chances de desenvolverem, individual e coletivamente, seus projetos de vida; assim, ao tomarem consciência das suas possibilidades e das suas condições no mundo, seres humanos podem, em conjunto – mas cada um e cada uma, a seu próprio modo – se assumirem, como protagonistas de suas histórias. Nessa perspectiva, homens e mulheres são seres de projeto, e, como *vir a ser*, estão por se realizarem, por si fazerem, em um constante movimento de busca; suas condições de eticidade lhes permitem se colocar à procura de si mesmo e do Outro. A vida humana em Freire(1992/2005), é encarada como um contínuo processo de luta que, solidariamente, transcende qualquer possibilidade de determinismo, devendo um projeto crítico de educação potencializar este fato e não negá-lo, como o faz a educação bancária(FREIRE, 1996).

Considerações Finais

O que Freire propõe não deve jamais ser compreendido como uma necessidade social de compaixão ou pena daqueles à quem ele chama de “oprimidos sociais”. Não há espaço em Freire para ações assistencialistas daqueles que, por duvidarem da capacidade dos excluídos, acabam por subestimá-los, prejudicando, sobremaneira, a necessária transformação da realidade opressora em que estes estão inseridos. Práticas assistencialistas, na concepção de Freire, contradizem bastante, o que o autor chama de “vocação ontológica de homens e mulheres para a liberdade”, na medida em que reforçam naqueles que vivem em situações de não – liberdade, as suas condições de objetos e contribuem para a manutenção de um *status quo*, que não favorece a participação ativa de todos e todas na construção e reconstrução de sua própria história.

Freire rebate, portanto, toda e qualquer ação antidialógica que venha a intimidar e até impedir que floresçam nos sujeitos noções de responsabilidade e de compromisso consigo mesmos e com os outros. Por isso, propõe uma educação que possibilite a cada um e cada uma exercer suas consciências críticas, ampliando, de modo significativo, suas possibilidades de participação na sociedade, na produção de cultura, enfim, na construção de um mundo que atenda às suas necessidades e dos companheiros; um mundo eminentemente solidário. Em Freire, o assistencialismo dá lugar a uma solidariedade social e política, que transcende a prática caridosa, na medida em que rompe com a barreira entre quem se solidariza, com quem se solidarizou; trata-se de valorizar atitudes radicais e dialógicas, em que cada implicado no processo assuma a luta pela liberdade de todos.

A educação em Freire, como projeto para e com a liberdade, deve recusar o que Freire chama de “solidariedades privadas”, resultantes de relações sociais antidemocráticas, como aquelas estabelecidas, em um determinado momento da nossa história, entre senhores e escravos, entre patrões e empregados, enfim, entre dominantes e dominados ou entre opressores e oprimidos. Este tipo de solidariedade – privada – é própria de sociedades nas quais o povo acaba sendo esmagado pelo poder dominante e obrigado a sufocar o seu potencial para desenvolver, de forma autêntica, a ética da solidariedade.

A solidariedade proposta por Freire é, portanto, essencialmente política, indissociável dos interesses públicos, sem submissões, ajustamentos ou acomodações e é nesse contexto, de uma pedagogia política libertadora, que deve se instalar o projeto de educação, que se preste à problematizar a realidade, aguçando as curiosidades dos educandos e motivando-os a criar e recriar o mundo, quantas vezes julgarem necessário.

O fato é que o silenciamento e a domesticação dos humanos, seja no individual ou no coletivo, pode se dar tanto pela violência como pelas ações paternalistas; entretanto, é possível que mesmo em condições desfavoráveis, os oprimidos sociais, exatamente por conta das necessidades postas pela opressão, sejam capazes de buscar a motivação para lutar por caminhos menos sofridos; caminhos estes, que valorizem os interesses da coletividade de gerar meios de vida digna, de forma solidária, para todos.

Para Freire parece viável, como, de fato, o é, que os oprimidos sociais, mesmo pressionados pela opressão, lutem para a construção de uma sociedade diferente, uma sociedade pautada na solidariedade; solidariedade esta à ser construída como parte de um projeto educativo sério, que se preste ao desenvolvimento de disposições e do exercício contínuo da participação de todos e todas. Trata-se da necessidade de criação de um ambiente político, pautado na aceitação da diferença, da pluralidade, onde o que está em questão é o aprimoramento da democracia que, necessariamente, resultará da responsabilidade e do compromisso com os interesses públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. A dignidade da política: ensaios e conferências. Organizador: Antônio Abranches; tradução: Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
- ARENDDT, Hannah. Crises da República. Tradução José Volkmann. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- FREIRE, Paulo. Educação como prática da Liberdade. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Esperança - Um reencontro com a Pedagogia do oprimido*. Prefácio de Leonardo Boff. Notas de Ana Maria Araújo Freire. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia - Saberes necessários à prática pedagógica*. Coleção Leitura. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Indignação - Cartas pedagógicas e outros escritos*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Tolerância. Organização e notas Ana Maria Araújo Freire. - São Paulo: Editora UNESP, 2004.*
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Compromisso - América Latina e Educação Popular. Organização, notas e supervisão das traduções: Ana Maria Araújo Freire; tradutoras Lilian Contreira e Mirian Xavier de Oliveira. Coleção Dizer a Palavra. 1 ed. Indaiatuba, SP: Vila das Letras, 2008.*
- FREIRE, Paulo et al. *Pedagogia da Solidariedade*. Prefácio de Henry A. Giroux e Posfácio de Donaldo Macedo. 1 ed. Paz e Terra, 2014.
- FREIRE, Paulo. *Conscientização*. Tradução: Tiago José Rise Leme. São Paulo: Cortez Editora, 2016.
- FREIRE, Paulo. *Direitos Humanos e educação libertadora - Gestão democrática da educação pública na cidade de São Paulo. Organização e notas: Ana Maria Araújo Freire e Erasto Fortes Mendonça. 1 edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.*
- KOHAN, Walter. *Paulo Freire mais do que nunca- Uma biografia filosófica*. 1 ed. Belo Horizonte: Vestígio, 2019.
- STRECK, Danilo R. et al. (Orgs.). *Paulo Freire - Ética, Utopia e Educação*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

RELATIVIZAÇÃO DO CRITÉRIO ECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ÂMBITO DO INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL (INSS)

Rosiane da Rosa Bianco

Rodrigo Goldschmidt

INTRODUÇÃO

Por muitos anos a assistência social foi atrelada a crença de paternalismo ou apadrinhamento, entretanto, ao longo dos anos, essa ideia veio se perdendo, na medida em que esse direito foi se consolidando e sendo atrelado ao resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

A Assistência Social é regida e operacionalizada pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8742), que foi promulgada no ano de 1993, com objetivo de regulamentar os dispositivos na constituição e orientar a extensão e requisitos para o acesso ao direito assistencial.

As ações de assistência social, estão focadas na promoção de políticas públicas capazes de proteger a vida, reduzir danos e prevenir a incidência de riscos, especialmente, à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e aos adolescentes

carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e (BRASIL, 1993)

O Benefício de prestação continuada (BPC), está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, e é um dos pilares da Seguridade Social, que consiste na garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão responsável pela operacionalização do BPC, e para ter direito ao benefício, é preciso cumprir uma serie de requisitos legalmente dispostos, entre eles estar inserindo num grupo familiar cuja renda por pessoa seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo nacional.

Graças à atuação do Poder judiciário já se evoluiu no que se refere a flexibilização do critério econômico para a concessão do BPC, entretanto, ainda há muita divergência entre o posicionamento adotado pelo INSS e pela justiça, razão pela qual, as demandas envolvendo a autarquia previdenciária são alarmantes.

Logo, entende-se que caso o INSS venha adotar critérios já consolidados na jurisprudência, no âmbito administrativo, haverá redução do número de ações em tramite e por consequência essa desjudicialização pode auxiliar para a celeridade do poder judiciário.

Assim, visando abordar o tema de forma satisfatória, o presente estudo aborda especialmente conceitos doutrinários e legislativos por meio de uma revisão bibliográfica, com análise da legislação correlacionada, doutrina e jurisprudência.

O presente trabalho divide-se em 3 capítulos, sendo que primeiro capítulo aborda a base legal e os critérios adotados para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada (BPC), no capítulo seguinte serão abordadas e analisadas as orientações jurisprudenciais no que concerne a relativização de critérios adotados para concessão do BPC e o terceiro capítulo fora reservado para apontar a relativização do critério econômico do benefício de prestação continuada no âmbito do INSS como medida a colaborar com a desjudicialização da assistência social no Brasil.

1) BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC), BASE E CRITÉRIOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.

Nos termos do art. 1º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

No mesmo diploma legal, no art. 3º se firmou como objetivos fundamentais republicanos: a construção de uma sociedade solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais; bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

Desde a promulgação da Constituição Federativa do Brasil (1988), a assistência social, juntamente com a saúde e a previdência, integra o pilar da seguridade social, previsto nos arts. 203 e 204 da Carta Constitucional. Com a previsão expressa na Constituição, a assistência social constitui-se uma política pública, extensível a todo cidadão que se enquadrar nos critérios legalmente previstos para seu acesso. (PEREIRA, 2007, p. 64/65)

A seguridade social, nos termos aduzidos por Sérgio Pinto Martins (2015, p.21), é:

O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8742), foi promulgada no ano de 1993, com objetivo de regulamentar os dispositivos na constituição e orientar a extensão e requisitos para o acesso a assistência social.

Antes de adentrar ao direito em si, é preciso desmistificar a ideia apoiada por décadas de que a assistência social caracteriza-se um favor

aos mais pobres, ou ainda apadrinhamento por parte do Estado (COUTO, YAZBEK E RAICHELIS, 2012, p. 55), no entanto, a verdade é que a assistência social é direito constitucionalmente assegurado, pautado na distribuição de renda e apoiado no princípio da Dignidade da pessoa humana.

Isso porque, a dignidade da pessoa humana é a qualidade 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 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2011, p.73)

Para ter direito aos benefícios da assistência social, não é necessário verter contribuições, pois os serviços de assistência social têm o objetivo de promover um amparo igualitário a todas as pessoas que dela necessitarem.

A Assistência Social, na qualidade de política pública, possui aparato institucional próprio, contendo, entre outros, uma Secretaria Nacional de Assistência Social, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, responsável pela elaboração da Política Nacional de Assistência Social. (PEREIRA, 2007, pg. 68).

Os princípios norteadores da assistência social, conforme os incisos I, II, III, IV e V, do artigo 4º da Lei no 8.742/93, são:

I - Supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - Universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - Respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV - Igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - Divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (Artigo 4º. da Lei 8.742 de 1993) (MARTINS, 2015, p. 485).

As ações de assistência social, nos termos do art. 2º da Lei 8.742, visam proteger a vida, reduzir danos e prevenir a incidência de riscos, especialmente, à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (BRASIL, 1993)

No que se refere ao presente estudo, o foco principal é o Benefício de Prestação Continuada (BPC), o qual é gerido pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, e operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal vinculada à Previdência Social. Segundo disposição legal, para ter direito ao benefício não é exigido qualquer contraprestação do beneficiário, tampouco é necessária a contribuição previdenciária. Essa política de assistência social destina-se a pessoa idosa e aos deficientes incapacitados para o trabalho. (MEDEIROS; SAWAYA NETO; GRANJA E BARROS, 2009. p. 3/4.)

Para ter direito ao benefício, em tese, no caso do idoso a autarquia previdenciária exige que haja a comprovação dos seguintes requisitos: a) possuir 65 anos de idade ou mais; b) estar inserido em grupo familiar cuja renda per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente; c) Não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória (CASTRO; LAZZARI, 2018, p.769).

Com relação a pessoa com deficiência, os requisitos adotados pelo INSS para a concessão, de forma cumulativa são os seguintes: a) a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, obstruam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; b) estar inserido em grupo familiar cuja renda per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente; c) não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória (CASTRO; LAZZARI, 2018, p.770).

No que se refere ao grupo familiar a Lei 8.742/93, dispõe no artigo 20, § 1, que:

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (BRASIL, 1993)

De acordo com o Decreto n. 7.617, de 2011, a renda mensal bruta corresponde:

[...]a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada. (BRASIL, 2011)

De pronto verifica-se que a renda legalmente estipulada para o acesso ao benefício é extremamente baixa, isso porque, a título de exemplo, se o pretense beneficiário receber qualquer valor a maior, ainda que mínimo, já é considerado inapto ao recebimento do benefício, isso em sede administrativa, no âmbito da Autarquia previdenciária-

ria, que mostra pouca, ou quase nenhuma flexibilidade na análise dos critérios para concessão do benefício.

Entretanto, conforme se verá no tópico a seguir, a atuação do poder judiciário tem causado interferência na forma como o a Autarquia Previdenciária analisa os pedidos de concessão do benefício.

2) ATUAÇÃO JURISPRUDENCIAL NA RELATIVIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS ECONÔMICOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

Conforme mencionado no tópico anterior, o INSS mostra-se pouco flexível ao analisar os requisitos para a concessão do BPC, razão pela qual, muitos pretensos beneficiários recorrem as vias judiciais, buscando demonstrar que possuem vulnerabilidade social, pleiteando a concessão judicial do benefício.

Em verdade, a atuação do poder judiciário tem demonstrado ser mais favorável no que se refere a análise dos requisitos para a concessão do benefício, e por isso, não é incomum ver-se decisões em Ações Civis Públicas, movidas pelo Ministério Público Federal, em que se determina a autarquia previdenciária a adoção de novos parâmetros, mais benéficos ao pretense beneficiário ou decisões que concedem benefícios que foram indeferidos na esfera administrativa.

No âmbito de análise feito nos casos que chegam à esfera judicial, o critério econômico é o que há mais incidência, inclusive o Supremo Tribunal Federal, foi instado a se manifestar sobre o assunto, ao analisar a Reclamação n. 4.374, que versava sobre o critério econômico para concessão de benefício assistencial (renda familiar per capita de até 1/4 do salário mínimo).

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão, do requisito numérico da renda per capita, apontando nas razões da decisão que a comprovação da renda mensal não está limitada ao parâmetro legal por si só, sendo possível dificultar o reconhecimento de outros meios probatórios em “face do princípio da liberdade objetiva dos meios de demonstração em juízo, desde que idôneos e moralmente legítimos, além de sujei-

tos ao contraditório e à persuasão racional do juiz na sua apreciação”. (STF, 2013)

Ademais, no mesmo sentido, em relação ao critério econômico que impõe que a renda per capita da família seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente, este foi considerado defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

A decisão acima citada é utilizada como parâmetro de decisão, conforme se verifica a título explicativo, no bojo Agravo em Recurso Especial nº 1.617.309 - ES (2019/0339873-6), extrai-se da conclusão do relator que atualmente inexistente critério numérico tido por constitucional pelo STF para a aferição objetiva da situação de miserabilidade (STJ, 2020), ou seja a adoção unitária da tarifação legal sobre a renda per capita do grupo familiar, pode deixar de abarcar situações que tornam a família vulnerável, miserável e hipossuficiente, fazendo jus a assistência social.

Além da flexibilização do valor em si, há divergência na metodologia de cálculo adotada pelo INSS e pelo poder judiciário em sua grande maioria. Buscando demonstrar a vulnerabilidade de outras formas, os pretensos beneficiários do BPC, juntavam administrativamente comprovantes de despesas médicas, alimentação especial, entre outros. Mas, ainda assim, a autarquia previdenciária continuava indeferindo os benefícios, utilizando como critério somente a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Essa questão foi objeto da Ação Civil Pública nº 5044874-22.2013.4.04.7100/RS, na qual, o Ministério Público, em sede recursal, conseguiu procedência parcial na ação que moveu em face do INSS visando ampliar o rol de despesas permitidas para abatimento no momento da concessão do BPC, julgada nos seguintes termos:

[...] julgando parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS a deduzir do cálculo da renda familiar, para fins de verificação do preenchimento do requisito econômico ao benefício de prestação continuada do art. 20 da Lei nº 8.742/93, apenas as despesas que decorram diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada, com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde,

requeridos e negados pelo Estado, estendendo os efeitos deste julgado a todo o território nacional. (TRF4, 2018)

Esse julgado é de extrema importância, pois, por se tratar de ação Civil Pública, seus efeitos são extensivos, e em razão do decidido, o INSS já vem concedendo o direito ao abatimento de despesas com medicamentos, alimentação especial, fraldas descartáveis e consultas na área da saúde, desde que exista prova que estes foram requeridos ao poder público e este negou o fornecimento.

Ademais, cumpre salientar que apesar de não aplicado pela autarquia previdenciária, é entendimento majoritário da jurisprudência pátria que o benefício no valor de um salário mínimo recebido por idoso deve ser excluído do cômputo da renda mensal familiar. Nesse viés, a título demonstrativo, assim se posicionou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...]3. Exclusão do valor de um salário mínimo recebido por idoso do cômputo da renda mensal familiar, conforme jurisprudência dominante. 4. Presunção absoluta de miserabilidade diante da verificação da renda mensal do grupo familiar igual a zero, conforme o entendimento já uniformizado pelo TRF 4º Região, no IRDR nº 12 (50130367920174040000/TRF) de 21/2/2018. 5. Comprovada a situação de risco social da parte autora e de sua família, é devido o benefício assistencial. [...] 7. Reconhecido o direito da parte, impõe-se a determinação para a imediata implantação do benefício, nos termos do art. 497 do CPC. (TRF-4, 2018)

Destarte, nota-se que ainda existem posicionamentos divergentes, no que se refere ao critério econômico para a concessão do BPC, em relação ao que se decide no INSS e na Jurisprudência. Para a grande maioria dos tribunais pátrios, em juízo, o fato por só de a família não preencher o critério econômico de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, pode não ser óbice para o deferimento do BPC, isso porque, a vulnerabilidade social e a miserabilidade da família podem ser analisadas utilizando outros critérios, estes subjetivos não previstos na Lei Geral da Assistência Social.

Logo, a pessoa que se encontra desampara frente a uma negativa obtida na autarquia previdenciária, precisa buscar um meio de sobreviver com dignidade e muitas vezes, provocar a atuação do poder judiciário tem sido a solução, o que não precisaria ocorrer em tão larga escala, conforme se verificará a seguir.

3) RELATIVIZAÇÃO DO CRITÉRIO ECONÔMICO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ÂMBITO DO INSS COMO MEDIDA A COLABORAR COM A DESJUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTENCIA SOCIAL.

O princípio do acesso à justiça está disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988) Este princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois é por meio deste princípio que se atribui ao poder judiciário o exercício da prestação jurisdicional, que, ao ser provocado, deve apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito.

A nossa Constituição foi promulgada, com intuito de redemocratização brasileira, nesse contexto, “tornou o acesso à justiça um princípio constitucional, trazendo, em seu bojo, direitos e garantias que enaltecem o exercício da cidadania, estimulando assim o cidadão a buscar seus direitos através do Poder Judiciário.” (SOUZA, 2011, p.1)

Ocorre que no Brasil, apesar da alta carga tributária, a prestação dos serviços públicos não consegue abarcar toda a população de forma satisfatória, razão pela qual, grande parte das demandas que chegam ao poder judiciário, versam sobre direitos básicos como exemplo, saúde, previdência e assistência social, pois muitas vezes, diante de uma negativa do poder público, recorrer ao poder judiciário é a alternativa para garantir que os direitos sejam assegurados e concretizados.

Segundo dados do CNJ, levantados no ano de 2012, no ano anterior ao estudo “os setores públicos da esfera federal e dos estados foram responsáveis por 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau e aos Juizados Especiais.” (CNJ, 2012)

Nesta mesma pesquisa, verificou-se também que o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) ocupa o primeiro lugar no ranking das organizações públicas e privadas com mais processos no Judiciário Trabalhista, Federal e dos Estados. O órgão respondeu por 4,38% das ações que ingressaram nesses três ramos da Justiça nos 10 primeiros meses do ano de 2011. (CNJ, 2012)

Desta feita, diante da ineficiência na prestação dos serviços básicos pelo Estado Brasileiro, as demandas judiciais vêm se tornando cada vez maiores, e na medida que a litigiosidade aumenta, o poder judiciário torna-se moroso, e de certa forma também deficiente para dar resposta ao anseio social por justiça.

Por isso a importância de se falar em desjudicialização. Segundo Lúcia Arlé Ribeiro de Souza a desjudicialização:

[...] constitui uma faculdade conferida às partes para compor suas pretensões fora da esfera estatal, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham, como objeto, direitos disponíveis. Ressalta-se que a utilização das vias extrajudiciais é uma escolha do jurisdicionado, ou seja, o cidadão continua tendo o direito de acesso ao Judiciário para resolver qualquer das situações destacadas como passíveis de serem objeto da esfera administrativa [...] (SOUZA, 2011, p.1).

A mesma autora ainda afirma que a desjudicialização:]

[...] não fere qualquer garantia constitucional quanto ao acesso ao Poder Judiciário, pelo contrário, ela garante ao cidadão um meio alternativo de solução de suas pretensões sem que seja obrigado a submetê-las às delongas do processo judicial. A partir de então, desenvolveu-se uma nova mentalidade em meio à sociedade, qual seja: o indivíduo não mais terá que buscar os morosos ritos processuais para resolver questões de jurisdição voluntária [...], podendo para tanto escolher um dos meios oferecidos pelo legislador no âmbito administrativo (SOUZA, 2011, p.1).

No âmbito desta pesquisa, a relativização do critério econômico na via administrativa, ou seja, no INSS, evitaria que muitas ações

chegassem ao poder judiciário, que já se encontra saturado e moroso devido à grande litigiosidade, mencionada anteriormente.

A sociedade atual modifica-se constantemente, tanto no âmbito político, quanto econômico, social e até mesmo jurídico. Apesar dessas mudanças na sociedade, a legislação nem sempre consegue acompanhar essas mudanças, resta estagnada em sua letra, sendo necessária a utilização de novos critérios, estes mais atuais, tais como os entendimentos consolidados e pacificados na jurisprudência.

Importante mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil no art. 3º, inciso IV, menciona como objetivos fundamentais do Estado, promover o bem estar social, por meio da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais. (BRASIL, 1988)

No presente estudo já se verificou a necessidade de mitigação de critérios baseados na letra fria da lei, haja vista o caráter de direito social da previdência e assistência social, e a necessidade basilar de concretização do princípio da dignidade humana, valor finalístico da concessão do benefício assistencial, que visa estipular a obrigação do Estado em suprir as necessidades mínimas dos cidadãos brasileiros que em decorrência de sua peculiar situação, não possuam condições para prover a própria subsistência, ou de tê-la provida pela sua família.

Apesar de ser um entendimento pacificado no Judiciário, a Autarquia previdenciária apresenta enorme intransigência em reconhecer o direito alheio já consolidado, negando aos requerimentos administrativos e recorrendo até a última instância, com um intuito de protelar o direito do cidadão. A Previdência habituou-se a ser intolerante, enraizando a si uma cultura extremamente demandista, e essa judicialização, trouxe como consequência um aumento imensurável e inesperado de demandas para apreciação do Poder Judiciário, tornando o sistema lento, custoso e sem qualidade na prestação do serviço.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo apresentar como solução a relativização do critério econômico do benefício de prestação continuada, e defender que sejam adotados pelo INSS, posicionamentos já consolidados com relação ao critério econômico.

Ademais, as numerosas demandas que visam conseguir judicialmente um benefício indeferido administrativamente pela alegação de ultrapassar a renda estabelecida legalmente, tão somente assoberba o

judiciário, o tornando lento e moroso, dificultando aos mais necessitados a prestação de um direito célere que atenda às necessidades da sociedade. E conseqüentemente a desjudicialização na resolução de tais conflitos, com a verdadeira efetivação dos direitos dos cidadãos, retira da tutela do Poder Judiciário a resolução de conflitos que podem ser resolvidos de forma simples e rápida.

Como se viu no segundo tópico deste artigo, o parâmetro legal que prevê patamar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa do grupo familiar, é ultrapassado, e por isso, constantemente é relativizado no âmbito do poder judiciário. Logo, no contexto atual, em que se clama por soluções para o grande número de litígios envolvendo direitos básicos da população, a atualização com base na jurisprudência, ou até melhoria na legislação da assistência social poderia contribuir para a redução do número de processos em tramite, envolvendo pedidos de Benefício de Prestação Continuada.

CONCLUSÃO

A relativização do critério econômico adotado pela Autarquia Previdenciária para análise dos pedidos de concessão de Benefício de Prestação Continuada é medida hábil para reduzir o número de processos em que se pleiteia esse benefício.

Conforme mencionado alhures, os parâmetros da Lei 8.742/93, que prevê renda per capta de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente, (que na data atual corresponde a pouco mais de R\$ 200,00 (duzentos reais), são constantemente relativizados pela jurisprudência, que leva em consideração outros fatores para aferição da condição de miserabilidade e hipossuficiência da pessoa que pretende receber o BPC.

O Supremo Tribunal Federal já apresentou inúmeros posicionamentos, pacificando a necessidade de adoção de outros critérios para aferição da hipossuficiência do pretense beneficiário do BPC, e declarou parcial inconstitucionalidade da norma que impõe critério numérico para a aferição do mesmo.

Por todo explanado, demonstra crível o quão benéfico ao Judiciário, ao cidadão e até mesmo a autarquia a desjudicialização de tais casos.

Com a desjudicialização se chegará a tão preconizada justiça, a efetividade na prestação jurisdicional, eficiência e eficácia, a realização de medidas internas, ainda em caráter administrativo pela autarquia previdenciária na adoção de procedimentos simples que não impliquem em lesão ao direito e não necessitem da tutela judiciária, como a aplicação de precedentes já consolidados que beneficiam a sociedade, relativizando os critérios para a concessão do Benefício de Prestação Continuada às pessoas mais necessitadas de dependem do benefício para uma vida digna, representa o verdadeiro equilíbrio da balança, símbolo do nosso direito, símbolo da justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

_____. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regula o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso. Disponível em: <http://livrariadamasio.com.br/conteudo_complementar/pdf/2%20-20Decreto%206.214.pdf>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Lei Orgânica da Assistência Social (L.O.A.S.). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742compilado.htm> Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito**. 21. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Órgãos federais e estaduais lideram 100 maiores litigantes da Justiça**. 2012.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica/> - Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

COUTO, B.; YAZBEK, M. C.; RAICHELIS, R. **A política nacional de assistência social e o Suas: apresentando e problematizando fundamentos e conceitos.** O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 35^a ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MEDEIROS, Marcelo; SAWAYA NETO, Melchior; GRANJA E BARROS, Fábio Enrique. **A distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do Benefício de Prestação Continuada.** Textos & Contextos (Porto Alegre). 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321527165009>. Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

PEREIRA. Potyara A. P. A Assistência Social prevista na Constituição de 1988 e operacionalizada pela PNAS e SUAS. Revista Ser Social n. 20, 2007.

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.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3029, 17 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20242>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Agravo em Recurso Especial nº 1.617.309 - ES (2019/0339873-6) -1617309 ES 2019/0339873-6, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 04/02/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/805382971/agravo-em-recurso-especial-aresp-1617309-es-2019-0339873-6?ref=serp> - Acesso em 1 de fevereiro de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1394595 SP 2011/0010708-7,

Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/04/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2012) Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21816092/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1394595-sp-2011-0010708-7>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Reclamação nº 4.374, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.4.2013, DJe de 4.9.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489> – Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5044874-22.2013.4.04.7100/RS. Disponível em: < https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=processo_selecionar&num_processo=50515483420174040000&strUfOrigem=RS&hash=-375025fc7c9a08ec6c502c4afd5e14e7 > Acesso em 01 de fevereiro de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. (TRF-4 - AC: 50508189620174049999 5050818-96.2017.4.04.9999, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 18/07/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/603203609/apelacao-civel-ac-50508189620174049999-5050818-9620174049999/inteiro-teor-603203658?ref=juris-tabs-> Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

A COEXISTENCIA DA LAICIDADE E DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pedro D'Alcantara Miranda Neto

1. INTRODUÇÃO

Não são raras as exposições leigas que conceituam o Estado Laico como forma de organização social avessa a religiosidade, quando na verdade, o conceito de laicidade não se amolda nesta concepção, antes pelo contrário.

Trataremos neste breve ensaio as diferenças conceituais entre laicismo, laicidade e secularização, passando em seguida a digressão acerca da possibilidade de relação harmônica entre o Estado Laico e a liberdade religiosa, buscando desmistificar a ideia de necessário conflito de coexistência da liberdade religiosa no seio do Estado Laico.

Para alcançar a conclusão do trabalho, explicaremos as nuances terminológicas que definem o Estado Laico, o Estado Laicista e o Estado Confessional, delineando a relação de todos os respectivos sistemas políticos e seus efeitos sobre a liberdade religiosa.

2. SECULARIZAÇÃO, LAICIDADE E LAICISMO

Ab initio, quando se trata do tema da secularização, é importante reconhecer que se traduz em um movimento histórico de emancipação

social frente a religião. Isto é, a secularização é fomentada pelo avanço da ciência racional e da modernidade cultural, as quais, promovem o desprendimento da religião como núcleo dos meios sociais.

Note-se que o desprendimento religioso não significa necessariamente abandono dos valores éticos e morais, mas essencialmente a quebra da relação de vinculação obrigatória das relações sociais com a religião.

Max Weber explicava o fenômeno da secularização mediante o uso da expressão: “desencantamento do mundo”¹⁷, para definir o processo de substituição dos conceitos mágicos pela ética nas relações sociais. A expressão cunhada por Weber ilustra de forma lúdica o conceito do fenômeno secular.

Segundo Frank Lechner:

“A teoria da secularização é uma teoria geral da mudança societal e consiste de um corpo empírico coerente de generalizações empíricas que repousa sobre premissas weberianas fundamentais. De acordo com essas premissas familiares, em certas sociedades as visões de mundo e as instituições ancoradas na transcendência perdem influência social e cultural como resultado da dinâmica da racionalização.” (Lechner, 1991, p. 1.104)

A secularização, portanto, é o caminho reverso da conversão religiosa, ou seja, é quando o elemento sagrado se converte à racionalidade, abandonando o misticismo e o sobrenatural, e se aproximando da razão e da ética, o que pode reverberar na arte, na medicina, na sociologia, na filosofia e nos diversos âmbitos sociais, inclusive, na política.

Nesta seara, quando o fenômeno social de secularização atinge o âmbito político, tem-se a gênese da laicidade. Portanto, podemos determinar que a secularização é um efeito que se desenvolve na esfera social e propulsiona o surgimento do Estado Laico. Daí a razão pela qual não se pode afirmar que secularização e laicidade se tratam de expressões sinônimas, eis que enquanto a primeira se desenvolve na

17 A expressão cunhada por Weber pela primeira vez no artigo "Sobre algumas categorias da sociologia compreensiva" de 1910 e a metáfora foi inserida na segunda versão de seu escrito "A ética protestante e o espírito do capitalismo" de 1920.

condição de um fenômeno social de racionalização, a segunda revela uma opção política derivada da primeira.

Nas palavras de Marco Huaco:

“a laicidade é a expressão político-institucional do processo de secularização (das instituições estatais, de seu ordenamento, de suas políticas, etc.) que acaba moldando-se formalmente mediante normas, princípios e valores jurídicos.” (HUACO, 2008, p. 47)

A compreensão da laicidade, antes de mais nada, perpassa pela necessidade de se defini-la como um fenômeno essencialmente político, e não religioso ou social. Isto é, a concepção do Estado Laico pressupõe uma opção política que implica na desvinculação da religião como fator fundamental para a formação do Estado.

Desta forma, no Estado Laico a compreensão de cidadania não guarda relação com a necessidade de filiação religiosa, dissociando-se de forma bem definida as normas religiosas e as leis de regência da vida civil, o que não significa dizer que os dogmas e costumes religiosos não influenciem na definição dos valores sociais, mas implica apenas em afirmar que não há entre si relação de dependência ou força normativa.

Fruto da valorização da racionalização do ser humano (secularização das relações sociais), a laicidade não deve, contudo, ser definida apenas como um mecanismo de afastamento do Estado e da religião, mesmo porque é comum Estados Laicos que toleram, e até mesmo promovem a proliferação da religiosidade, sem, contudo, adotar para si uma postura confessional, como é o caso do Brasil¹⁸.

Basta notar que no Brasil, por exemplo, mesmo na condição de Estado Laico, há expressa previsão constitucional de isenção tributária para templos religiosos ¹⁹, assim como no preâmbulo

18 Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

19 Constituição da República Federativa do Brasil.

constitucional há expressa menção à Deus ²⁰, como símbolo religioso supremo.

Portanto, a ressalva que se pretende aqui registrar, é que assim como a secularização não significa extinção da religiosidade, mas apenas a desvinculação do elemento religioso do núcleo das relações sociais, a laicidade não implica na extinção dos valores religiosos do seio estatal, mas apenas na dissociação da religião como elemento fundamental na concepção normativa do Estado.

Nesta concepção a laicidade é um conceito multifacetado, eis que pode revelar um Estado Laico que promova a religiosidade sem aderir a uma religião estatal, ou pode revelar um Estado Laicista ou Anticlerical que rejeite toda e qualquer manifestação pública da religiosidade, subjugando a religião exclusivamente para a esfera íntima do indivíduo, como na França.

Segundo Celso Lafer:

“Uma primeira dimensão da laicidade é de ordem filosófico-metodológica, com suas implicações para a convivência coletiva. Nesta dimensão, o espírito laico, que caracteriza a modernidade, é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate, e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas. Isto não significa desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas atribui à livre consciência do indivíduo a adesão, ou não, a uma religião. O modo de pensar laico está na raiz do princípio da to-

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) VI - instituir impostos sobre:

(...) b) templos de qualquer culto;

20 Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

lerância, base da liberdade de crença e da liberdade de opinião e de pensamento.

O modo de pensar laico teve o seu desdobramento nas concepções do Estado. O Estado laico é diferente do Estado teocrático e do Estado confessional. No Estado teocrático, o poder religioso e o poder político se fundem (exemplo: Irã), enquanto no Estado confessional existem vínculos jurídicos entre o Poder Político e uma Religião (exemplo: Brasil-Império, cuja religião oficial era a católica). O Estado laico, por sua vez, é o que estabelece a mais completa separação entre a Igreja e o Estado, vedando qualquer tipo de aliança entre ambos”

É por conta desta bipolaridade do conceito de laicidade que doutrinadores por todo o mundo passaram a utilizar as expressões laicismo e laicidade com significados diversos²¹, admitindo que laicidade retrata uma postura de neutralidade benevolente do Estado perante as religiões, onde se concebe um Estado não confessional, porém garantidor da proteção do direito à expressão pública da religiosidade.

O filósofo italiano Norberto Bobbio é um dos defensores da dicotomia entre as expressões, definido laicidade como uma *“condición para la convivencia de todas las posibles culturas. La laicidad expresa más bien un método que un contenido”*, enquanto trata o laicismo como a *“necesite armarse y organizarse corre el riesgo de convertirse em uma iglesia enfrentada a las demás iglesias.”* (BOBBIO,1999,p 2)

Há, contudo, quem defenda tratar-se de expressões complementares, enquadrando as expressões dentro do mesmo campo semântico, de modo que o laicismo se definiria pelo sistema no qual se insere a laicidade.

É este o pensamento de Gustavo Biscaia Lacerda:

21 “laicismo” é a forma militante daqueles que defendem a laicidade, enquanto ‘laicidade’ é um ‘regime de convivência social complexo, à medida que estabelece normas institucionais preferidas pela maioria para a gestão com tolerância de uma realidade igualmente diversa, de uma crescente pluralidade religiosa e de uma demanda crescente de liberdades religiosas ligadas aos direitos humanos ou à diversidade e particularidades culturais”. (BLANCARTE apud HUACO, 2008)

[...] sendo a laicidade uma situação institucional, mas também um valor a respeitar-se, o laicismo seria o movimento ao seu favor. Assim, não nos parece aceitável a definição formulada por intelectuais e movimentos contrários, seja à laicidade, seja à secularização, que afirmam respeitar a laicidade, mas atribuem ao termo derivado “laicismo” o sentido negativo” (LACERDA, 2014, p. 190).

Para aqueles que diferenciam as expressões, no entanto, a laicidade define o sistema político que prega o respeito a todas as religiões como fontes de virtude e bons costumes, sem erigir predominância a qualquer uma delas, enquanto, por outro lado, vinculado a um sentido mais pejorativo, definem o laicismo como a opção política por uma neutralidade agressiva, onde prevalece uma versão mais rígida do Estado Laico, onde a liberdade religiosa se restringe a esfera da consciência individual, não podendo desbordar a manifestações públicas.

3. ESTADO LAICO E LIBERDADE RELIGIOSA

Depois de não só esclarecer o conceito de secularização, laicidade e laicismo, mas também de traçar a relação entre as expressões, propomo-nos a examinar as condições de coexistência entre o Estado Laico e a liberdade religiosa.

Para isso, antes é necessário revelar o ambiente histórico onde exsurge o movimento de secularização, que tem como importante motivação o combate a influência da igreja sobre o Estado, antes por muitas vezes escravizado pelo domínio dos dogmas clericais.

A laicização, portanto, foi a arma empunhada pela sociedade secular na busca pela independência estatal contra a tirania religiosa. Não é atoa que Françoise Champion afirma que “o poder político foi mobilizado para subtrair, completamente ou parcialmente, as pessoas e as diferentes esferas da atividade social da influência da Igreja” (CHAMPION, p.43).

Naturalmente a igreja hegemônica protegida pelo Estado Confessional inicia um movimento de combate ideológico à laicidade, lançando contra a secularização toda a oportunidade de crítica destrutiva, com o objetivo de salvaguardar sua influência e poder estatais.

Aliás, Marco Huaco pontifica que:

“Os termos “laicismo”, “Estado laico”, e “separação Igreja-Estado” sempre serão concebidos de maneira muito negativa, ora forte, como na Igreja pré-conciliar, ora moderados, como na Igreja pós-conciliar”. (HUACO, 2008, p. 53-54).

É nesse ambiente hostil de combate à laicização que surge o mito de que o Estado Laico é, necessariamente, um sistema político de perseguição a liberdade religiosa, e de que ambos não podem coexistir harmonicamente, salvo no seio de um Estado Confessional.

Ocorre, que como visto até aqui, há no mínimo dois níveis de laicidade estatal, que alguns doutrinadores tratam por laicismo e laicidade, sendo premente que se distingam entre si para que possamos identificar o que de fato é prejudicial à liberdade religiosa.

Neste sentido, o Estado Laicista ou Anticlerical, onde predomina o laicismo, reflete não apenas a desvinculação do Estado da influência religiosa, mas também restringe as manifestações de fé a esfera íntima do indivíduo, desvinculando a religião do convívio social.

Como pontua Natália Gomes da Silva Magacho:

“O laicismo é, portanto uma ideologia totalitária e pautada em uma verdade absoluta na qual só se permite expressões dotadas de um critério racional. Constitui-se, pois, em uma pseudo-religião que impõe aos cidadãos uma ideologia arbitrária e, além de negar-lhes o direito fundamental de liberdade religiosa”.

Trata-se de um sistema rígido que verdadeiramente se mostra ambiente nocivo a democracia, e quiçá, a igualdade, posto que a liberdade religiosa se insere no campo das liberdades individuais essenciais ao exercício pleno da democracia.

Nesse modelo estatal não se pode conceber sequer a ideia de igualdade, muito menos de liberdade religiosa. Aliás, não se concebe a liberdade religiosa sem antes se conceber que todos os indivíduos são iguais em direitos e deveres perante a sociedade, não se admitindo assim distinções que poder-se-iam manipular em prol da tirania religiosa.

Entretanto, quando a crítica clerical à laicidade se apega ao Estado Laicista como único modelo de sistema laico, está na verdade criando um silogismo em favor do seu argumento confessional, e tentando assim se reafirmar no controle do poder estatal.

Por isso é tão importante que as expressões terminológicas estejam bem definidas para o leitor, de modo que seja fácil detectar as nuances que diferenciam o Estado Laico, o Estado Laicista e o Estado Confessional, identificados, respectivamente, pela predominância da laicidade, do laicismo e da confessionalidade.

O argumento da igreja sucumbe quando se desvenda a existência do modelo de Estado Laico onde a laicidade, a despeito de retirar a supremacia da religião sobre o poder público, na verdade promove e incentiva a pluralidade religiosa, favorecendo o convívio de diversas religiões no mesmo ambiente social. Isto é, o Estado Laico, por natureza, e por não eleger uma religião confessional, tem por característica garantir a disseminação de todas as demais religiões.

Segundo esclarece Natália Gomes da Silva Magacho:

“A política estatal em um estado laico certamente não pode ser dirigida para o fim de satisfazer os padrões éticos definidos por segmentos religiosos, contudo, estes, bem como segmentos não-religiosos da sociedade, possuem o direito de exercer sua cidadania, pronunciando-se acerca das políticas públicas. Se vivemos em um Estado democrático de Direito, a tentativa de um grupo social, religioso ou não, de influenciar as políticas do governo, não constitui por si, só uma afronta à laicidade estatal. O Estado pode adotar uma política que foi orientada por grupos de pressão religiosos, no entanto, o critério norteador de sua adoção não será religioso, mas sim voltado para o melhor interesse público”.

Desta forma, em um exercício reverso, é possível concluir que se há nocividade à liberdade religiosa, o Estado Confessional é a quem se pode atribuir a sua autoria, especialmente se confrontado ao sistema de laicidade do Estado Laico.

Por mais desconfiável que possa soar, a verdade é que o Estado que confessa a uma religião oficial tende a reprimir as demais, suprimindo

a liberdade religiosa plena em detrimento do favorecimento a religião estatizada.

Como esclarece Gustavo Biscaia Lacerda:

[...] enquanto na variedade de princípio a laicidade é uma situação por assim dizer indisputável, pois a laicidade é fundamento do Estado e garantia das liberdades públicas, na variedade de compromisso a laicidade é um valor transitório ou passível de ser percebido como tal enquanto perdura uma situação de ausência de hegemonia religiosa em uma sociedade dada. (LACERDA, 2014, p. 193).

É então o reverso do que se parece ser. O Estado Confessional e o Estado Laicista têm mais em comum quando examinados os seus efeitos, do que o Estado Laico, de modo que se pode afirmar que em um sistema laico não laicista, a liberdade religiosa é mais pulsante do que no seio de um Estado que confessa uma religião hegemônica.

Assim, quando começamos a soterrar estes mitos, começamos também a ver despontar no horizonte que a concepção de laicidade, diferente do laicismo, não é inimiga da liberdade religiosa, pelo contrário, admitir a coexistência de múltiplas crenças em respeito a universalidade do direito de crer e a igualdade de cada indivíduo, significa também garantir a todos o direito de defender a sua verdade.

Segundo Paulo Pulido Adragão:

“A liberdade religiosa é, aliás, condição sine qua non de qualquer sistema político pluralista e não se dá onde o pluralismo não é possível. Sem plena liberdade religiosa em todas as suas dimensões (...), não há plena liberdade cultural, nem plena liberdade política. Assim como, em contrapartida, aí onde falta a liberdade política, a normal expressão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada; o mesmo é dizer que a democracia, enquanto regime político de liberdade para as pessoas e para os grupos pressupõe a liberdade religiosa”

Ora, como citado pelo doutrinador português, a liberdade religiosa só tem espaço em um sistema político pluralista, sendo evidente que

em um Estado Confessional, onde não há pluralismo religioso, não há que falar-se em liberdade religiosa.

Igualmente, não existe liberdade religiosa em um Estado Laicista, cuja neutralidade ativa termina por anular a religião como um fenômeno social, subjugando o direito de crença a esfera individual, como é o exemplo francês²².

Diametralmente, no seio do Estado Laico, a laicidade estatal favorece a liberdade religiosa, ao ponto em que democratiza o acesso a religião e propicia o direito ao proselitismo às religiões minoritárias, enquanto simultaneamente incentiva às religiões majoritárias, outrora hegemônicas e agora desgarradas da imposição estatal, a buscar novas formas de atrair seus fiéis e difundir suas crenças.

22 “Pretende-se sustentar que, nestes casos, a conquista da independência do poder temporal perante Roma passou a ser premissa para se atingir a paz terrestre e salvar a cidade dos homens. Isto obrigou a componente eclesial do religioso e, em alguns casos, a sua própria matéria dogmática a ficar sob a alçada da “razão” de Estado, como a vigência do josefismo, do galicanismo e do regalismo em muitos países católicos europeus dos séculos XVII e XVIII pantenteia. Daí que, neles, a secularização do político tivesse desencadeado (recíprocas) “hostilidades” com a religião dominante, não só a propósito dos fundamentos e do papel da soberania, mas também das ideias e valores que deviam orientar a vida dos indivíduos, agora apelados a sem antes de tudo, cidadãos. Assim se compreende que, com a Revolução – e passada a ilusão de ser possível republicanizar a Igreja –, os ataques contra esta visassem “descristianizar” a sociedade. Percebe-se, também, por que é que a criação de uma nova ordem política e económico-social deu origem a uma forte corrente anticlerical e anticongregacionista inspirada no argumento iluminista, ou melhor. Maçónico, racionalista e depois, livre-pensador.

Como Roma não estava interessada em consentir a autonomia dos indivíduos, da sociedade e da política, como resposta o Estado reivindicará para si, cada vez mais, o exercício de ações positivas, especialmente no campo da economia (nacionalização dos bens eclesiásticos) e da educação (gratuita, obrigatória e, posteriormente, laica). Para isso, entrou nos domínios da Igreja com a finalidade última de construir a cidadania, isto é, de enraizar nos indivíduos um sentimento de pertença à Nação anterior a quaisquer outros, incluindo os religiosos. Será neste clima de recíprocos antagonismos que se trilhará um acidentado percurso que, hoje, alguns designam por “exceção” francesa, no seio da qual a secularização ganhará contornos de laicidade. Como é lógico, o cariz “hostil” desta experiência repercutiu-se, igualmente, na religião civil instalada pelo novo Estado-Nação e explica por que é que, apesar de um ponto de partida aparentemente comum, aquela acabou por se diferenciar da americana”. (CATROGA, p. 230-231)

Em outras palavras, o grau de nocividade da secularização à liberdade religiosa mantém relação de dependência direta com o modelo adotado pelo ente estatal, sendo certo que a própria confessionalidade não se mostra terreno fértil a liberdade religiosa.

4. CONCLUSÃO

A dissecação dos conceitos das expressões laicidade, laicismo e confessionalidade, percorridas no curso do presente trabalho, foram capazes de revelar que a relação do Estado com a religião pode se desenvolver de diversas formas. E que o desenvolvimento dessa relação pode favorecer ou suprimir o direito humano fundamental a liberdade religiosa.

Ficou evidente que as expressões laicismo e laicidade não podem ser encaradas como sinônimos, uma vez que enquanto a laicidade descreve uma relação de neutralidade genuína entre Estado e religião, o laicismo se traduz em uma neutralidade impositiva, através da qual o Estado se torna um ator inibidor do exercício religioso no seio social.

Avaliando as peculiaridades de cada sistema político, o trabalho pôde concluir que a laicidade e a liberdade religiosa mantêm entre si uma relação simbiótica que floresce no ambiente da pluralidade religiosa, enquanto que sucumbe no seio do Estado Laicista.

Constatou-se que o mito de que o Estado Laico não admite coexistência com a liberdade religiosa têm origem em sofismas estimulados pela igreja hegemônica, na tentativa de fazer prevalecer seu domínio e influência sobre o Estado.

Concluindo, por fim, o trabalho demonstrou que a liberdade religiosa não apenas pode coexistir no Estado Laico, como depende dos seus princípios para que se efetive na condição de direito fundamental do homem.

5. REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. A liberdade religiosa e o Estado. Coimbra: Almedina, 2002.

BOBBIO, Norberto. Cultura laica y laicismo. Disponível em: <http://www.elmundo.es/1999/11/17/opinion> . Acesso em: 01 dez. 2006.

- BLANCARTE, Roberto apud HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Organizador). Em defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CATROGA, Fernando. Entre deuses e Césares: secularização, Laicidade e religião civil. Uma perspectiva histórica. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 230-231.
- CHAMPION, Françoise. De la diversité des pluralismes religieux. International Journal on Multicultural Societies, Estados Unidos, v. 1, n. 2, p. 43-61.1994.
- HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada. (Org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.33-80.
- LACERDA, Gustavo Biscaia de. Sobre as relações entre Igreja e Estado: conceituando a laicidade. In: Conselho Nacional do Ministério Público. (Org.). Ministério Público – Em defesa do Estado Laico. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014, v.1, p. 179-206.
- LAFER, Celso. Estado Laico. In: Direitos Humanos, Democracia e República – Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 227.
- LECHNER, Frank J. (1991), “The case against secularization: a rebuttal”. Social Forces, 69, 4, june: 1.103-1.119.
- MAGACHO, Natália Gomes da Silva. O princípio da laicidade. Artigo científico apresentado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

O DIREITO À FÉ PÓS CONSCIÊNCIA

Pedro D'Alcantara Miranda Neto

1. INTRODUÇÃO

A universalidade da liberdade religiosa não é um tema desconhecido. Igualmente, o domínio da constitucionalidade deste conceito transborda na doutrina e na jurisprudência mundial, reverberando inclusive em instrumentos normativos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948²³.

Contudo, trataremos neste breve ensaio acerca do alcance do direito à fé após a perda da consciência do indivíduo. A questão chave que buscaremos responder ao longo do texto é se o indivíduo incapaz ainda goza de liberdade religiosa frente ao poder/dever do Estado laico em tutelar seus interesses individuais nessa condição.

Para alcançar a conclusão do trabalho, trataremos dos conceitos do direito a liberdade religiosa e sua abrangência, além de definir as regras e institutos de direito atuantes nas hipóteses de incapacidade superveniente (pós consciência) até finalmente confrontar o direito a liberdade de fé pós consciência com os limites estatais de intervenção na esfera individual de seus cidadãos.

23 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Artigo 18° - Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

2. O DIREITO À FÉ

A etimologia da palavra fé tem origem no Grego “pistia”, que indica acreditar e no Latim “fides”, que remete a fidelidade. No contexto religioso, porém, a fé é uma virtude daqueles que acreditam como verdade absoluta nos princípios de sua religião. Por isso, em alguns casos a palavra fé pode ser utilizada como sinônimo de religião, como quando a utilizamos para fazer referência ao cristianismo, denominando-o de fé cristã.

Ter fé religiosa, ou professar os princípios e dogmas de determinada religião, é, sem dúvida alguma, um direito e uma garantia fundamental do cidadão, ao passo que a crença religiosa é a base da formação do caráter do indivíduo, e por conseguinte pilar ético-cultural da sociedade formada por esses indivíduos.

Neste sentido, o Emérito jurista José Joaquim Gomes CANOTILHO explica que “o significado da dignidade da pessoa humana deve levar em consideração a idéia do indivíduo formador de si próprio e de sua vida segundo o seu projeto espiritual. Esta autonomia pode ser considerada como a capacidade potencial do ser humano de autodeterminar sua conduta” .

Assim, se a fé religiosa exprime o código de ética e conduta social do indivíduo, compondo a base para a formação do seu caráter, é evidente que está abrangida pelo conceito de autodeterminação, sendo certo que está intrinsecamente vinculada a dignidade humana a garantia de definir a sua fé religiosa. Sem a liberdade de escolha de sua fé, o indivíduo perde sua capacidade de autodeterminação, e, portanto, perderia a essência de sua condição humana.

O Eminentíssimo Ministro Alexandre de MORAES assevera que “a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”.

Jean Jacques Israel, no mesmo caminho, afirma:

“[...] a liberdade corresponde ao mesmo tempo a uma faculdade de agir e de se autodeterminar e, em uma acepção mais es-

pecificamente jurídica, a uma “situação de direito na qual cada um é senhor de si mesmo e exerce como quiser todas as suas faculdades”. A liberdade resulta, então, no reconhecimento de um direito de cumprir um ou outro ato”.

Diante de todos os conceitos ora esposados, podemos afirmar que professar uma fé religiosa implica em uma expressão de vontade livre e consciente inserida na esfera da dignidade da pessoa humana e garantida pelo direito inalienável de autodeterminação do indivíduo, em exercício de sua liberdade religiosa.

Por consequência, sendo a fé um direito inerente a personalidade e uma liberdade decorrente da dignidade da pessoa humana, podemos igualmente concluir que se trata de um direito potestativo oponível a qualquer outro indivíduo ou instituição que atente contra si.

Note-se que na condição de direito potestativo, o direito à fé religiosa não se sujeita a contestação, muito pelo contrário, implica em sujeição dos outros agentes sociais à vontade potestativa do indivíduo. Em outras palavras, a materialização da fé independe da vontade alheia, bastando-lhe à sua existência a manifestação da vontade do próprio indivíduo.

Concluimos, desta forma, que o direito à fé é um direito potestativo oriundo de uma garantia constitucional²⁴ derivada do princípio da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação. Contudo, sua expressão genuína depende da manifestação livre e consciente da vontade de crer pelo indivíduo.

3. A PÓS CONSCIÊNCIA

Segundo dispõe o artigo 3º do Código Civil Brasileiro “são incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer aqueles

24 Constituição da República Federativa do Brasil 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:

[...] **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;

que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Dentre os relativamente incapazes é possível mencionar os ébrios, pródigos e os mentalmente enfermos. A incapacidade, contudo, pode ser originária ou superveniente, isto é, pode o indivíduo ter nascido com doença mental que lhe retire a cognição ou pode ter adquirido a enfermidade por causa superveniente, como por exemplo um acidente que lhe deixe em estado comatoso.

Nestas desafortunadas circunstâncias, o indivíduo obviamente perde sua capacidade de forma transitória ou permanente de expressão da vontade, cumprindo ao Estado o dever de tutelar os seus interesses através da nomeação de um curador, consoante estabelece o artigo 747 do Código de Processo Civil²⁵.

A proteção regulada pelo Estado é exercida através da interdição do incapaz, e a administração de seus interesses se promove através da curatela, isto é, através da nomeação de terceiro incumbido da gestão de seu patrimônio e defesa de seus interesses.

A regulamentação, no entanto, do instituto da curatela no Brasil deflui de grande influência das Ordenações Filipinas, que vigoravam em Portugal à época da redação do Código Civil de 1916²⁶.

25 Código de Processo Civil

Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

26 Ordenações Filipinas

Livro Quarto – Título CIII

Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte e cinco anos, se devem também dar Curadores aos Desasisados e desmemoriados, e aos Prodigos, que mal gastarem suas fazendas.

Mandamos que tanto que o Juiz dos Orfãos souber que em sua jurisdição há algum Sandeu, que por causa de sua sandice possa fazer mal, ou dano algum na pessoa, ou fazenda, e entrega a seu pai, se o tiver, e lhe mande de nossa parte, que dali em diante ponha nelle boa guarda, assi na pessoa, como na fazenda; e se cumprir, o faça aprizoar, em maneira que não possa fazer mal a outrem.

E se depois que lhe assifôr encarregada a guarda do dito seu filho, elle fizer algum mal, ou dano a outrem na pessoa ou fazenda, o dito seu pae será obrigado a emen-

Em decorrência da sobredita influência portuguesa, é possível se identificar a primazia do caráter patrimonial atribuído à curatela, onde a preocupação precípua era a tutela e administração dos bens do curatelado. Naquele cenário legislativo se destaca a completa mitigação da personalidade do interditado que, praticamente perdia a capacidade de agir.

É evidente, portanto, que os direitos inerentes à propriedade se sobrepunham em relação aos direitos da personalidade no contexto social da época, de modo que a função do curador era proteger o patrimônio do curatelado, exercendo para isso suas próprias vontades, sem qualquer compromisso com a vontade (ainda que relativa) do próprio curatelado.

Ocorre, contudo, que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1945, e a ascensão desse princípio ao patamar de alicerce fundamental por diversos instrumentos internacionais, dentre os quais se destaca a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁷, remoldaram as relações de direito civil no Brasil.

Sobre o remodelamento do direito civil leciona o Professor Gustavo Tepedino:

“[...] vive-se hoje cenário bem distinto: a dignidade da pessoa humana impõe transformação radical na dogmática do direito civil, estabelecendo uma dicotomia essencial entre as relações jurídicas existenciais e as relações jurídicas patrimoniais. [...] À luz do princípio fundamental da dignidade humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade

dar tudo, e satisfazer pelo corpo e bens, por a culpa e negligencia, que assi teve em não guardar o filho.

E os bens que o Sandeu tiver, serão entregues ao dito seu pai per inventario, feito pelo Serivão dos Orfãos, e o Juiz ordenará certa cousa ao dito pai per que o haja de manter.

27 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Dec. 6.949/2009

Preâmbulo [...] n) *Reconhecendo* a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas.

e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3o, III, CF) e da solidariedade social (art. 3o, I, CF)”.

No mesmo sentido, pontifica a Doutora Ana Paula de Barcellos, que:

“Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente”.

Portanto, na nova ordem jurídico-social moderna, a noção de que a curatela teria um viés exclusivamente patrimonial muda diametralmente com a ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção a autodeterminação do indivíduo.

Neste sentido, Pietro Perlingieri (2002, p. 163) enfatiza a necessidade de revisão dos institutos de limitação da autonomia da vontade:

“A falta de aptidão para entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de maneira que a incapacità natural construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, se pode traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva idoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros.

Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno de déficit psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se a estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer”.

Essa reviravolta na concepção dos direitos civis sob a ótica da dignidade da pessoa humana implica então em maior atenção a vontade do curatelado, que embora não a possa expressar conscientemente, pode manifestá-la por seu passado, por sua família e por outros indícios que indiquem a sua personalidade enquanto ser humano autodeterminante.

Acrescenta-se ao tema a lição de Maria Berenice Dias (2011, p. 622):

“As restrições à capacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial. Segundo Pietro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que for possível, as escolhas da vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento, é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade”.

Conclui-se, portanto, que a concepção de direito civil constitucional, alicerçado na dignidade da pessoa humana remodelou o instituto da curatela, superando a vetusta visão iminentemente patrimonial, e ascendendo a persecução da vontade suprimida do curatelado como base para a gestão de seus interesses, de modo a se resguardar seus direitos personalíssimos e suas liberdades individuais.

4. A FÉ PÓS CONSCIÊNCIA

Até aqui vimos que professar uma fé religiosa implica em uma expressão de vontade livre e consciente inserida na esfera da dignidade da pessoa humana e garantida pelo direito inalienável de autodeterminação do indivíduo, em exercício de sua liberdade religiosa.

Vimos também que ao longo da vida os seres humanos estão sujeitos a diminuição ou perda de consciência superveniente, e que “são incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, os quais deverão ser representados por curador durante o exercício dos atos da vida civil.

Neste contexto, o cerne do presente estudo é exatamente determinar o que acontece com o direito de fé após a perda ou diminuição da consciência, já que a expressão da vontade é requisito para a manifestação da fé religiosa.

Para isso, contudo, é necessário revisitar a idéia de que a opção pela fé não se confunde com a opção para a realização de um negócio jurídico. Professar uma fé significa expressar suas convicções éticas e espirituais. Por isso, de antemão podemos afirmar que não se pode atribuir a análise da vontade pós consciência os mesmos efeitos de limitação da vontade que se imporiam a direitos subjetivos.

Em outras palavras, não se pode limitar o indivíduo supervenientemente incapaz em seu direito de fé previamente manifestado, da mesma forma que se limitaria a capacidade deste mesmo indivíduo em realizar um negócio jurídico pós consciência, por exemplo.

Aliás, em se tratando a fé de um direito personalíssimo, muito menos poder-se-ia transferir a um terceiro (curador) a gestão dos atos da fé professada pelo indivíduo, como se transferiria no caso de gestão patrimonial do incapaz.

Como amplamente demonstrado, a nova concepção do direito civil constitucional privilegia a persecução da vontade do indivíduo incapacitado, a fim de se lhe preservar a dignidade da pessoa humana.

Interessante caso de que se tem notícia, revela a hipótese de uma pessoa idosa confessionária da fé cristã, que regularmente contribuía à sua igreja com dez por cento de seus ganhos na qualidade de pensionista.

Acometida por doença incapacitante, a idosa ficou em estado comatoso, não tendo mais aptidão para expressar sua vontade. O curador nomeado para gestão de seus interesses deu continuidade à prática de contribuição dizimada à igreja.

Contudo, no exercício de sua prestação de contas, o Ministério Público impugnou o ato, ao argumento de que a subtração de dez por cento dos proventos da idosa incapaz diminuiria sua condição econômica, e, portanto, não atendia a seus interesses, cabendo ao Parquet intervir em persecução dos interesses da curatela.

Com as ressalvas necessárias ao caso, a luz da nova concepção de direito civil constitucional, é inevitável concluir que o Ministério Público agiu em desacerto ao perseguir a limitação da vontade preestabelecida pela curatela.

O próprio Código de Processo Civil brasileiro reverberou a corrente constitucional do direito civil ao prever na recente redação do artigo 755, inciso II que “na sentença que decretar a interdição, o juiz considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências”.

Portanto, não bastasse o dever do Estado em promover a dignidade da pessoa humana, como reza o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, bem como do Decreto n.º 6.949/2009²⁸, que internalizou a

28 Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Dec. 6.949/2009

Artigo 21 - Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e idéias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção, entre as quais:

- a) Fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência;
- b) Aceitar e facilitar, em trâmites oficiais, o uso de línguas de sinais, braille, comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação, à escolha das pessoas com deficiência;
- c) Urgir as entidades privadas que oferecem serviços ao público em geral, inclusive por meio da Internet, a fornecer informações e serviços em formatos acessíveis, que possam ser usados por pessoas com deficiência;

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o próprio instrumento processual civil brasileiro reverberou o mandamento de que cumpre ao Estado, personificado através do Juiz, o dever de considerar as características pessoais do interdito, inclusive suas vontades e preferências.

A previsão normativa processual é reflexo da dignidade da pessoa humana, ao passo que quanto mais nos aproximarmos da perpetuação da vontade do indivíduo incapacitado, mais garantiremos a manutenção da sua condição humana, preservando seu direito fundamental e inalienável de autodeterminação, no caso concreto expressado por seu direito personalíssimo de perpetuação de um ato de fé.

O exemplo concreto serve para materializar as diversas hipóteses onde o direito à fé se estende para além da consciência, consagrando-se notadamente como um direito inerente à condição humana, desde que a fé seja professada, nada pode limitar ou restringir o seu livre exercício, nem mesmo a perda superveniente da capacidade de expressão da vontade.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo tratamos da abrangência do direito à fé como expressão da dignidade da pessoa humana. Concluímos que a condição humana deflui da capacidade de autodeterminação, de forma que a liberdade religiosa, enquanto definidora dos princípios éticos e

d) Incentivar a mídia, inclusive os provedores de informação pela Internet, a tornar seus serviços acessíveis a pessoas com deficiência;

e) Reconhecer e promover o uso de línguas de sinais.

Artigo 22 - Respeito à privacidade

1. Nenhuma pessoa com deficiência, qualquer que seja seu local de residência ou tipo de moradia, estará sujeita a interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar, correspondência ou outros tipos de comunicação, nem a ataques ilícitos à sua honra e reputação. As pessoas com deficiência têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

2. Os Estados Partes protegerão a privacidade dos dados pessoais e dados relativos à saúde e à reabilitação de pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas.

espirituais do indivíduo se caracteriza por um dos mais importantes direitos fundamentais.

Delimitamos que professar uma fé religiosa implica em uma expressão de vontade livre e consciente inserida na esfera da dignidade da pessoa humana e garantida pelo direito inalienável de autodeterminação do indivíduo, em exercício de sua liberdade religiosa. Desta forma, foi possível alçar o direito à fé a condição de direito potestativo, e por conseguinte incontestável, o qual importa a todos sujeição em face da escolha individual.

Em seguida, traçamos uma linha histórica de desenvolvimento do instituto da curatela no direito civil, demonstrado a evolução da noção de proteção dos direitos personalíssimos do curatelado, em detrimento da vetusta noção limitada à proteção dos direitos patrimoniais. Ficou evidente que o direito civil moderno, influenciado por relevante reforma de mote internacional, pressupõe uma visão a partir das garantias fundamentais do indivíduo, o que implica na possibilidade de debater a liberdade religiosa do curatelado, o que na concepção antiga seria inadmissível.

Por fim, desbordamos no paralelo entre o direito de fé após a perda ou diminuição da consciência, concluindo que o direito à fé se estende para além da consciência, consagrando-se notadamente como um direito inerente à condição humana, de forma que nem mesmo a perda superveniente da capacidade de expressão da vontade pode limitar ou restringir o seu livre exercício.

Concluímos, pois, que proteger a liberdade religiosa do indivíduo supervenientemente incapaz é reflexo da dignidade da pessoa humana, ao passo que quanto mais nos aproximarmos da perpetuação da vontade do indivíduo incapacitado, mais garantiremos a manutenção da sua condição humana, preservando seu direito fundamental e inalienável de autodeterminação.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 103/104

- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das liberdades fundamentais (tradução Carlos Souza). Barueri, SP: Manole, 2005. P. 23.
- José Joaquim Gomes Canotilho apud SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44-45.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60-61.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. In: Temas de Direito Civil. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A FRATERNIDADE ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO ADEQUADO À HIPÓTESE DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jaime Leônidas Miranda Alves

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o conceito de direito fraterno e, após identificar seus principais postulados, analisar se pode, essa nova forma de compreensão das ciências jurídicas e sociais, ser utilizada como critério idôneo na colisão de direitos fundamentais.

A pesquisa é importante porquanto se debruça sobre um dos pontos nevrálgicos no âmbito da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais: como proceder diante de um conflito de direitos fundamentais. A resposta, caso acertada, pode implicar em significativo avanço para a perseguição da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que o conceito jurídico de fraternidade suje como possibilidade epistêmica. Aponta-se como sugestão, nessa conjectura, os pilares argumentativos do direito fraterno, teoria pensada pelo italiano Restá (2002), que tem como centro linguístico a retomada de valores iluministas como a fraternidade, olvidada no Pós-Revolução Francesa e, a partir daí, incorporar essa fraternidade como norma integrativa do ordenamento jurídico.

No que se refere aos aspectos metodológicos, utilizando-se do aporte teórico de Pasoldi (2011), foi eleito o método indutivo, a utilização da técnica bibliográfica e a análise qualitativa.

O trabalho se estruturou da seguinte forma: No primeiro capítulo são analisados, de forma inaugural, conceitos básicos que circundam o conceito de direito fraterno e de fraternidade enquanto norma jurídico. No segundo capítulo, a análise recai sobre as teorias adotadas majoritariamente pela doutrina e jurisprudência diante de conflito de direitos fundamentais. Por fim, no terceiro capítulo são delineados argumentos no sentido de confirmar/refutar a hipótese de que o direito, sob a perspectiva fraterno, trilha os contornos para a formação de um critério idôneo a ser utilizado diante de conflito difícil de direitos fundamentais, os chamados *hard cases*.

1 DIREITO FRATERO COMO NOVA PERSPECTIVA DE INTERPRETAÇÃO/COMPREENSÃO DO DIREITO

La fraternità illuministica reimmette una certa quota di complessità nel freddo primato del giusto sul buono e certa, appunto, di alimentare di passioni calde il clima rigido delle relazioni politiche. Me há nello stesso tempo bisogno di trasferire il modello dell'amicizia nella dimensione della fraternità, tipica di una condivisione di destini grazie alla nascita e indipendentemente delle differenze. Per questo há bisogno di trasformarla in codice, di farne regola; con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta. Per questo è "diritto fraterno" che si affaccia allora, in época illuministica, e vive de quel momento in poi come condizione esclusa, ma non eliminata, accantonata e presente nello stesso tempo (RESTA, 2002, p. 7).

O direito fraterno é conceito pensado pelo italiano Resta (2002) e parte de uma proposta de abordagem "nova" para o direito, modificando a forma de análise das ciências sociais, colocando como epicentro valorativo temas como a fraternidade e a solidariedade.

Para Resta (2002), pensar em um novo direito consiste, essencialmente, em uma aposta, e para o autor, deve-se apostar no resgate à fraternidade, princípio olvidado no pós-Revolução Francesa²⁹.

29 [...] a fraternidade possui um sentido vagamente anacrônico, pois se comparada aos outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista pode ser considerada como

Destaca-se que, conforme ponderam Pozzoli e Watanabe (2011, p. 4), o direito fraterno vem com o intuito de inaugurar uma nova fase estrutural do constitucionalismo – o constitucionalismo fraterno, que se consubstancia em abordagens novas, não propriamente paradigmas, visto ser uma modalidade do direito que não está ainda consolidado. Nesse cenário, para Pozzoli e Watanabe, ainda não é cabível falar em uma teoria de direito fraterno.

Malgrado o exposto Pozzoli e Watanabe (2011, p. 4), o ideal de direito fraterno propõe uma nova forma de compreender o direito atual, concebendo reestruturações das políticas públicas, de forma a garantir a inclusão universal. Nesse diapasão, pode-se associar o ideal do direito fraterno como mecanismo à consecução das garantias mínimas de existência digna do indivíduo, ou seja, dos direitos e garantias fundamentais, preconizados na Constituição Federal.

Nessa conjectura, importante rememorar a semântica da palavra “fraternidade”. Segundo o Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, “fraternidade” tem origem do *latim fraternitas*, sendo substantivo feminino que traz consigo os seguintes significados: (i) Relação semelhante a estabelecida entre irmãos; convivência afetuosa; irmandade. (ii) Afeto demonstrado por quem não se conhece; (iii) amor ao próximo. (iv) Associação ou organização com um objetivo determinado, geralmente religioso, social, cultural e/ou político; (v) fraternização.

(vi) Convivência equilibrada e agradável entre várias pessoas.

Nesse contexto, o direito fraterno é tido como uma tentativa de dar campo a um modelo de vida compartilha, recolocando ideias, símbolos e eventos, apostando em um código de fraternidade, de compartilhamento não violento entre irmãos, focando em soluções a problemas comuns e superando o modelo adversarial focado nas diferenças entre amigos e inimigos.

Dentre as características desse direito fraterno, que surge numa retomada dos princípios do iluminismo (STURZA; ROCHA, 2014), verificam-se verbos que, segundo os autores, servem como

a parente pobre, “prima do interior”, porquanto permaneceu inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e liberdade e retorna hoje com ‘prepotência, quanto mais o presente impõe, com as suas acelerações jacobinas, a questão do global1, da dependência de tudo e de todos’. (SPENGLER, 2011).

diretrizes para a atuação dessa nova forma de interpretação-valorização do direito.

Fala-se, então, em transgredir, integrar e ultrapassar. Transgredir no sentido de analisar, buscar, estudar os fundamentos das ações sociais nas várias ciências a fim de, com isso, captar seu sentido subjetivo e, para além, o sentido subjetivo das ciências jurídicas.

Integrar significa que o direito fraterno propõe uma necessária interpretação do todo, não se limitando às partes, de forma isolada, de modo a se identificar e reconhecer a existência das diferenças nos sistemas sociais.

Por fim, ultrapassar significa superar os limites de um saber único, “buscando na diversidade outros limites, como algo circular, porquanto conhecer é, ao mesmo tempo, ‘desconhecer’” (STURZA; ROCHA, 2014, p. 438), num exercício cotidiano de questionar verdades, superando dogmas e construindo novos paradigmas.

O direito fraterno surge num contexto de elevação da fraternidade, que passa de ideal filosófico, político ou social para conceito jurídico, de modo que “aceitável que a fraternidade possa pautar e orientar decisões jurídicas e comportamentos num vínculo de reciprocidade contínua e alteridade (NICKNICH, 2012, p. 174).

É nesse contexto que a fraternidade – ao lado da solidariedade – passa a ser compreendida enquanto direito fundamental de terceira dimensão, na medida em que “caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa” (CUNHA JÚNIOR, 2003, p. 599). É nesse espeque que o constitucionalismo fraterno tem como centro normativo, além da dignidade da pessoa humana, o objetivo proclamado no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988³⁰.

Mas a fraternidade não deve ser considerada tão somente enquanto direito fundamental, mas, noutro giro, como metadireito ou, nas palavras de Ávila, verdadeiro postulado normativo³¹, na medida em

30 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

31 [...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relati-

que serve a fraternidade como critério de aplicação/não aplicação das demais normas jurídicas.

Insta dizer, no direito em geral, mas especialmente em matéria de direitos humanos, deve-se superar a visão moderna de mundo adversarial “nós *versus* eles”, pressuposto fenomênico que tem como inevitável consequência o desenvolvimento do paradoxo inclusão/exclusão.

Quando pensado no Brasil, o direito fraterno foi lido como uma alternativa de superação ao modelo adversarial de processo, a fim de facilitar a composição amigável entre as partes, enriquecendo institutos como a conciliação e a mediação, partes integrantes do sistema multiportas³². Nessa linha, a rivalidade daria lugar para um ambiente em que as partes são tidas como iguais, se movendo em busca da construção de uma justiça harmônica.

Não se pode limitar, contudo, a aplicação do direito fraterno à solução judicial de conflitos. É que, conforme lição de Restá (2002), a fraternidade enquanto valor jurídico traz consigo uma obrigatoriedade universalista de respeitar os direitos humanos. E, nessa perspectiva, tem-se que “uma das *tarefas* do Direito Fraterno é justamente atentar para esta responsabilidade cada um de nós, de cada homem e mulher, de cada criança e idoso, enfim, de cada um que compartilha o caráter de humanidade (STURZA; ROCHA, 2014, p. 450).

Nesse jaez, volta-se a fazer referência à lição de Pozzoli e Wata-

vamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados (ÁVILA, 2005, p. 135).

32 A tutela de direitos pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição estatal apenas um deles. Assim, não é correto referir-se aos equivalentes jurisdicionais como “meios alternativos de solução de conflitos”, porquanto este sistema de *alternative dispute resolution* parte da premissa de que a jurisdição estatal é a prioritária, e os demais meios de solução de conflitos são meramente alternativos. O correto, sim, é referir-se a eles como “meios adequados de solução de conflitos, de modo que cada demanda deve ser submetida à técnica ou ao método mais adequado para a sua solução.

Com o novo Código de Processo Civil, “a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 185). Portanto, a atividade jurisdicional estatal não é a única nem a principal opção das partes para colocarem fim ao litígio, existindo outras possibilidades de pacificação social. A essa pluralidade de meios de solução de conflitos dá-se o nome de sistema multiportas.

nabe (2011, p. 4) para quem a fraternidade, num contexto de crise da democracia, surge como uma possibilidade nova de integração entre os povos e as nações que, balizada pelo cosmopolitismo e, respeitado o multiculturalismo, tenta suprir as necessidades vitais pela amizade e pelo pacto jurado conjuntamente.

Desta feita, como já dito em outra oportunidade (ALVES; FRANÇA FILHO; PINTAR, 2014, p. 971), observa-se que os traçados do direito fraterno se sobrepõem à soberania nacional dos Estados e apontam para o surgimento de um Estado Constitucional Pós-Moderno, sem povo e, portanto, sem inimigos.

E essa conclusão passa a ser o *locus* argumentativo para o desenvolvimento da pesquisa.

2 CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DAS CORRENTES MAJORITÁRIAS: A ESCOLA AXIOLÓGICA, A ESCOLA DEONTOLÓGICA E A ESCOLA GARANTISTA

Um dos pontos de destaque no estudo da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais refere-se à resposta adequada na hipótese de conflito entre direitos fundamentais.

Isso porque direitos fundamentais, consoante entendimento praticamente pacífico, se caracterizam, dentre outros aspectos, pela sua relatividade, ou seja, não sendo absolutos, encontram-se limites no gozo dos demais direitos fundamentais.

Nessa conjectura, surgem os questionamentos – e as tentativas de respostas – de como determinar, na hipótese de conflito, qual direito fundamental deverá ceder.

Dentre os principais expoentes, destaca-se Robert Alexy e sua técnica de ponderação.

Segundo a técnica de ponderação pensada por Robert Alexy, havendo conflito entre direitos (ou princípios), deve-se verificar, a partir da aplicação de uma fórmula, qual o direito mais pesado no caso concreto. A resposta é sempre casuística, e o direito mais pesado (mais valioso) será aplicado em maior medida. Ao mesmo tempo, o direito menos valioso não será afastado do ordenamento jurídico

(ele permanece válido), mas deverá ser aplicado em menor medida ao caso analisado.

O pensamento de Alexy (2003), de forte cunho pós-positivista, inclina-se para o acatamento da chamada jurisprudência de valores – especialmente no *Leading Case Lüth*³³ –, modificando sensivelmente a forma de compreensão da incidência e interpretação da norma jurídica, que passa a ser dividida em regras e princípios, e se balizar em conceitos como igualdade, liberdade e justiça.

O ponto de partida de Alexy (2003) é a constatação de que os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, sendo que existe uma tendência à colisão, que só pode ser resolvida pelo balanceamento ou pela ponderação. Para ele “um balanceamento de interesses torna-se necessário” (ALEXY, 2003, p. 134),

Aqui, surge a principal crítica que enfrentam os adeptos da Jurisprudência dos Valores, ou seja, a de que os princípios possuem o mesmo caráter de valores. Neste sentido, eles podem ser relativizados³⁴ na sua aplicação ao caso concreto, cedendo em parte diante de outro princípio ou cedendo totalmente “Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa”, completando, princípios e valores são para tanto os mesmos.

33 No caso Lüth (Presidente do Clube de Imprensa da Cidade de Hamburgo) teria incitado e convocado o povo alemão a boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, uma vez que eles divulgariam ideias nazistas. Na verdade, haveria uma situação típica do conflito de princípios, em que o princípio da liberdade de expressão, que estaria amparando a divulgação do boicote, estaria se chocando com o princípio constitucional de política pública que permite restrições à liberdade de expressão. Para tanto seria necessária por parte da Corte à utilização de um balanceamento, no caso, o princípio da liberdade de expressão se sobreporia a considerações constitucionais concorrentes. O caso Lüth, logo, teria fixado as bases de uma Jurisprudência Valorativa ao conceber a Constituição como uma “ordem concreta de valores” (ALEXY, 2009, p. 132), ocorrendo uma transformação da interpretação das obrigações do Estado frente aos cidadãos, com o aumento de seu âmbito de incidência nas relações em geral.

34 O sensível relativismo da Jurisprudência dos Valores presente na tentativa filosófica de legitimação de juízos de valores somente a partir de juízos superiores da mesma natureza, dentro de um certo ambiente cultural. O relativismo se apresenta na relatividade própria dos nossos juízos a respeito deles, sistema de idéias que tem como seu valor último (justiça) algo indemonstrável perante a razão.

Dessa forma, Alexy denomina os princípios de mandatos de otimização: “*están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*” (1993, p. 87).

Esse entendimento, a despeito de ser majoritário no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é objeto de críticas, afirmando Streck (2009, p. 175) que “há que se discordar daqueles que querem descaracterizar a noção de princípio, transformando-o em um mero “postulado” ou “mandato de otimização”.

A crítica recai sobre o fato de que Alexy (2009) trata a Constituição como uma ordem “concreta de valores” a Constituição, deixando a resposta dos casos práticos a cargo da ponderação. Como consequência, ao se tratar direitos fundamentais como valores, acaba-se por transformar a decisão judicial em um artifício arbitrário por excelência, na medida em que permite grande subjetividade e discricionariedade do órgão julgador.

Em sentido diverso, Dworkin substitui a análise de peso pela missão de busca pela integridade.

A proposta de Dworkin é similar à de Alexy, contudo, enquanto, para Alexy se analisa qual o direito mais valioso (escola axiológica), para Dworkin questiona-se qual decisão se alia ao ideal de integridade (escola deontológica), que deve ser buscada pelo Juiz Hércules³⁵.

Para Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério* (2002), deve o Magistrado, diante de um *hard case*, tendo mais de uma decisão possível, escolher aquela que cumpra com o ideal de integridade e coerência do Direito. O Direito é visto como um romance em cadeia, não podendo haver rupturas na narrativa da ciência jurídica por parte de seus autores.

Esse pensamento de Dworkin (2002), norte-americano, é compatível com os postulados que sustentam o *common law* e dão força aos precedentes judiciais como elementos de construção – e não mera interpretação – do Direito.

35 É o juiz do pós-positivismo. É pensado a partir dos trabalhos de Dworkin acerca de integridade e coerência do Direito. Assim, diante de um *hard case*, tendo mais de uma decisão possível, o juiz Hércules deve escolher aquela que cumpra com o ideal de integridade e coerência do Direito. O Direito é visto como um romance em cadeia, não podendo haver rupturas na narrativa da ciência jurídica por parte de seus autores.

Cabe, segundo Dworkin (2002), então, a construção do Direito tendo por parâmetro aquilo que já foi decidido pelos Tribunais, funcionando, assim, o Direito como um romance em cadeia.

Diz-se, então, que Dworkin (2002) se filia a uma escola deontológica, pois seu trabalho se concentra, em Levando os Direitos a Sério na análise do esforço do magistrado em compreender o entendimento jurisprudencial e proferir decisões pautado na busca por integridade

Essas – a escola axiológica e a escola deontológica – são as principais correntes que cuidam da resposta adequada à hipótese de conflito de direitos fundamentais.

Destaca-se, por fim, o entendimento esposado no bojo do desenvolvimento do constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2012) para quem a técnica de ponderação amplia demasiadamente os espaços de discricionariedade. Isso porque Ferrajoli (2012) encara os direitos fundamentais enquanto regras, exigindo-se, assim, a aplicação mediante subsunção – ainda que com relativa discricionariedade – e não a ponderação, em uma tentativa de afastar o ativismo e o voluntarismo judicial.

3 A FRATERNIDADE ENQUANTO CONCEITO JURÍDICO A SER UTILIZADO DIANTE DOS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE DIFÍCIL RESOLUÇÃO (*HARD CASES*)

Como visto, algumas teorias se sobressaíram na busca pela resposta adequada de como proceder diante de situação de colisão de direitos fundamentais de difícil resolução, os chamados *hard cases*.

Para Alexy (2009) a resta é casuística, construída após um procedimento hermenêutico de ponderação. Dessa forma, analisa-se qual direito fundamental é mais pesado (tem o maior valor) no caso concreto, devendo este incidir em maior medida ao passo em que o direito menos pesado (com o menor valor) tem sua aplicação reduzida, mantendo-se, todavia, hígido no ordenamento jurídico.

O problema é que a análise de valor é altamente subjetiva, de sorte que o centro da questão deixa de ser a forma ou o procedimento e passa a ser o sujeito (a autoridade judiciária, por via de regra). É nessa linha

de reflexão que se desenvolve a crítica a respeito de decisões solipsitas, ativismo judicial e o fato de permitir a ponderação uma abertura desnecessária – e até perigosa – dos espaços de discricionariedade. É o que parece que ocorreu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça quando da análise do caso Ellwanger (HC Habeas Corpus 82.424).

Por todos, Streck (2012^a, p. 155): ““o direito não é (e não pode) ser aquilo que o intérprete quer que ele seja””.

Como uma alternativa à discricionariedade axiológica, tem-se o dever deontológico de Dworkin (2002), que parte da ideia de *hard cases* baseados na ideia de busca de integridade ao Direito. É a integridade – ou a busca por integridade – a diretriz que vai nortear a solução nos casos de difícil resolução, especialmente quando ambos os direitos fundamentais se encontram válidos e, ao menos em tese, aptos a produzir todos os seus efeitos.

O problema da ideia de decisão por força da integridade é a necessidade, ao menos teoricamente percebida, de, em determinados contextos fáticos promover uma modificação sensível de entendimento. A alteração da realidade dos fatos, nessa conjectura, pode exigir uma construção jurídica em sentido totalmente oposto ao que foi produzido até então na jurisprudência.

Ou seja, está-se diante de cenário em que a resposta juridicamente adequada é aquela que vai de encontro ao ideal de integridade. É o caso por exemplo da reversão jurisprudencial que admitiu a inconstitucionalidade superveniente no caso do amianto e a mutação constitucional do art. 52, X no tocante à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A ideia de integridade falha, portanto, em situações em que a resposta juridicamente adequada – ou seja, o direito fundamental que deve prevalecer – é justamente aquela que colide com a integridade.

Uma terceira corrente – de cunho positivista – é a de Ferrajoli (2012), que ao reconhecer direitos fundamentais como regras – e não mandados de otimização traz a resposta na técnica do *all-or-nothing*.

A tentativa é idônea no tocante à redução do campo de discricionariedade, contudo parece insuficiente, visto que os critérios clássicos de aplicação às regras (cronológico, hierárquico e de especialidade) não dão conta de revelar qual direito fundamental deve ceder. A despeito

da tentativa de Ferrajoli (2012), parece que a resposta, invariavelmente, retornaria à discussão de pesos e valores, devendo, por isso, ser afastada.

Nessa conjectura, percebe-se que as técnicas apresentadas não são suficientes para trazer uma resposta segura a como proceder diante de conflito de direitos fundamentais cuja resposta não se apresente de forma apriorística (*hard cases*).

Aponta-se, assim, de forma segura a utilização da fraternidade enquanto conceito jurídico a fim de nortear a decisão constitucionalmente adequada (ALVES; CHAHAIRA, 2015).

A fraternidade, como visto, impõe uma análise comprometida com o direito. Dessa forma, a proposta é a de se reduzir os campos de discricionariedade, que serão preenchidos pelo arcabouço normativo trazido pelo Direito Fraterno.

Nessa testilha, ainda que se admita certa flexibilidade na análise dos conceitos jurídicos para fins de decisão, esta flexibilidade se restringe, visto que passa a ser idônea tão somente no momento em que o processo decisório perpassa e enfrenta os argumentos da fraternidade, solidariedade, sororidade, pensamento coletivo etc.

A fraternidade, conforme Pozzoli (2012, p. 18) é mecanismo apto à realização da justiça, de forma de que deve se situar como critério ou norte interpretativo do processo decisório.

Mas não é simples. Cunha (2019, p. 81) ensina que para que se possa compreender o direito fraterno necessita-se integrar o estudo da Ciência do Direito com as diversas áreas afins, tais como a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações, com fins à construção de uma hermenêutica não positivista que busque a solução dos conflitos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo.

Com efeito, a importância regalada à fraternidade é tanta, que esta recebe tratamento constitucional, como se pode observar da leitura do artigo 3º, I, que estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988³⁶.

36 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e

Nesse esboço, explana Maia (2010, p. 35-36) que o preâmbulo da Constituição Federal retrata com fidelidade o aspecto do Estado democrático de Direito e sua finalidade prima de tutelar os direitos. O trecho supra, com efeito, demonstra com clareza a interação entre as diversas dimensões de direito, tudo inter-relacionado com fins a assegurar o bem-estar à uma sociedade justa e fraterna. Com efeito, atenta-se ao fato de que a fraternidade traz à tona a figura do mínimo ético de volta ao ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro à hermenêutica, objetivando, quiçá, a formatação de um paradigma responsável por balizar uma “[...] vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito” (MAIA, 2010, p. 41) visto que se trata de uma relação de conteúdo consciente e fraternal, uma vez que, havendo aproximação entre o Estado e a sociedade, o indivíduo receberá condições adequadas para o seu real desenvolvimento.

Isso porque a fraternidade, como visto, não é mera retórica. Ela possui concretude normativa e abarca em si conceitos como afeto, associação com objetivos determinados, convivência equilibrada e agradável, modo de vida compartilhada, compartilhamento não violento entre irmãos, superação do modelo adversarial etc.

Assim, por mais que esses conceitos, isolados, não sejam suficientes para trazer a resposta juridicamente adequada diante dos *hard cases*, entende-se que servem para preencher – e, com isso, limitar – os campos de discricionariedade da técnica do sopesamento.

Desse modo, ao se admitir que a decisão judicial adequada é aquela necessariamente construída e fundamentada a partir de um filtro de fraternidade, promove-se um aperfeiçoamento à teoria de Alexy (2009) na medida em que se confere concretização ao processo decisório, tornando sensivelmente mais dificultoso a decisão “conforme a própria consciência”.

sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

A pesquisa teve por objetivo questionar se o conceito jurídico de fraternidade serve como critério a ser utilizado na hipótese conflito de direitos fundamentais de difícil resolução, os *hard cases*.

Nessa conjectura, primeiro analisou-se o conceito jurídico de fraternidade, com todos os seus desdobramentos doutrinários, avaliando a implicação em se buscar uma postura fraterna pelos atores do direito.

Num segundo momento, foram abordadas as principais teorias acolhidas pela doutrina no tocante à resolução de conflitos, expondo também às críticas que lhes são tecidas. Destaca-se, nesse diapasão, o sopesamento da escola axiológica, a busca por integridade e coerência de matiz deontológica e a análise garantista de subsunção.

Partindo daí, e com a compreensão da insuficiência metodológica das correntes acima alinhavadas passou-se a analisar a fraternidade enquanto mecanismo hábil a integrar o processo decisório em situações de colisão de direitos fundamentais de difícil resolução.

Desse modo, com amparo teórico em Pasoldi (2011) e usando do método indutivo, da técnica bibliográfica e da análise qualitativa, pode-se chegar a conclusão que, a despeito da fraternidade não ser suficiente, por si só, para trazer a resposta juridicamente adequada ao concreto, esta serve como parâmetro a gerar concretude argumentativa e, com isso, limitar os espaços de discricionariedade do intérprete.

Do mesmo modo que, para Dworkin (2002) a busca é por integridade, entende-se que o que deve ser buscado é a fraternidade e inseri-la no processo de construção da decisão judicial.

Entende-se, para fazer referência a Streck (ANO,) que a fraternidade pode contribuir ao combate ao decisionismo solipsista, na medida em que traz conceitos certos e concretos que devem ser levados em consideração no momento da decisão.

Conclui-se, assim, que o conceito jurídico de fraternidade, caso trazido como filtro argumentativo do processo decisório, limita a formação da decisão conforme a consciência do magistrado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135.

ALVES, J. L. M. ; CHAHAIRA, Bruno Valverde. . **A fraternidade como condição de possibilidade do transconstitucionalismo:** Um olhar pós-moderno. In: Paulo Gustavo Gonet Branco; Sérgio Antônio Ferreira Victor. (Org.). Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção ?interfaces Portugal/Brasil. 1ed.Brasília/DF: Instituto Brasiliense de Direito Publico IDP Ltda., 2015, v. 1, p. 139-156.

_____; PINTAR, Bruno Trajano; FRANCA FILHO, Osmar Moraes de. **Neojusnaturalismo, fraternidade e Constituição: ensaio sobre o direito fraterno como mecanismo a garantir a eficácia dos direitos sociais.** In: Autumn 2014 Unoesc International Legal Seminar: dignidade e proporcionalidade na teoria de Robert Alexy, 2014, Chapecó. Autumn 2014 Unoesc International Legal Seminar: dignidade e proporcionalidade na teoria de Robert Alexy. Chapecó: UNOESC, 2014. v. 3. p. 959-974.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil; Parte Geral e Processo de Conhecimento. Vol. I. 19ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** Tradução de A. K. Trindade. In: _____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

HURTADO, André Watanabe; POZZOLI, Lafayette . **O princípio da fraternidade na prática jurídica**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 1, p. 287-324, 2011.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. Povos Indígenas e Direito à Saúde: os Programas de Saúde Pública voltados aos indígenas no Brasil. In: STURZA, Janaína Machado; GRANADO, Juliana Bedin; LUCION, Maria Cristina Schneider (Orgs.). **Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde**: Ensaio sob a Êgide dos Direitos Humanos. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O direito fraterno como alternativa à jurisdição na resolução de conflitos sociais**. In: Diritto i Diritti. Disponível em: <https://www.diritto.it/o-direito-fraterno-como-alternativa-a-jurisdiacao-na-resolucao-de-conflitos-sociais/> acesso em: 19 mar 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Santa Catarina, 2007, Vol.27, n. 54, p. 9. Disponível em <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed., rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011a.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **Direito e fraternidade**: paradigmas para a nova construção de uma nova sociedade. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=139>. Acesso em 19 mar 2020.

NOTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA E OS DESAFIOS JURÍDICOS FRENTE AO CORONAVÍRUS

Marcelo Henrique Guedes Chaves

I - INTRODUÇÃO

As Doenças de Notificação Compulsória são aquelas com potencial de causar surtos e epidemias. A notificação da ocorrência de determinada doença constitui ferramenta para planejamento de ações de prevenção e controle de epidemias. Ao discorrer sobre a temática: Notificação compulsória e os desafios jurídicos frente ao coronavírus, propõem-se contextualizar a perspectiva da judicialização em torno da transmissão viral que vem se alastrando no mundo, tendo como princípio norteador da Lei nº 6.259 de 30 de outubro de 1975 que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica e que estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, além de situar as medidas de confinamentos diante da expansão do vírus e as penalidades para a omissão da notificação. Para tanto, sendo uma pesquisa bibliográfica descritiva, a metodologia utilizada nesse artigo se baseia na consulta de materiais publicadas em livros, artigos, dissertações, teses e consultas nos mais diversos sítios eletrônicos. Entende-se por notificação compulsória a comunicação oficial às autoridades sanitárias sobre a ocorrência de uma doença ou agravo à saúde, feita por qualquer profissional de saúde ou cidadão, para fins de adoção de medidas de intervenção pertinentes. Instituída no final do século XIX,

a notificação compulsória constitui importante precursor dos serviços de vigilância em Saúde Pública, sendo utilizada até hoje como estratégia para melhorar o conhecimento do comportamento de doenças na comunidade. Por fim, não tenho a pretensão de esgotar a temática, contudo, acredito que a contribuição desse artigo impulsionará o desejado debate entre os leitores.

II - DESENVOLVIMENTO

1. Notificação compulsória e vigilância epidemiológica: aspectos conceituais

As normas de notificação devem se adequar, no tempo e no espaço, às características de distribuição das doenças consideradas, ao conteúdo de informação requerido, aos critérios de definição de casos, à periodicidade da transmissão dos dados, às modalidades de notificação indicadas e à representatividade das fontes de notificação (BRASIL, 2009).

Entende-se por notificação compulsória a comunicação oficial às autoridades sanitárias sobre a ocorrência de uma doença ou agravo à saúde, feita por qualquer profissional de saúde ou cidadão, para fins de adoção de medidas de intervenção pertinentes. Instituída no final do século XIX, a notificação compulsória constitui importante precursor dos serviços de vigilância em Saúde Pública, sendo utilizada até hoje como estratégia para melhorar o conhecimento do comportamento de doenças na comunidade (TEIXEIRA; RISI; COSTA, 2003; WALDMAN, 2006).

Historicamente, o Sistema de Informações de Doenças de Notificação Compulsória (SDNC) tem sido o principal instrumento da Vigilância Epidemiológica. Assim, é importante que seja preservado e constantemente aprimorado, incorporando-se os avanços científicos e tecnológicos de cada período, pois, em parte, dele dependem a eficiência e a efetividade da Vigilância Epidemiológica. Dada a natureza específica de cada doença ou agravo à saúde o processo da notificação é dinâmico, variável em função de mudanças no perfil epidemiológico, dos resultados obtidos com as ações de controle e da disponibilidade

de novos conhecimentos científicos e tecnológicos. As normas de notificação devem adequar-se no tempo e no espaço, quanto às doenças consideradas, áreas geográficas abrangidas, conteúdo de informação requerido, critérios de definição de casos, periodicidade de transmissão dos dados, modalidades de notificação e fontes de informação utilizadas (TEIXEIRA et al.; 1998).

As Doenças de Notificação Compulsória (DNCs) são assim designadas por constarem na Lista de Doenças e Agravos de Notificação Compulsória, em âmbito mundial, nacional, estadual e municipal. São doenças cuja gravidade, magnitude, transcendência, capacidade de disseminação do agente causador e potencial de causar surtos e epidemias exigem medidas eficazes para sua prevenção e controle (SAMPAIO, 2006).

De acordo com a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº8.080, de 1990, a Vigilância Epidemiológica (VE) é definida como um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças e agravos (BRASIL, 1990).

Portanto, a notificação em sistemas de vigilância em saúde é essencial para a monitorização adequada de atividades de prevenção e controle de doenças. O objetivo desta revisão foi contextualizar as doenças de notificação compulsória enfatizando suas bases históricas, funcionamento dos serviços de epidemiologia vigente no Brasil e o conhecimento dos profissionais de saúde e da comunidade sobre as Doenças de Notificação Compulsória – DNCs (MARK; WATKINS, 2008).

Com a potencial chegada do novo vírus coloca à prova a estrutura de vigilância existente no país, principalmente num momento em que a redução de investimentos no Sistema Único de Saúde (SUS) e na pesquisa fragiliza a capacidade de detecção precoce e de resposta. O Brasil, que foi protagonista na epidemia de Zika, precisa acompanhar o avanço de conhecimentos gerados no exterior e preparar-se para as pesquisas e demandas específicas que surgirão no país, incluindo diagnóstico, assistência, prevenção e promoção da saúde. Portanto, quando o alerta para o novo coronavírus foi disparado, mais uma vez pairou a

grande pergunta no território brasileiro: estamos preparados? (LANA et al., 2020).

2. As medidas de medidas de confinamentos para o enfrentamento do Coronavírus

A palavra quarentena [do fr. *quarantaine*] deriva da palavra *quadriginata* e do italiano *quarenta* (JEWELL; COLLINS, 1985; BUENO, 1983) atribuída ao período de quarenta dias de isolamento de passageiros e cargas em navios, imposto por autoridades de um porto caso suspeitassem que houvesse portadores de infecção entre os passageiros ou tripulantes, obrigados à incomunicabilidade a bordo dos navios ou em um lazareto de um navio, condicionados a permanecerem sem atracar (COSTA, 2014; BARBERA et al., 2001).

Na literatura, Roberts (2013) diferenciava a quarentena como sendo a reclusão intra-hospitalar de doentes, e o isolamento como a prisão domiciliar de doentes ou suspeitos de portarem doenças infecciosas epidêmicas. Para a presente consideração bioética, a quarentena humana será definida como período de reclusão imposto a indivíduos doentes ou suspeitos de portar doenças infecciosas, independentemente de onde o indivíduo fique recluso. Também, a quarentena, no presente caso, deve ser entendida como uma medida de saúde pública visando a conter alguma epidemia (SANTOS; NASCIMENTO, 2014).

Contudo, mediante a emergência da atual **pandemia associada ao coronavírus SARS-CoV-2**, causador da síndrome Covid-19, diversas medidas governamentais tem sido implementadas (em muitos países impostas rigorosamente em massa) na tentativa de controle da disseminação do vírus, dentre as quais inclui a quarentena de 14 dias para os contactantes assintomáticos de casos suspeitos ou confirmados com coronavirose, e também para pacientes com casos leves sem sinais de gravidade, devido ao alto risco de transmissão por vias aéreas. Porém, com a explosão de casos em diferentes localidades, atualmente a quarentena está também sendo recomendada ou imposta como forma de proteção aos suscetíveis sem histórico de contato, por período indeterminado, o isolamento profilático (DUARTE, 2020).

A sócia especialista em saúde, Ana Cândida Sammarco, explica que a recém publicada Portaria MS 356/2020 trata de medidas regulamentares e operacionais para enfrentamento do Coronavírus. De acordo com a regra, a medida de isolamento (para pessoas contaminadas) somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica. A lei estabelece o prazo máximo de 14 dias, podendo se estender por igual período se comprovado o risco de transmissão via teste laboratorial. Não será indicada medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo. Já a quarentena (para casos suspeitos) será determinada mediante ato formal e devidamente justificado, emitido pelo Secretário de Saúde de cada estado ou município, podendo ser adotada pelo prazo de 40 dias ou o tempo necessário para minimizar a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território (MATTOS FILHO, 2020).

Nesse contexto, uma lei nacional foi sancionada no mês passado especificamente para tratar de “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. É a Lei 13.979/2020, cuja tramitação foi bastante rápida (cerca de dois dias). Segundo a lei, um ato do ministro da Saúde disporá sobre as condições e os prazos aplicáveis ao isolamento e à quarentena. E às pessoas objeto das medidas ficam assegurados “o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento”, “o direito de receberem tratamento gratuito” e o pleno respeito à sua dignidade, aos seus direitos humanos e às suas liberdades fundamentais (BOSELI; SANTOS, 2020).

Para tanto, o tratamento obrigatório é uma situação-limite em saúde pública; os Códigos de Ética Médica só autorizam um tratamento imposto contra a vontade do paciente em situações de iminente risco de vida, portanto, como medida heroica. O Estado não dispõe de autorização ilimitada para impor um tratamento e privar de liberdade pacientes sob doença, manifesta muito menos sobre aqueles que tiveram “contato” com portadores. Os limites são de duas naturezas: a) jurídica, pois o Estado Democrático de Direito tem a liberdade como um bem inalienável, e a democracia consiste, entre outros aspectos,

em estabelecer os limites do Estado; b) científica, já que os estudos sobre o complexo problema da quarentena humana demonstram baixa efetividade dos métodos coercitivos e também deterioração das condições gerais de vida dos pacientes quarentemados (SANTOS; NASCIMENTO, 2014).

3. Penalidades para a omissão da notificação e os desafios da judicialização

O conhecimento sobre a penalidade para omissão da notificação demonstrou maior fragilidade, como a questão com a menor proporção de acertos. Sabe-se que os profissionais de saúde, no exercício de sua profissão, são obrigados a comunicar às autoridades sanitárias a ocorrência de casos suspeitos ou confirmados de doenças de relevância para a Saúde Pública. Caso contrário, poder-se-ia acionar os conselhos de classe e o Ministério Público para tomarem as medidas cabíveis, conforme previsto nos instrumentos que regulamentam a matéria: Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975; e Portaria nº 5 SVS/MS, de 21 de fevereiro de 2006 (BRAGA; WERNECK, 2009).

Embora o Código Penal, no artigo 269 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, estabeleça que somente o profissional médico está sujeito a detenção de seis meses a dois anos e multa, a questão da obrigatoriedade da notificação estende-se aos demais profissionais de saúde e implica responsabilidades formais para todo cidadão. De maneira geral, muitos profissionais não notificam adequadamente, apesar da obrigatoriedade legal e da possibilidade de virem a sofrer penalidades. Talvez porque não percebam o sentido no procedimento e não reconheçam a importância e os resultados obtidos a partir da notificação (BRASIL, 2009; BRAGA; WERNECK, 2009).

No entanto, as ações previstas no caso de riscos epidêmicos são a quarentena e o isolamento, sendo o último relativo ao confinamento de pessoas sob tratamento de saúde em meio hospitalar.

Decisões em situações de crise costumam impor sérios desafios jurídicos. Por isso, para **Cristiano Baratto**, sócio fundador do escritório Cristiano José Baratto & Advogados Associados, apesar dos direitos e garantias individuais, a própria Constituição também estabelece que a

saúde é um direito de todos e um dever do Estado. “O Estado deve garantir com políticas públicas a redução de riscos à saúde das pessoas. E, nesse cenário, prevalece o interesse da coletividade. E quem estabelece e cuida do direito da coletividade é o Estado, que tem esse dever. Portanto, por mais que a pessoa alegue direito à individualidade, num momento como esse o Estado tem o dever de prover e dar segurança à coletividade” O advogado lembra ainda que o Código Penal, no artigo 132, fala da periclitacão da vida e da saúde. A penalidade prevista é de três meses a um ano para quem expõe a vida ou a saúde de outro em perigo direto ou iminente. “Ou seja, além de estar na Constituição, o Código Penal também estabelece penalidades para as pessoas que venham expor em perigo a vida de outros e num momento em que o Estado estabelece um protocolo que deve ser seguido por todos” (BOSELI; SANTOS, 2020).

Para tanto, o Código Penal Brasileiro traz em Art. 268 um tipo penal específico sobre o agente que infringe determinacão do poder público destinada a impedir propagacão de doenca. Para fins de análise deste artigo será feita a compatibilidade do disposto no Art. 268 do Código Penal com as medidas que podem ser impostas pelo poder público previstas no Art. 3º da lei 13979/20. Este tipo penal tem por bem jurídico tutelado a proteccão da incolumidade pública. Seu núcleo do tipo é “Infringir”, por este verbo tem-se que somente será o crime se dolosamente o agente infringe as determinacões do poder público, sendo esta emanada destinada a impedir introduccão ou propagacão de doenca contagiosa (CANGUSSO, 2020)

É um crime de mera conduta e perigo abstrato, ou seja, não necessita a efetiva propagacão do Covid-19 através do agente para que ele esteja no cometimento da conduta típica. Não há previsão deste crime na modalidade culposa. No que tange ao conflito aparente de normas citamos um exemplo : “O agente sabendo do grupo de risco da doenca, infringe as normas sanitárias e entre em um asilo, por exemplo, sendo portador da doenca para transmitir a determinada pessoa” neste caso deverá responder pelo crime de Homicídio Doloso, visto que o agente age com Animus Necandi, sendo, pois, o crime do Art. 268 absorvido pelo Art. 121 do Código Penal visto o princípio da consunccão (CANGUSSO, 2020).

Por outro lado, há também os desafios da judicialização nas esferas civil, econômica, tributária e trabalhista. Nesse amplo contexto, é possível observar que essas situações determinam um olhar específico no ordenamento jurídico para garantir de fato e de direito a segurança do indivíduo dentro dos princípios constitucionais.

A chegada do coronavírus em terras brasileiras, além de todos os transtornos gravíssimos no sistema de saúde pública que, infelizmente, custará a vida de muitos, acarretará, como já está acarretando, um desequilíbrio econômico-financeiro a abalar de forma cruel todos os cidadãos, sem exceção. O impacto econômico advindo desta fatalidade abarcará desde os mais necessitados aos privilegiados, do trabalhador informal às organizações super estruturadas. Como em um efeito dominó, as restrições impostas pela quarentena de sobrevivência contribuirão para um círculo vicioso, com sorte limitado a alguns meses, consistente em sucessivos e mútuos descumprimentos das relações obrigacionais assumidas em âmbitos diversos. É determinante que a averiguação da incidência da força maior, excludente de responsabilidade que é, observe o critério da proporcionalidade, de modo a evitar decisões “cegas”, as quais acabarão por permitir o descumprimento contratual independentemente da análise da situação financeira da parte envolvida (GOES, 2020).

O antiquíssimo instituto da força maior, que dispensa digressões, isenta, em tese [Código Civil, art. 393], o devedor pelo descumprimento de uma determinada obrigação, justamente porque, ainda que previsível, o fato tido como “força maior” seria inevitável e, portanto, fora do alcance das diligências esperadas. É o caso desta triste experiência advinda do coronavírus. Certamente haverá medidas políticas objetivando equacionar os revés da crise, entretanto, o judiciário enfrentará uma enxurrada de questões, pelo que sua atuação, espera-se, deverá ocorrer dentro da verdadeira equidade, observando “(...) traços característicos da relação jurídica em apreço amoldando a lei ao caso ou aplicando o princípio de direito de tal maneira, que fique atendido o espírito de justiça e de igualdade, na solução da controvérsia sujeita ao seu exame” (ESPÍNOLA FILHO, 1969 apud GOES, 2020)

O termo “relações obrigacionais” é citado em sentido amplo justamente porque o surto pode ser compreendido como um fator inci-

dente não somente em relações comerciais, por exemplo entre empresas, mas também em relações civis, entre pessoas físicas, entre estes e empresas, entre empresas e consumidores, entre pessoas físicas e jurídicas com o Poder Público, enfim, sua abrangência é inequivocamente irrestrita. Ocorre, no entanto, que em situações específicas, o “desaparecimento” do vínculo obrigacional não se dar pelo cumprimento e/ou pela ausência de pendência de alguma providência de uma parte em relação a outra. Dentre estas diversas possibilidades, há na Lei o que se entende por caso fortuito e/ou força maior (SILVA, 2020)

Portanto, fica claro que estamos diante de uma situação inesperada, inevitável, cuja origem não pode ser identificada, e que, inevitavelmente, fará com que as relações civis e comerciais tenham de ser repensadas ou repactuadas, não como intromissão estatal ou de controle jurisdicional, mas sim como medida importante ao reequilíbrio e, acima de tudo, à manutenção dos contratos e das obrigações, na medida de cada caso, valendo, sempre, o bom-senso e, ainda, a possibilidade de autorregulação oriunda dos métodos alternativos de resolução de conflitos (SILVA, 2020).

Em relação as questões trabalhistas e diante de casos extremos e de situação emergencial, como um evento de força maior, a interpretação das regras trabalhistas deve ser flexibilizada e harmonizada com o princípio da função social da empresa (art. 170 da CF), para priorizar a sua proteção e garantia de sobrevivência, evitando, como consequência, centenas de despedidas e fechamento de estabelecimentos. A própria CLT flexibilizou suas regras em caso de dificuldade econômica força maior, demonstrando a intenção do legislador de proteger as empresas e empregos neste momento crítico, como nos artigos 61, 486, 501, 503 e na Lei 4.923/65. Diante de situação emergencial e da necessária contenção da pandemia do coronavírus medidas drásticas podem ser adotadas no campo das relações de emprego. As consequências do isolamento são desastrosas para os empresários que agonizam prejuízos e para os empregados porque amedrontados pela possibilidade de contágio, desemprego ou redução de salário. Recomenda-se neste momento cautela e adoção de medidas trabalhistas temporárias de exceção para priorizar a função social da empresa e sua sobrevivência, que, em última análise visa proteger os empregos e a economia (CASSAR, 2020).

Nesse caso, as empresas devem tentar conter a pandemia do coronavírus, praticando atos que evitem o contágio e a expansão do vírus. A medida não é só de higiene e medicina de trabalho, mas também de solidariedade, de colaboração com a coletividade, de interesse público e de dever de colaboração. Por isso, medidas como o isolamento, quarentena, exames obrigatórios em determinados casos, obrigatoriedade de uso de luvas e máscaras em casos específicos estão de acordo com a Lei 13.979/20, sempre respeitando o princípio da razoabilidade e da preponderância do coletivo sobre o individual, da saúde coletiva sobre a lucratividade (CASSAR, 2020).

Para Mascaro (2020) a referida lei criou medidas de combate à propagação do vírus, entre elas o isolamento e a quarentena de pessoas. A lei, porém, assegurou que, havendo qualquer dessas duas medidas, o afastamento do trabalho será considerado falta justificada. Ou seja, o trabalhador não terá o dia descontado e não sofrerá nenhum prejuízo. Nessa hipótese, a empresa arcará com o salário do empregado durante todo o período de afastamento, mesmo que ultrapasse 15 dias. Notamos que são duas situações distintas. Se o trabalhador é afastado do trabalho em razão de recomendação médica, aplica-se a regra do recebimento de auxílio-doença após o 15º dia de afastamento. Se a ausência ocorre em razão de ato do governo, que determina seu isolamento ou a quarentena, aplica-se a regra da Lei 13.979/2020. Foram verificados, também, casos em que a própria empresa, como medida preventiva, determina que certos trabalhadores permaneçam em casa.

Tal conduta é possível, desde que o empregador continue a pagar o salário normalmente e adote critérios objetivos para o afastamento, de modo a não efetuar nenhuma discriminação. Ainda sobre esses trabalhadores afastados por iniciativa da empresa, somente poderá ser exigido o trabalho remoto se, desse modo, eles concordarem, pois a CLT exige o comum acordo, não só para mudança do contrato de trabalho como também para transferência do trabalho presencial para o teletrabalho. Por fim, se não houver nenhuma recomendação médica e a empresa afastar o empregado, por iniciativa própria, ela deverá arcar com o salário por todo o período e somente poderá ser exigido o trabalho remoto se assim o trabalhador concordar (MASCARO, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, o Covid-19, a doença que se alastrou pelo mundo, fechando fronteiras, dominou o noticiário nacional, inclusive o jurídico. Por causa do coronavírus, tribunais suspenderam expedientes, prazos foram suspensos, escritórios alteraram sua rotina e presos foram liberados. Em uma tentativa de uniformizar o funcionamento das cortes, o Conselho Nacional de Justiça aprovou resolução que cria um “plantão extraordinário” e suspende os prazos processuais em todas as jurisdições do país até 30 de abril. Trata-se da Resolução 313/19, que não se aplica ao STF e à Justiça Eleitoral. O CNJ editou a Recomendação 62, a qual estabelece medidas de prevenção do Covid-19 nos sistemas de Justiça penal e socioeducativo. Antes mesmo da recomendação, diversas decisões foram proferidas substituindo a prisão preventiva ou no regime semiaberto pela prisão domiciliar. A pedido do governo federal, o Congresso aprovou decreto que reconhece estado de calamidade pública, o que permite que o Executivo gaste mais do que o previsto e desobedeça às metas fiscais para custear ações de combate à pandemia (ROVER, 2020).

Por fim, há bons argumentos para considerar que muitas das medidas que, numa situação normal, seriam consideradas autoritárias, são necessárias em uma pandemia como a que o mundo está vivendo. Mas é preciso estar vigilante para que elas não extrapolem o que a urgência exige e se tornem instrumentos pessoais de poder. Em tempos de guerra ou de calamidade pública, os regimes democráticos têm a legitimidade popular para tomar decisões drásticas pelo bem coletivo. A preocupação deve ser com os abusos, que podem abrir a porta para um contexto autoritário que perdue muito além da pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAGA J; WERNECK, G.L. Vigilância epidemiológica. In: Medronho RA. Epidemiologia. 2a ed. São Paulo: Atheneu; 2009. p. 103-121.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. Guia de vigilância epidemiológica. 7a ed. Brasília: Ministério da Saúde; 2009. (Série A. Normas e Manuais Técnicos).

BRASIL. LEI N° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DOU 20/9/90. Seção I p.18055-18059.

BARBERA, J; MACINTYRE, A; GOSTIN L; INGLESBY T; O'TOOLE, T; DEATLEY, C; TONAT, K; LAYTON, M. Large Scale-Quarantine Following Biological Terrorism in the United States: scientific examination, logistic and legal limits, and possible consequences. JAMA. 2001;286(21):2711-7.

BOSELLI, André; SANTOS, Rafa. Lei nacional prevê adoção de isolamento e quarentena, mas medidas são polêmicas mar.2020. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/lei-nacional-preve-adocao-isolamento-quarentena>[acesso em 2020 mar. 23].

BUENO, F.S. Dicionário de Língua Portuguesa. FENAME; 1983.

CANGUSSO, Leonardo. O Direito Penal e o coronavírus.Mar.2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80124/o-direito-penal-e-o-coronavirus>.

CASSAR, Vólia Bomfim. Coronavírus (COVID-19) - Impactos nas relações trabalhistas. Mar. 2020. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/coronavirus-covid19-impactos-nas-relacoes-trabalhistas>. [acesso em 2020 mar. 23].

COSTA, M.F. Dicionário de Termos Médicos da Porto Editora. [s. d.] [acesso 30 Nov 2013]. Disponível em: <http://www.infopedia.pt/termos--medicos/> [acesso em 2020 mar. 23].

DUARTE, Rafael. Coronavírus: os impactos psicológicos da quarentena. 2020. Disponível em: <https://pebmed.com.br/coronavirus-os-impactos-psicologicos-da-quarentena/>[acesso em 2020 mar. 23].

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J.M de Carvalho Santos, coadjuvado por Aguiar Dias, Volume XX, página 249. São Paulo,1969.

GOES, Maria Claudia Chaves de. Crise do coronavírus e a necessidade de uma meticolosa análise, pelos órgãos julgadores, do

descumprimento das obrigações em razão da força maior. Mar. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11554/Crise-do-coronavirus-e-a-necessidade-de-uma-meticulosa-analise-pelos-orgaos-julgadores-do-descumprimento-das-obrigacoes-em-razao-da-forca-maior>[acesso em 2020 mar. 23].

JEWELL, W. Historical Sketches of Quarantine. 2nd ed. Philadelphia: T.K. and P.G. Collins; 1985.

LANA, Raquel Martins; COELHO, Flávio Codeço; GOMES, Marcelo Ferreira da Costa; CRUZ, Oswaldo Gonçalves; BASTOS, Leonardo Soares; VILLELA; Daniel Antunes Maciel; CODEÇO, Cláudia Torres. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. Cad. Saúde Pública 2020; 36(3):e00019620.

MASCARO, Marcelo. Quais são os direitos de quem for diagnosticado com coronavírus? Mar. 2020. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/quais-sao-os-direitos-de-quem-for-diagnosticado-com-coronavirus/>[acesso em 2020 mar. 23].

MATTOS FILHO, Das práticas Coronavírus: entenda os aspectos legais para as empresas brasileiras 2020. Disponível em: <https://www.mattosfilho.com.br/Pages/unico-noticias.aspx?noticia=-publicacao-coronavirus-impactos-juridicos>[acesso em 2020 mar. 23].

Mark DB, Watkins RE. Improving the accuracy of Aboriginal and non-Aboriginal disease notification rates using data linkage. BMC Health Services Research 2008;8:118.

ROBERTS, J. Quarantine or isolation in diphtheria? J Am Public Health Assoc. 1911 [cited 2013 Oct 30];1(5):353-8. Available from: <http://ajph.aphapublications.org/doi/abs/10.2105/AJPH.1.5.353>. [acesso em 2020 mar. 23].

ROVER, Tadeu. Consequências do coronavírus no Judiciário foram destaque na semana. Mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/resumo-semana-consequencias-coronavirus-judiciario-foram-destaque-semana>. [acesso em 2020 mar. 23].

- SANTOS, Iris Almeida dos; NASCIMENTO, Wanderson Flor do. As medidas de quarentena humana na saúde pública: aspectos bioéticos Revista - Centro Universitário São Camilo - 2014;8(2):174-185
- SAMPAIO, C.E. Meningites bacterianas por haemophilus influenzae, neisseria meningitidis e streptococcus pneumoniae: dados laboratoriais e epidemiológicos de amostras encaminhadas ao LACEN-MG em 2006 [monografia] [Internet]. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais; 2006.
- SCHELP, Diogo. Como a pandemia do coronavírus ameaça a democracia. Marc. 2020. Disponível em: <https://diogoschelp.blogosfera.uol.com.br/2020/03/22/como-a-pandemia-do-coronavirus-ameaca-a-democracia/>. [acesso em 2020 mar. 23].
- SILVA, Washington Luiz da. Os efeitos do coronavírus nas relações civis e comerciais: caso fortuito e força maior. Mar. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11552/Os-efeitos-do-coronavirus-nas-relacoes-civis-e-comerciais-caso-fortuito-e-forca-maior>. [acesso em 2020 mar. 23].
- TEIXEIRA M.G, RISI JÚNIOR, J.B, COSTA M.C.N. Vigilância epidemiológica. In: Rouquayrol MZ, Almeida Filho N. Epidemiologia e Saúde. Rio de Janeiro: Medsi; 2003. p. 313-356.
- TEIXEIRA, Maria da Glória et al. Seleção das doenças de notificação compulsória: critérios e recomendações para as três esferas de governo. Inf. Epidemiol. Sus, Brasília, v. 7, n. 1, p. 7-28, mar. 1998. Teixeira, Maria da Glória, Penna, Gerson Oliveira, Risi, João Batista, Penna, Maria Lucia, Alvim, Maria Fernanda, Moraes, José Cássio de, & Luna, Expedito. (1998). Seleção das doenças de notificação compulsória: critérios e recomendações para as três esferas de governo. Informe Epidemiológico do Sus, 7(1), 7-28
- WALDMAN, E.A. Vigilância como prática de saúde pública. In: Campos GWS, Minayo MCS, Akerman M, Drumond Júnior M, Carvalho YM, organizadores. Tratado de saúde coletiva. São Paulo: Hucitec; 2006. p. 487-528.

IDEOLOGIA DE GÊNERO: TRANSEXUALISMO NO SÉCULO XXI

*Anna Caroline Bastos,
Clara Cecília Carvalho
Gustavo Caspary³⁷*

INTRODUÇÃO

O seguinte artigo tem como objetivo aprofundar e esclarecer o debate sobre os transgêneros e as dificuldades enfrentadas por estes em seu cotidiano, como são vistos e tratados perante a sociedade, e quanto à eficácia das leis brasileiras relacionadas ao tópico, visto que este é um tema recente e pouco discutido, apesar de sua importância para a sociedade.

O mundo hoje está diferente, novas opiniões e ideias tomam conta da sociedade, e a questão sexual por sua vez, está incluída, é importante ressaltar as diferenças entre os transgêneros e os demais grupos fundidos na LGBT, transgêneros são pessoas que não se identificam com seu corpo. Possuem um determinado sexo na cabeça e outro no corpo. E não deve ser confundida com uma orientação sexual, um trans pode ser hétero ou homossexual. Complementando, a própria Constituição Federal Brasileira falha em incluir e ajudar o grupo trans, além do grande preconceito visto na maioria da população, considerando os como um tabu. O grupo LGBT, por mais conquistas e direitos que tenha conseguido, não tem uma amplitude

37 Orientador: Adel Malek Hanna

grande o bastante para incluir e representar a todos os grupos nele fundidos, ainda mais devido as diferenças marcantes e complexidade de cada um, principalmente os transexuais.

Esta pesquisa é de suma importância, não só para o Brasil, mas para o mundo inteiro. Como é classificado um transgênero, como a sociedade reage a isso, a ignorância e o conservadorismo das pessoas, e o quanto as leis são falhas, pode se dar o exemplo o quanto é difícil para um transexual mudar seu prenome, a burocracia é maçante e a insistência deve ser constante, simplesmente porque não há leis para eles, e sim, para o grupo LGBT ou LGBTTT, o que mostra que o grupo tem pouca eficácia em ajudá-los plenamente, além disso, são requeridos exames e idade mínima para uma mudança de sexo, que também não tem muito suporte do Governo Brasileiro e da sociedade em si, pode se usar o exemplo de Roberta Close que descobriu sua identidade de gênero ainda na adolescência e teve de enfrentar o preconceito de sua própria família, além de levar muitos anos para ter a chance de realizar seu sonho e fazer a cirurgia de redesignação sexual, deve se saber também o quanto é caro realizar tal cirurgia, sendo este um privilégio para poucos. Para construir este artigo e atingir os objetivos pretendidos, foi feito uso do tópico: “As mudanças” que tem como objetivo mostrar o quão difícil são as dificuldades encontradas por um transgênero em sua vida, através de exemplos e pesquisas bibliográficas e documentais. Também foi utilizado o pensamento dos

Seguintes autores: Robert Stoller, Henry Frignet, Berenice Bento, Harry Benjamin e Jacques Lacan.

1. ORIGEM DO TERMO TRANSEXUALIDADE

O transexualismo é um termo utilizado para a não aceitação da sexualidade biológica de um indivíduo. Para entendê-lo é necessário antes saber do que se trata a identidade de gênero .

Identidade de gênero significa o gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído aquando de seu nascimento. Diferente da sexualidade da pessoa, identidade de gênero e orientação sexual são dimensões diferentes e

que não se confundem. Os indivíduos transexuais podem ser heterossexuais, lésbicas, homossexuais ou bissexuais, tanto quanto as pessoas que não se identifiquem com a transexualidade (Jesus, 2012).

É o sentimento de “masculinidade” ou de “feminilidade” que a pessoa tem, sendo uma aquisição cultural progressiva que, por sua vez, é determinante do comportamento, como qualquer outra característica psicológica profunda (Vieira, 2003; Vieira & Silva, 2005).

O termo transexual, ainda que não utilizado como termo específico, foi utilizado pela primeira vez pelo sexólogo David Cauldwell, em 1949, em um artigo sobre um pedido de “transmutação” de mulher para homem, considerando-o como um caso de psicopatologia.

Em 1953, inicia-se uma parte da literatura médica voltada para o transexualismo, encabeçado por Harry Benjamin, endocrinologista e sexólogo alemão, que partindo de uma visão biológica, apresenta a ideia de subníveis para a formação do “sexo”, sendo estes: o genético, o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico. Chegando ao entendimento de que o sexo cromossômico (genético) seria o responsável pela determinação do sexo e do gênero:

“o transexual se sente uma mulher (...) e se sente atraído por outros homens. Isso faz dele um homossexual se seu sexo for diagnosticado de acordo com seu corpo. No entanto, ele se autodiagnostica segundo seu sexo psicológico feminino. Ele sente atração por um homem como heterossexual, ou seja, normal” (Benjamin, 2001, p.30)

Descreve as características do homem e da mulher “normal”, tais características são almeçadas pelos transexuais.

O homem normal (normal por sua herança genética) tem sua construção masculina e voz, uma ampla oferta de androgênio, potência satisfatória, uma contagem de esperma, que garante a fertilidade, sente-se um homem, é atraído sexualmente pelas mulheres e ficaria horrorizado de usar roupas femininas ou “mudar de sexo”. Ele é, muitas vezes, marido e pai, trabalha em um emprego ou profissão de acordo com seu sexo e gênero,

que nunca são questionados jurídica ou socialmente (BENJAMIN, 1996, p. 09).

A fêmea geneticamente normal apresenta o quadro oposto. Ela se sente, parece, age e funciona como uma mulher, não quer ser nada mais, bem como geralmente se casa e tem filhos. Ela se veste e se faz atraente para os homens; o seu sexo e gênero também nunca são postos em dúvida, nem pela sociedade, nem pela lei (BENJAMIN, 1996, p. 09).

De acordo com Benjamin, essas características compõe a norma heterossexual.

Benjamin também estabelece a diferença entre o travestismo e o transexualismo. Para ele os transexuais verdadeiros sentiriam repulsa por seus órgãos sexuais e por suas características sexuais secundárias, desejando submeter-se o quanto antes a procedimentos hormonais e cirúrgicos, depositando assim todas as suas expectativas nas mãos dos médicos. Por outro lado, os travestis se sentiriam cômodos em vestir-se com roupas do sexo oposto, sentindo-se satisfeitos com seu corpo, não possuindo a necessidade de buscar ajuda em um centro médico.

Em 1975, Robert Stoller se aprofunda no tema e lança a tese de “feminilidade primária”, isto é estado inicial de todos, fruto do vínculo entre mãe e filho. Este laço cria um efeito feminino, que a menina não necessita superar, mas o menino sim.

Para se tornar masculino, o menino deve superar esta primeira ligação para entrar no conflito edipiano, processo que leva o ser a se posicionar sexualmente para o feminino ou para o masculino, depois do processo o indivíduo passa a identificar-se com os membros do seu próprio sexo e toma o membro do sexo oposto como seu objeto.

Colocando como centro de suas observações o transexualismo masculino, chamou de distúrbio profundo no ego da criança, o sentimento do indivíduo de sentir-se como mulher tendo pleno conhecimento de que é homem.

Com o aprofundamento no estudo do transexualismo, surgem novos termos a serem analisados, um deles é o Transexualista, explicado por Henry Frignet como um ser diferente ao transexual, enquanto este é psicótico, o transexualista é pervertido, ou seja, é um indivíduo não

transexual que tem como objetivo obter algum tipo de gozo, resultado da alienação de determinado grupo social.

Outro termo significativo ao estudo do transexualismo é transgênerismo: termo abrangente pois a pessoa transgênero pode ser considerada aquela que se identifica com a identidade do sexo oposto mas não sente necessidade de transformação física. Corresponde, deste modo, à recusa das expectativas de gênero atribuídas ao seu sexo e à identificação com o sexo oposto. É, portanto, uma pessoa que não pretende mudar de sexo mas manifesta a identidade esperada para o sexo oposto podendo ser designado por “transexual não-operável” (Santos, 2012).

Jacques Lacan, divide em etapas a construção da identidade de gênero. A primeira etapa, é a teoria adotada por Stoller de “feminilidade primária”, onde deve existir a interferência de um terceiro na relação mãe-filho; A segunda etapa, é a de interferência do meio, que contribui para designar a criança como menino ou menina, é nesse momento que a relação entre mãe e filho começa a se desfazer progressivamente, é nessa fase em que se encontra o núcleo da identidade de gênero; A terceira etapa, é o conflito edípiano realizado pela criança em relação à mãe e o pai, o que paralisaria momentaneamente a identidade adquirida na etapa anterior.

Para Lacan, transexualismo é resultado do não rompimento simbiótico da relação mãe-filho, em nenhum dos processos descritos.

Trazendo para a realidade do século XXI, A transexualidade é considerada um tipo de transtorno de identidade de gênero, onde o indivíduo possui uma identidade de gênero diferente a designada biologicamente, tendo o desejo de ser aceito como do sexo oposto. Sendo considerada doença pela OMS, a transexualidade deve ser tratada por três especialistas: psiquiatra ou psicólogo, endocrinologista e cirurgião.

O transexualismo visto como um fenômeno capaz de destruir a estrutura da sociedade, tem um efeito repulsivo de caráter social.

Berenice Bento, doutora socióloga brasileira, diz que o sofrimento do transexual não é causado apenas pela desejo de adequação de identidade de gênero, mas também se trata de uma questão de aceitação, pois eles vivem uma luta constante contra a transfobia, pois mesmo depois do processo cirúrgico de transgenitalização, a não aceitação continua, pois para a humanidade só existe dois gêneros.

A humanidade só existe em gêneros, e o gênero só é reconhecível, só ganha vida e adquire inteligibilidade, segundo as normas de gênero, em corpos-homens e corpos-mulheres. Ou seja, a reivindicação última do/as transexuais é o reconhecimento social de sua condição humana. (Bento, 2006, p. 230)

2. TRANSEXUALISMO NA HISTÓRIA

Império Romano

Segundo Green (1999), Filo, filósofo judeu do século I, morador em Alexandria, descreveu os denominados eunucos, homens que se travestiam e viviam como mulheres, chegando a efeminar-se e a retirar o pênis.

Green (1999) cita ainda descrições e poemas feitos pelos romanos Manilus e Juvenal relativamente a esses indivíduos que viviam e se comportavam como mulheres e tinham vergonha e ódio de serem vistos como homens. Esses eunucos, em Roma, ou tinham os testículos extirpados mantendo os seus pênis que lhes possibilitava ereções, ou tinham os testículos e pênis removidos. São inúmeros os imperadores romanos descritos por se travestirem ou apresentarem características afeminadas. Porém destacam-se apenas dois. O primeiro, Imperador Nero (37 – 68 d.C.) que, após pontapear a sua esposa, Popeia Sabina, até à morte, se arrependeu. Em 67 ordenou que um seu escravo, Sporus, fosse castrado e transformado em mulher. Após a cirurgia, os dois casaram formalmente e Sporus viveu como mulher a partir de então. Nero suicidou-se em 68 (Green, 1999). O segundo diz respeito ao Imperador Heliogábalo (cerca de 203 – 222) que casou formalmente com um poderoso escravo, Hierocles, tendo adotado o papel de esposa e usando demasiada maquiagem. Reza a história que este Imperador chegou a oferecer grandes somas de dinheiro ao médico que lhe pudessem dar genitais femininos (Green, 1999).

Tem sido frequentemente caracterizado como um transgênero, provavelmente transexual mas não é possível sustentar essa afirmação pelo fato de que ele viveu há quase dois mil anos, e não sendo possível uma demonstração científica.

Renascimento

Nesta época, o rei Henrique III de França, “Sa Majesté”, queria ser considerado mulher, chegando a apresentar-se aos deputados vestido de mulher, usando um longo colar de pérolas e um vestido curto (Green, 1999).

Século XIX

Surgiram os primeiros trabalhos científicos sobre sexualidade, em países germânicos. A homossexualidade foi um dos primeiros fenômenos com os quais, os pioneiros em sexologia tentaram a formulação de teorias de entendimento e explicação: mais sob uma perspectiva médica que moral. Em 1886, Kraft-Ebbing (1840 – 1902) publicou o seu livro “*Psychopathia Sexualis*”, tendo sido o marco no início de um estudo médico organizado no que concerne à sexualidade humana. Em 1877, Kraft-Ebbing já tinha utilizado o termo “*Metamorfose Sexual Paranóica*” para designar aquilo que atualmente é designado por transexualidade.

Século XX

Foi no século XX que se operou a distinção entre homossexualidade e travestismo. Desde logo, Magnus Hirschfeld, que publicou em 1910 o livro “*Die Transvestiten*”, utilizou termos como pederastia, uranismo e homossexualismo como sinónimos. Não obstante esta confusão de termos, este médico foi pioneiro no uso do termo transexual referindo-se a um dos seus pacientes como sendo transexual psíquico. Em 1918 fundou em Berlim o primeiro instituto direcionado para a pesquisa e para o estudo da sexualidade – o Instituto de Ciências Sexuais (Siqueira, 2010).

Em 1949, Cauldwell descreveu, no seu artigo “*Psychopathia Transexualis*”, como “*psicopatia transexual*” o estranho caso de uma rapariga que queria ser homem (Cauldwell, 2001).

Em 1952, um jovem americano de 28 anos, George Jorgensen, após passar por uma série de tratamentos hormonais com objetivo de feminilização da sua aparência, submeteu-se a uma operação de trans-

genitalização. Esta operação foi realizada na Dinamarca pela equipa do médico Christian Hamburger. Com esse tratamento hormonal e com a cirurgia, o jovem conseguiu a aparência feminina desejada passando a chamar-se, desde então, Christine. Curiosamente, em 1954, foi eleita mulher do ano (Castel, 2001; Perelson, 2011).

3. AS MUDANÇAS E SUAS COMPLICAÇÕES

Depois de compreender o que é uma pessoa transexual, vem outras partes difíceis para eles, que são a mudança de prenome e de sexo. Porém, a burocracia brasileira não facilita em nenhuma das duas situações. Um exemplo foi o da Roberta Close, que passou quinze anos para poder conseguir a mudança de seu nome, teve que se submeter há vários exames, psicológicos, hormonais e dentre outros, para comprar a veracidade do motivo para a modificação do seu nome. Agora – é realmente necessário passar quinze anos para trocar de nome? Nome esse que não representa, em nenhum aspecto, a pessoa em si? Um nome do qual só faz a pessoa lembrar de algo que não quer lembrar? Que a faz se sentir envergonhada? Que não tem a mínima vontade de levantar a mão ou dizer “sou eu” quando é chamada em voz alta em algum estabelecimento público, enquanto todos ao redor olham e notam que o nome não condiz com o sexo da pessoa? Todos têm direito de ter um nome do qual represente a pessoa em si, que a pessoa se sinta confortável e bem ao dizê-lo. Não é porque uma pessoa é transexual ou homossexual que ela não possui esse direito.

Perante a Lei de Registros Públicos, a mudança do prenome é feita por uma das seguintes situações:

“Art. 55. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.”

“Art. 56 - O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador

bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.”

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”

O parágrafo único do artigo 58 da Lei dos Registros Públicos estabelece:

“Art. 58 . Parágrafo único: A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvindo o Ministério Público.”

“Art. 110. Os erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção poderão ser corrigidos de ofício pelo oficial de registro no próprio cartório onde se encontrar o assentamento, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de pagamento de selos e taxas, após manifestação conclusiva do Ministério Público.”

A Lei 6.815/80, em seu artigo 43, III, autoriza a alteração do nome do estrangeiro se for de pronúncia e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa.

A lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 47, § 5º, dá a possibilidade da alteração do nome completo do adotado, serão incluídos também os nomes dos adotantes e dos novos avós, dispõe o artigo supramencionado:

“Art. 47 - O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. [...]

§ 5º - A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome. [...]

Para corrigir problemas resultantes de homonímia, permite-se, com base nas jurisprudências, que se acresça uma outra designação ao nome, um apelido público notório. Outrossim, o art. 57, da Lei n.º 6.015/73 admite a alteração de nome civil, desde que se faça por meio de exceção e motivadamente, com a devida apreciação Judicial, sem descurar das peculiaridades do caso concreto.

A jurisprudência vem entendendo que a simples dificuldade de grafia e pronúncia não é por si só bastante para a retificação pretendida, porém se for pela correta e melhor pronúncia, os julgadores tem entendido que deve ser feita a correção do prenome para que fique mais harmônico.

Como pode-se observar, os artigos apresentados, que preveem a mudança de prenome não são favoráveis ao transexual, pois sua condição não seria considerada justificativa suficiente para a aplicação de alguma das possibilidades de alteração do prenome.

No dia 28 de abril de 2016, a até então presidente do Brasil, Dilma Rousseff assinou um decreto que autorizava a comunidade LGBT (Lébicas, Gays, Bixessuais, Travestis e Transexuais) a utilizar um nome social em órgãos federais , como ministérios , universidades e empresas estatais. Nome social consiste , no nome no qual o indivíduo deseja ser chamado, como no caso da Universidade Estadual Paulista (UNESP) que aprovou, no Conselho Universitário de 29 de junho de 2017, Resolução pioneira em diversos aspectos, que assegura a inclusão, quando requerida por docentes, servidores e discentes, do nome social de travestis e transexuais, para fins de adequação de gênero, nos registros funcionais e acadêmicos da Universidade.

porém este decreto não permite a alteração do prenome no documento de identificação, ou seja apenas ameniza o problema mas não o soluciona.

E, além desta dificuldade com a troca de nome, existe o processo para a mudança de sexo, que é chamada como resignação sexual. Perante o Ministério da Saúde é preciso a idade mínima de dezesseis anos para os procedimentos ambulatoriais e, idade a partir dos dezoito anos para procedimentos cirúrgicos. Portanto, a pessoa trans tem que viver, no mínimo –dezesseis anos com um corpo do qual não se sente confortável e o deixando se desenvolver no corpo indesejado.

O Conselho Federal de Medicina, autoriza o procedimento cirúrgico em transexuais perante os seguintes termos:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º.

§ 1º O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constitui-

ção os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.

§ 2º As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo.

§ 3º Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

§ 4º Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.

Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Instituído pelas Portarias nº 1.707 e nº 457, de agosto de 2008, e ampliado pela Portaria nº 2803, de novembro de 2013, o processo transexualizador realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) deve garantir o atendimento integral a pessoas trans, passando desde o uso do nome social até a cirurgia de adequação do corpo biológico à identidade de gênero e social.

Já a cirurgia é algo relativamente recente no Brasil, o SUS começou a fazer cirurgias para mudança de sexo no ano de 2008. E, é claro, ambos os procedimentos são longos e burocráticos.

Um fato, uma pessoa que se considera trans aos dezesseis anos não irá mudar quando atingir a maior idade, ou seja, são dois anos desnecessários e difíceis. Por meio de exames médicos e se o paciente estiver pronto e mostrando necessidade, o certo seria começar a fazer o tratamento, seja ambulatorio ou cirúrgico, e não esperar uma idade mínima para isso. Cada pessoa sabe o que é melhor para si e não a legislação. Outro fator que complica é que, no Brasil, há somente cinco hospitais pelo SUS que fazem a redesignação sexual. O que acarreta em uma fila de espera para a cirurgia exageradamente grande, em média de dez anos à espera. E na região nordeste esta fila de espera aumentou para uma média de treze anos. O SUS também exige, no mínimo, dois anos um procedimento ambulatorio, que incluem acompanhamento psicológico e hormonioterapia, pois como a redesignação sexual é irreversível é feito esse tipo de tratamento antes e depois da cirurgia.

No ponto de vista do Direito Penal, a redesignação sexual não constitui o crime de mutilação tipificado no artigo 129 §2o inciso III do Código Penal pois a finalidade da cirurgia é terapêutico, também pode-se dizer, uma correção.

Infelizmente, como há poucos números de hospitais que fazem a redesignação sexual e uma grande fila de espera os transgêneros procuram outras formas de realizar este procedimento, alguns vão para outros países, a Tailândia, por exemplo. Um país do qual ficou famoso no Brasil por realizar esse tipo de cirurgia, a demanda de brasileiros é tão alta que no site do hospital Kamol, que se tornou referência para redesignação sexual, já tem a língua português e o horário de funcionamento de acordo com o fuso horário de Brasília. A cirurgia na Tailândia fica em média por 14 mil reais. Um preço bem menor que a Jenny Kate Machado Dos Santos está disposta a pagar, que são 42.500 reais a cirurgia sendo feita no Brasil. Em depoimento, declara que colocou a própria casa e a sua única fonte de renda, que é o seu salão de beleza, à venda, para poder conseguir o dinheiro para a sua mudança de sexo.

Já há outros casos que as próprias pessoas vão a procura de fazerem os procedimentos sozinhos, o que é o caso do André Braz, mostrado no Conexão Repórter, que está há três anos tentando tratamento pelo SUS, porém, em seu depoimento, ele só é encaminhado para vários setores diferentes. Com isso, ele passou a tomar hormônios masculinos por conta própria.

Outro caso exposto foi o da Brunna Silveira, da qual foi recusada pela família por ser uma pessoa transexual, com isso - foi para as ruas. Se prostituiu por vinte anos, usou drogas lícitas, ilícitas e portadora de HIV. Seu sonho, como qualquer transgênero, é a redesignação sexual, porém, à espera da fila a impede de conseguir atingir esse sonho. Algo também muito comum são cirurgias ilegais que são feitas no Brasil, um exemplo que pode ser dado foi do Luciano Palhano, que chegou a fazer uma cirurgia clandestina para poder retirar as mamas, por conta disso - acabou passando por muitos problemas de saúde, que chegou até colocar a sua própria vida em risco. Contudo, ainda sim, isso não é capaz de impedir outros transexuais de procurarem esses meios ilegais.

E em casos mais extremos, a pessoa faz a cirurgia em si própria, como foi que ocorreu com Maitê Schneider, ela passou seis meses

pesquisando como era o procedimento cirúrgico para a retirada dos testículos. Em seu relato, diz que a partir do segundo corte feito não se lembra de mais nada, pois a sua lembrança é de já estar no hospital internada.

E isso tudo, é em busca da felicidade de se encontrarem como pessoa, ter esperança que a sociedade seja mais receptiva, menos ofensiva, discriminatória. Pois, muitas vezes – os transgêneros são submetidos a situações constrangedoras, como foi o caso da modelo, Carol Marra, que antes de um desfile de moda foi sujeita a xingamentos e comentários discriminatórios perante sua aparência. Ou, o caso dito acima, de Brunna Silveira, que teve que se prostituir para poder se sustentar, pois não conseguia encontrar emprego por ser uma pessoa transexual.

Um caso famoso também é da Thammy Miranda, que em 2006 assumiu ser uma transexual e que ia começar a fazer a mudança de sexo. No ano de 2014 fez a mastectomia, que é o procedimento da retirada das mamas. Em depoimento fala que com a fama talvez fosse ajudar a quebrar um pouco do tabu que a só sociedade possui e que ia fazer outras pessoas assumirem. Atualmente, ela entrou no campo da política, com o intuito de lutar pela minoria.

Segundo dados publicados em janeiro de 2017 pelo portal da saúde , O Ministério da Saúde habilitou quatro novos serviços para procedimentos ambulatoriais de processo transexualizador. Os nove centros funcionam no Hospital das Clínicas de Uberlândia (MG); Instituto Estadual de Diabetes e Endocrinologia do Rio de Janeiro; Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS de São Paulo e o CRE Metropolitan, de Curitiba.

Com a inclusão dos quatro novos serviços, serão, ao todo, nove centros habilitados para oferecer estes procedimentos, que incluem terapia hormonal e acompanhamento dos usuários em consultas e no pré e pós-operatório. Dos nove centros, cinco oferecem cirurgia de redesignação sexual.

Há também um procedimento conhecido como mastectomia, que consiste na retirada das glândulas mamárias.

No dia 12 de julho de 2017, a HUOC (Hospital Universitário Osvaldo Cruz), em Santo Amaro, área central do Recife, realizou a primeira mastectomia da unidade em um homem transexual. Espera-

-se que com este primeiro procedimento, a mastectomia possa chegar as redes de serviço público hospitalar para o acesso dos transexuais.

Para realizar a operação, comum no tratamento do câncer de mama, foi necessário adaptar o método. “Fizemos um plano piloto para adaptar o procedimento e tomamos a iniciativa de ajudar o paciente a se sentir realizado. A técnica cirúrgica ainda está sendo aperfeiçoada. Uma das vantagens é que não deixará marcas”, explica o médico João Esberard, chefe da mastologia do Huoc, quem comandou o procedimento realizado no estudante Társio Benício, 35 anos.

Acompanhado há cerca de dois anos no Espaço de Cuidado e Acolhimento de Pessoas Trans do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco (HC/UFPE), Társio começou a ter o primeiro contato com os médicos do Oswaldo Cruz no Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros (Cisam), da Universidade de Pernambuco (UPE), onde funciona o serviço de saúde trans masculinidade, na Encruzilhada, Zona Norte da capital. “Quando o serviço no Cisam inaugurou, passei a procurar as duas unidades para continuar o meu processo transexualizador. Em uma das reuniões de sensibilização com homens transexuais do serviço, conheci doutor João. Nossa luta é para encontrar profissionais sensíveis com a nossa causa”, conta o estudante, que atua na militância no Estado pelos direitos dos homens transexuais e atualmente é coordenador da Associação de Homens Trans & Transmasculinidades (AHTM) .

4. TABU

Não sendo suficiente a quantidade de problemas, dificuldades e empecilhos que os transexuais enfrentam para se adequar ao sexo desejado, eles ainda precisam enfrentar a sociedade, pois - um assunto com tamanha relevância e complexidade, torna-se alvo de tabu.

Também conhecida como, discriminação. Das mais ínfimas possíveis, como uma procura de emprego, um relacionamento amoroso, usar um banheiro público... até as mais constrangedoras.

Uma situação simples que é ir ao banheiro público para um transexual não é tão simples assim, o que foi o caso de uma gari da Comlurb, chamada de Victória. Denunciou a empresa por ser vítima de descri-

minação por colegas de trabalho e gerentes da companhia de limpeza urbana do Rio.

E isso tudo começou por ir ao banheiro feminino. Quando ela começará a trabalhar como gari ela ainda estava em sua fase de transição sexual, era usado seu nome masculino, do qual não quis revelar. Com o passar do tratamento, seu corpo foi criando forma e características femininas, por conta disso, não achou um problema começar a frequentar o banheiro público feminino.

Porém, não foi vista com bons olhos pelas demais pessoas da companhia de limpeza.

“— Foi onde comecei a ter problemas com o gerente. Ele dizia que eu era homem e que eu tinha que usar banheiro de homem. Fui à delegacia e prestei queixa. Procurei a Defensoria Pública, que perguntou se eu queria entrar com uma ação judicial pedindo danos morais, mas eu respondi que não, porque eu queria continuar trabalhando na empresa. Eu queria mesmo só um acordo com eles. Em seguida, chegou um ofício da Defensoria falando dos meus direitos — contou Victória.”

A partir disto, Victória só passou por mais problemas de discriminação, o que acabou em uma grave doença, que é a depressão. Começou a fazer tratamento para a doença e recorreu a uma advogada em prol de seus direitos.

Outro caso que pode ser citado é do norte-americano Cass Clemmer, que é um homem transexual, que menstrua. De acordo como UOL, Cass fora criado em uma família muito conversadora, que acabou o ensinou a ter vergonha de sua transexualidade e de seu período menstrual. Porém, recentemente, ele resolveu falar sobre o assunto, postando uma foto em sua rede social, com as calças sujas de sangue segurando uma placa com a seguinte frase: “Menstruação não é apenas para mulheres. #SangrandoEnquantoTrans“. Na legenda da foto, ele escreve um poema, onde faz uma reflexão de como é ser um homem transexual que menstrua, alguns trechos traduzidos do poema:

“Vocês todos sabem que sou trans e quer e o que isso significa para mim. É algo que não é nem lá nem aqui. É um feliz e assustador lugar no meio. Então quando eu falo sobre inclusão de gênero e escrevo essas rimas para ajudar você a ver, eu não estou tentando trazer algo raso. Menstruação é honestamente bastante traumático para mim”.

“Um dia eu tive a minha primeira menstruação e neste dia eu perdi tudo. Eu tinha 15 anos e era feliz, correndo com o peito à mostra e másculo, escalando árvores, cavando buracos e ninguém dava bola. Quer dizer, acho que minha mãe estava preocupada, então eu deixei o cabelo crescer. Um sinal de que eu era normal, ainda uma menina, um sinal pintado em neon na minha caixinha de gênero.”

“Veja o meu corpo me traiu, aquele ponto vermelho, aquele selo em um contrato que foi quebrado. Uma identidade de gênero que não era real [...] Porque sempre que eu tenho meu ciclo é outro dia que eu derramo meu gênero”.

Outro exemplo que pode ser exposto é do da jogadora de vôlei transgênero Isabelle Neris, que conseguiu uma autorização para poder jogar em tonéis de vôlei femininos. Porém, conta em uma entrevista ao canal SporTV, que acabou sofrendo um grande tabu com os integrantes dos times:

“Várias vezes, inúmeras vezes cheguei para jogar e pessoas iam embora. Falavam: ‘Se ela vir jogar, não vou jogar’. Foram situações bem constrangedoras. Falavam: ‘Seu lugar não é aqui, o que você está fazendo aqui com a gente?’”

Diz a jogadora que para não colocar seu futuro e sonho em risco, teve relevar todas as situações constrangedoras e discriminatórias para poder seguir com sua carreira profissional.

Com base nessas duas situações, pode-se notar o quão é complicada uma vida de transgênero, até mesmo quando é feita as mudanças dos registros civis e a redesignação sexual.

A realidade é que, a sociedade sempre irá em busca de julgar algo ou alguém, qualquer coisa que seja fora dos padrões impostos pela mídia massacrante, ou seja, acabar com o tabu... nunca irá acontecer.

Entretanto - fazê-lo diminuir e as pessoas terem respeito por umas e as outras é primordial. É necessário e possível que aconteça, não será algo que ocorrerá fácil e com rapidez, é um processo longo e que demanda de muita paciência, mas - o resultado final valerá a pena.

CONCLUSÃO

Depois de retratar os maiores problemas que os transexuais enfrentam ao decorrer da sua vida, vale destacar que, depois de tantos anos em busca de melhoria e respeito, eles, aos poucos, estão conseguindo. Algo que antes era considerado errado, um pecado, uma mutilação ao próprio corpo, fora aprovado a partir de 2002 pelo Conselho Federal de Medicina:

“O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958”.

“**CONSIDERANDO** ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio;”

“**CONSIDERANDO** que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;”

“**CONSIDERANDO** a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e ou neofaloplastia;”

“**CONSIDERANDO** o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, parágrafo quarto, que trata da remoção de ór-

gãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;”

“**CONSIDERANDO** que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;”

O Conselho Federal de Medicina ter acatado esta decisão foi de grande relevância para a sociedade transexual, afinal, como consta na Constituição Federal:

“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”

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Portanto - não é plausível que os transgêneros sofram os abusos que passam pela sociedade.

Acima de tudo, respeito. Não importa raça, cor, tipo de cabelo, sexo, idade, peso, nada importa. Todos merecem respeito, independente de qualquer coisa.

A sociedade brasileira e mundial uma vez que pratica o respeito um para com o outro, diminuirá drasticamente grande parte dos problemas sociais.

Porém, para uma sociedade ignorante, é preciso compreender e respeitar o que é um transexual. E isso pode ser feito a partir de medidas educativas através dos meios de comunicação, explicando o que é, as diferenças de um transgênero para um homossexual e através das próprias escolas com aulas específicas de educação sexual e respeito com as minorias. E assim, a nova geração será dotada de conhecimento, e o conhecimento é tudo, é poder, é educação.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Simone ; GROSSI, Miriam Pillar . **Transexualidade e Movimento Transgênero na Perspectiva da Diáspora Queer**. Trabalho apresentado no V Congresso da Associação Brasileira de e Estudos da Homocultura – ABEH – realizado em novembro de 2010 em Natal, RN. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/59733080/TRAN-SEXUALIDADE-E-MOVIMENTO--TRANSGENERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DIASPORA--QUEER-Simone-Avila-e-Miriam-Pillar-Grossi>>.
- BENTO, Berenice. O que é transexualidade?. 2ed. São Paulo. Brasiliense – coleção primeiros passos , 2012.
- BENJAMIN, Harry. **The Trannsexual Phenomenon**. New York : Julian Press, 1966.
- COUTO, Julia Cristina Guerra do. **Transexualidade: passado, presente e futuro**, dissertação de mestrado em medicina legal em instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto. Porto, Portugal, 2013. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fcnaup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=30444> .
- CLINICA, Lotus . **Mastectomia por transtorno de gênero (Transexualidade)**. Disponível em : <http://www.lotusclinica.com/conteudo/mastectomia-por-transtorno-de-genero-transexualidade.html>
- CIDADE VERDE. Cabeleireira transexual põe casa a venda para fazer cirurgia de mudança de sexo. Publicado por Graciane Souza , 2015. Disponível em : <<https://cidadeverde.com/noticias/186872/cabeleireira-transexual-poe-casa-a-venda-para-fazer-cirurgia-de-mudanca-de-sexo>>
- FERA, Esporte. **Jogadora de vôlei lembra preconceito : “ As pessoas iam embora”**. Publicado por Fera, 2017. Disponível em: <http://esportefera.com.br/noticias/volei.jogadora-transgenero-de-volei-lembra-preconceito-chegava-e-as-pessoas-iam-embora,70001726145>

GLOBO, O. **Gari transgênico da comlurb denúncia preconceito dentro da empresa.** Publicado por Daniela de Paula, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/gari-transgenero-da-comlurb-denuncia-preconceito-dentro-da-empresa-21743301>

G1. **Transexuais e Travestis poderão usar nome social no serviço público federal.** Publicado por Felipe Matoso, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/04/dilma-autoriza-gays-usar-nome-social-no-servico-publico-federal.html>

HYPENESS. **Artista trans combate tabu da menstruação com foto e poema poderoso.** Publicado por Redação Hypeness. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2017/07/artista-trans-combate-o-tabu-da-menstruacao-com-foto-e-poema-poderosos/>

JUSBRASIL. **Direito das minorias: um privilégio ou uma necessidade?.** Publicado por Sergio Luiz Barroso, 2016. Disponível em: https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/405711710/direito=-das-minorias-um-privilegio-ou-uma-necessidade?ref-topic_feed

_____. **Quando é possível a alteração do nome?.** Publicado por Flávia Teixeira Ortega, 2016. Disponível em : <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/372428898/quando-e-possivel-a-alteracao-do-nome> >

PORTAL MEDICO. **RESOLUÇÃO CFM nº1.955/2010.** Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10. Disponível em : http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm

PORTAL DA SAÚDE. **Ministério da saúde habilita novos serviços ambulatoriais para processo transsexualizador.** Publicado por Carol Valdares, 2017. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sgep/sgep-noticias/27154-ministerio-da-saude-habilita-novos-servicos-ambulatoriais-para-processo-transsexualizador>

SÃO PAULO, Repórter. **Fila de espera para mudança de sexo em ambulatório no Nordeste chega a 13 anos.** Publicado por Terra,2017. Disponível em : <http://www.reportersaopaulo.com.br/fila-de-espera-para-mudanca-de-sexo-em-ambulatorio-no-nordeste-chega-a-13-anos/>

UNESP. **Resolução UNESP N.XXX DE 2017.** Aprovado na sessão de 29/6 do Conselho Universitário. disponível em: <www.unesp.br/secgeral/Pautas//CO/20170629/1125-17-resolucao-nome-social.pdf>

O ATIVISMO JUDICIAL NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Dalton Max Fernandes de Oliveira

1 Introdução

O presente artigo tem como escopo analisar o fenômeno do ativismo judicial e seu papel na proteção do meio ambiente, especialmente a intervenção incisiva, cada vez mais comum, do Supremo Tribunal Federal.

Esse tema assume relevância a partir do momento em a Constituição Federal de 1988 elevou o meio ambiente a direito fundamental do ser humano, sendo dever do Estado propiciar a concretização e efetividade da proteção dos bens ambientais para as gerações atual e futura.

Antes de analisar a intervenção judicial na proteção do meio ambiente, é necessário analisar a proteção constitucional do meio ambiente.

Para essa análise, o artigo apresenta-se dividido em dois pontos. O primeiro dedica-se a fazer uma abordagem sobre a proteção constitucional do meio ambiente; abordam-se os direitos fundamentais, e o meio ambiente como sendo um desses direitos.

Após tecer as considerações sobre o primeiro ponto, o artigo ocupa-se da discussão sobre o constitucionalismo contemporâneo e o ativismo judicial; o papel das cortes superiores e a defesa do meio ambiente.

A emergência dos direitos fundamentais de terceira geração, o qual inclui o meio ambiente, cooperou para um certo controle jurisdicional de políticas públicas, o que se verifica pela justiça distributiva,

resolutiva e participativa, adotadas pela legislação e Constituição e efetivadas pelo Poder Judiciário.

2 a proteção constitucional do meio ambiente

Na sociedade contemporânea, o meio ambiente possui natureza jurídica de bem e de direito fundamental, sendo importante para a sociedade. A problemática da preservação do meio ambiente é das mais complexas, buscando alcançar meios pelos quais o meio ambiente possa ser preservado.

A Constituição Federal de 1988 prevê como princípio da ordem econômica, em seu art. 170, a busca pelo desenvolvimento sustentável, atribuindo ao Poder Público e aos cidadãos a responsabilidade na concretização do meio ambiente sadio e sustentável, não apenas para a presente geração, mas também, para as gerações futuras.

2.1 Direitos Fundamentais

A noção de direitos fundamentais está intimamente ligada ao movimento constitucionalista, que teve seu marco mais significativo com o advento da *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215, embora haja doutrinadores que entendem ter havido movimentos constitucionalistas anteriores à publicação da Magna Carta, como podemos notar nos ensinamentos de Pedro Lenza: “Durante a Idade Média, a Magna Carta de 1215 representa o grande marco do constitucionalismo” (LENZA, 2016).

Afirma-se a relação íntima entre direitos fundamentais e constitucionalismo, na medida em que este é tido como movimento de limitação dos poderes estatais.

Os embasamentos que reclamam os direitos fundamentais, ou seja, justificam a sua existência são o Estado de Direito e a dignidade da pessoa humana.

Para SARLET, “[...] a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência”. (SARLET, 2001, p. 60)

Já André de Carvalho Ramos ensina que:

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes conteúdo ético. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer (RAMOS, 2014).

A denominação Estado de Direito “[...] foi cunhada pelo jurista alemão Robert von Mohl, no século XIX, ao procurar sintetizar a relação estreita que deve haver entre Estado e Direito ou entre política e lei” (MARTINEZ 2006).

Modernamente, a expressão “Estado de Direito” foi superada por “Estado Democrático de Direito”, estando expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, no Preâmbulo e Artigo 1.º.

Paulo Roberto de Figueiredo Dantas conceitua o Estado Democrático de Direito nos seguintes termos:

[...] conjugação do Estado de Direito com o regime democrático. Trata-se, portanto, do Estado submetido ao império da lei, ou seja, a um conjunto de normas que criam seus órgãos e estabelecem suas competências, que preveem a separação dos poderes, e que também fixam direitos e garantias fundamentais para a proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades estatais, e no qual também se garante o respeito à denominada soberania popular, permitindo que o povo (o titular do poder) participe das decisões políticas do Estado, seja por meio de representantes eleitos, seja por meio de mecanismos de democracia direta (DANTAS, 2014).

Tendo como base os fundamentos Jusfilosóficos dos direitos fundamentais, convém analisar seu conceito.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais exercem dupla função, ou seja, a de proteção contra arbitrariedades estatais e a de adoção,

pelo Poder Público, de condutas positivas com avanços nas condições sociais dos cidadãos.

Como bem preceitua ARAÚJO:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade) (ARAÚJO, 2005).

Deve ser considerado que os direitos fundamentais são uma construção histórica, sendo que a percepção acerca de quais direitos são considerados fundamentais é variável conforme o contexto histórico de determinado país.

A doutrina encabeçada por Pedro Lenza assevera:

[...] costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, ou, como prefere a doutrina mais atual, “dimensões” dos direitos fundamentais, por entender que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária (LENZA, 2016).

Os direitos de primeira geração são os direitos individuais ou negativos. Em outras palavras, são os direitos intimamente relacionados às pessoas, chamadas de “liberdades negativas”, como a propriedade, a vida, a liberdade etc. são chamados de primeira geração, porque foram os primeiros a serem conquistados pelos indivíduos em detrimento do poder absoluto do Estado.

Já os direitos de segunda geração são as liberdades positivas, como os direitos sociais, econômicos e culturais.

Temos ainda a chamada terceira geração, que são os direitos difusos e coletivos, universo no qual está inserido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, parte da doutrina ainda sustenta o advento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, ou seja, direitos de engenharia genética e luta pela participação democrática.

Em seguida, analisar-se-á o meio ambiente como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988.

2.2. Meio Ambiente como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988 definiu a natureza jurídica do meio ambiente no art. 225 como sendo direito difuso³⁸ ao apontar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É ainda um direito de fruição coletiva, direito fundamental da pessoa humana e direito intergeracional. A análise do art. 225 da Constituição Federal permite concluir que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, eis que não é possível dignidade da pessoa humana sem meio ambiente:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2008).

Para FIORILLO:

A Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma nova e importante, a existência de um bem que não possui características de bem público e, muitos menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal avanço tecnológico.

Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da

38 Refere-se aos direitos indivisíveis, àqueles em que não se é possível identificar o autor.

posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem à tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos (FIORILLO, 2013).

Nos ensinamentos de Romeu Thomé:

A Constituição de 1988, ao dispor no caput do art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, adota a concepção antropocêntrica protecionista na medida em que o meio ambiente saudável só pode ser preservado quando o ser humano utiliza os recursos naturais de maneira racional, preservando-os, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações. A Carta Magna prevê a exploração da propriedade privada, a utilização dos recursos naturais, a obtenção de lucro, mas desde que seja respeitada a função social da propriedade, a preservação dos recursos naturais e da legislação trabalhista (THOMÉ, 2015).

Percebe-se que a norma constitucional brasileira alinhou-se às normas internacionais adotando uma visão antropocêntrica do meio ambiente, sendo este para satisfazer as necessidades do ser humano.

Contudo, ao mesmo tempo há um nítido caráter protetor o que parte da doutrina denominada de antropocentrismo alargado, não se restringindo o ambiente à mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos.

O Legislador constituinte da Constituição de 1988, ao prever um assento constitucional para a proteção do ambiente, o fez devido à importância que a preservação do meio ambiente tem para a sociedade, bem como ao reconhecimento da importância que as normas jurídicas, cujo objeto é o ambiente, possuem no sistema normativo.

Deve ser ressaltado que, além de ser tratado como direito fundamental, a Constituição Federal estabelece, no capítulo da ordem economia, que essa é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, sendo que deverá reger-se pelos ditames de justiça social, respeitando o princípio da defesa do meio ambiente, nos termos do inciso VI do art. 170.

Assim, a livre concorrência e a defesa do meio ambiente devem ser pautadas pela harmonia de modo que se garanta a concretização da justiça social.

Nos termos do citado artigo:

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:

[...]

VI — defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 2008).

Afirma FIORILLO que a ideia principal é assegurar a existência digna da pessoa humana, através de uma vida com qualidade.

A doutrina denomina o disposto no art. 170, VI, da Constituição Federal como sendo o princípio do desenvolvimento sustentável.

No ensinamento de FIORILLO:

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição (FIORILLO, 2013).

Para MILARÉ, é necessário proteger constitucionalmente o ambiente, pois isso significa valorizar os procedimentos de proteção ambiental e reconhecer a essencialidade do ambiente sadio para a vida de todos (MILARÉ, 2013).

FIORILLO demonstra que o bem ambiental merece tutela de proteção não só do Poder Público, mas de toda a coletividade, tutela essa consistente num dever, e não somente em mera norma moral de conduta (FIORILLO, 2013).

A doutrina afirma que o Legislador constituinte criou uma obrigação constitucional de natureza pública, que impõe ao Estado condutas negativas. Em outras palavras, um dever de abstenção por atos e práticas que impliquem degradação ambiental, seja de forma direta ou indireta, e, com mais ênfase, impôs ao Poder Público uma conduta positiva, ou seja, a de praticar atos administrativos que tenham por objetivo preservar o ambiente.

Assim, a tutela ambiental, ao ser elevada a patamar constitucional, é concomitantemente uma função e uma obrigação do Estado para o Estado, além de um componente de constituição do próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

3 O ativismo judicial do STf em defesa do meio ambiente

Os direitos fundamentais, embora previstos expressamente na Constituição Federal, necessitam de condutas sejam negativas, sejam positivas por parte do Poder Público, tendo em vista que o Estado avocou para si a obrigação de concretizá-los.

Contudo, é incontroverso que o Estado, seja por intermédio do Poder Executivo, seja por intermédio do Poder Legislativo não têm conseguido concretizar a efetivação dos direitos fundamentais e, eventualmente, violam outros direitos mínimos existenciais e, com isso, o Poder Judiciário alcança determinada posição de “protagonista” na efetivação desses direitos.

a. Constitucionalismo Contemporâneo e ativismo judicial

O chamado “Constitucionalismo Contemporâneo” ou neoconstitucionalismo parte do pressuposto de uma nova roupagem entre a separação dos poderes, flexibilizando as rígidas funções típicas de cada poder.

O ordenamento jurídico contemporâneo, ao contrário do modelo positivista, é dotado de uma forte carga axiológica que se exterioriza por intermédio dos princípios constitucionais.

Nas palavras de CARNEIRO:

Contudo, para ser, de fato, um “novo” Constitucionalismo, exige-se uma nova postura, uma ruptura (não mais apegada ao Positivismo Normativista) do modelo do Direito Constitucional, ou seja, buscar ir além da legalidade estrita, mas sem desprezar o próprio Direito (CARNEIRO, 2017).

Desse modo, o Constitucionalismo Contemporâneo possui uma “constitucionalidade” acoplada à moral e reduz os espaços de discricionariedade e expande a aplicabilidade do sistema jurídico.

Tendo em vista os argumentos acima expostos, os direitos fundamentais necessitam de complementos ou intervenções do Estado. Essa intervenção deveria ser feita pelo Poder Legislativo, que tem a função de elaborar e aprovar projetos de lei para tal efetivação de direitos, e o Poder Executivo, que tem a função de implantar políticas públicas para a efetividade dos direitos fundamentais.

Contudo, a prática demonstra uma evidente omissão estatal de ambos os poderes do Estado na concretização dos direitos fundamentais.

Então, para a sociedade ter seus direitos fundamentais concretizados, o ordenamento jurídico moderno assegura ao Poder Judiciário intervir nessa questão, por intermédio do Supremo Tribunal Federal, com controle concentrado de constitucionalidade, e dos magistrados, em sede de controle difuso de constitucionalidade, haja vista serem os direitos fundamentais de aplicação imediata, nos termos do art. 5.º, § 1.º da Constituição Federal, e é nesse contexto que se analisa o ativismo judicial.

É fato que não se pode negar que o Estado é de direito, mas antes mesmo do Poder Jurídico, existe um Poder Político que instaura aquele, ou seja, antes de ser jurídico, o Estado é político.

No ativismo judicial, o juiz ingressa na seara da política e promove decisões políticas, ainda que por critérios jurídicos.

A doutrina aponta a origem do Ativismo Judicial nos tribunais americanos, especialmente no que se refere aos direitos dos negros.

Segundo BARROSO:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial [...] A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (BARROSO, 2009).

A doutrina entende haver duas correntes doutrinárias acerca do ativismo judicial: a Teoria Procedimentalista e a Teoria Substancialista.

A Teoria Procedimentalista, bem analisada por (Maus, 2000), parte da premissa de que qualquer cidadão tem a faculdade de exigir do Poder Judiciário que lhe assegure determinados direitos previstos na Constituição, com o escopo de promover o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Carlos Eduardo Dieder Reverbel:

O ativismo judicial centra-se neste ponto. O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara política. Assim resolve problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos (...). Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos. (...) O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação dos poderes (REVERBEL, 2010).

Já a Teoria Substancialista, encabeçada por Ronald Dworkin, afirma que o Judiciário deve intervir nas questões políticas, pois o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição Federal, deve agir quando certas condutas venham a lesar direitos mínimos existenciais e garantir estes direitos fundamentais.

Como ensina Hélder Fábio Cabral Barbosa:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade. (BARBOSA, 2011)

Percebe-se que a doutrina não é uniforme no sentido de qual teoria é aplicada no Brasil, mas a corrente teórica substancialista é a que mais se percebe quando da aplicação do ativismo judicial no ordenamento político-jurídico brasileiro.

b. Os papéis das cortes superiores: contramajoritário, representativo e iluminista

Conforme já exposto, o neoconstitucionalismo se assenta nos ideais pós-positivistas, o que tem como consequência um maior protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo com constitucionalização dos direitos fundamentais a concretização destes.

A sistematização de jurisdição constitucional, com a Constituição de 1988, propiciou a consolidação do processo de judicialização da política, tendo em vista a legitimidade para suscitar o Supremo Tribunal Federal, sobretudo em controle abstrato de constitucionalidade.

A doutrina entende que as cortes superiores exercem três funções fundamentais no exercício da jurisdição, quais sejam: a contramajoritária, a representativa e a iluminista.

Segundo CARNEIRO:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as Cortes Supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo e, por isso, constitui um dos temas mais analisados pela Teoria Constitucional dos diferentes países (CARNEIRO, 2017).

Vê-se que a tutela dos direitos fundamentais, pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da função contramajoritária, vai de encontro

ao princípio majoritário inerente ao regime democrático, razão pela qual vem sofrendo crítica da doutrina moderada.

Já o papel representativo:

[...] se tornou relevante no Brasil, pois o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, se presta a satisfazer demandas sociais que não foram satisfeitas ao tempo oportuno pelo Poder Legislativo e, ainda, através de suas decisões integra a ordem jurídica e situações de omissão inconstitucional do legislador (CARNEIRO, 2017).

Por fim, tem-se a função iluminista que “[...] significa promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios” (CARNEIRO, 2017).

Entende-se que a concretização de direitos fundamentais através de intervenção do poder judiciário está posta entre os papéis contramajoritário e representativo do Supremo Tribunal Federal.

c. Aplicação dos papeis (STF) em defesa do meio ambiente

Por todo o exposto, conclui-se que a proteção ao meio ambiente exprime uma proteção à própria vida e a sobrevivência da humanidade que, segundo a doutrina, é destinatária dos direitos fundamentais de terceira geração.

Nesse contexto é que deve ser orientada a interpretação das normas constitucionais pertinentes ao direito ao um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com uma consequência relevante para a garantia de sua eficácia e aplicabilidade, bem como a sua inserção no rol das matérias componentes dos limites materiais ao poder de reforma constantes do art. 60, § 4.º, da CF/88, além do princípio da proibição de retrocesso.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição e, desse modo, assiste ao Supremo atribuir à norma que é considerada a principal regra visando à proteção jurídica do meio ambiente, o art. 225 da Constituição Federal, uma interpretação que assegure a concretização do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vê-se que o Supremo Tribunal usou de suas funções contramajoritária, representativa e iluminista com o intuito de efetivação da norma constitucional protetiva.

No bojo da referida ADI 3.937, o plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2.º da Lei Federal 9.055/1995, que permitia a extração, industrialização, comercialização e distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país.

Na referida ação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 2.º da Lei 9.055/95 passou por um processo de inconstitucionalidade durante o tempo, sendo que a exceção a qual permitiu a extração, industrialização, comercialização e distribuição de amianto “crisotila” não mais seria compatível com a Constituição Federal.

Vê-se que Lei 9.055/95 não teve sua inconstitucionalidade formal declarada, mas sim a inconstitucionalidade material do referido art. 2.º.

Ora, não sendo formalmente inconstitucional, a referida Lei obedeceu ao processo legislativo que, na democracia semidireta como a brasileira, nada mais é do que a vontade da maioria externada por seus representantes.

Assim, ao retirar do mundo jurídico a referida norma, o Supremo Tribunal Federal exerceu o seu papel contramajoritário sob o fundamento de ofensa ao direito à saúde, ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança e à proteção do meio ambiente.

Já no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 692.541 - São Paulo, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, firmou-se o entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais.

In verbis:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL.
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEIO AMBIENTE. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. INEXIS-

TÊNcia DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou ser possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. 2. O acórdão do Tribunal de origem está devidamente fundamentado, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2015).

Nesse julgado, percebe-se um papel proativo do Poder Judiciário com a implantação de políticas públicas em defesa do meio ambiente, o que se alinha à função representativa da Suprema Corte.

Por fim, julgando o mérito da ADI 4.983 que questionava a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, a qual regulamentava a prática da vaquejada naquele Estado, o STF considerou que a prática da vaquejada é manifestamente inconstitucional, por causar crueldade aos animais envolvidos.

In verbis:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (BRASIL, 2016)

Nos termos da referida decisão, o valor axiológico foi a dicotomia entre questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, já que a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988.

Entendeu que o sentido da expressão “crueldade” presente na parte final do inciso VII do § 1.º do artigo 225 da Constituição Federal alcança a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática da vaquejada, revelando-se intolerável.

No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos, entendeu-se por sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Na presente ADI, vê-se explicitamente a função iluminista adotada pela Suprema Corte, eis que utilizou de valores racionais para promover avanços civilizatórios com o afastamento da “crueldade” aplicada aos animais na prática da vaquejada.

De todo, independentemente se com a utilização da função contramajoritária, representativa ou iluminista, é consenso que, no Constitucionalismo Contemporâneo, o Poder Judiciário não pode, passivamente, assistir à degradação e/ou ausência de proteção ou deficiência na proteção dos bens ambientais, sendo certo que a separação dos poderes não deve ser rígida, no que diz respeito à divisão de tarefas, sob pena de não serem obtidas as efetivas necessidades do Estado Constitucional Ambiental.

4 Conclusão

Com o presente artigo, buscou-se elencar aspectos importantes entre políticas públicas e o papel do Poder Judiciário na proteção do meio ambiente.

Ao término do presente artigo, pode-se concluir que a questão ambiental ganhou contornos constitucionais no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, a qual elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental e intergeracional. Desse modo, a proteção do meio ambiente passou a ser um poder/dever de ações dos poderes públicos.

Contudo, é preciso reconhecer que os poderes Legislativo e Executivo ainda são omissos e, quando não, deficientes nessa proteção. Assim, é necessário, cada vez mais, o papel do Poder Judiciário para dar efetividade a essa proteção.

Para garantir a efetividade do comando constitucional protetivo, analisou-se o fenômeno do ativismo judicial dentro do contexto do chamado “Constitucionalismo Contemporâneo”.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição e, desse modo, assiste ao Supremo atribuir à norma, que é considerada a principal regra visando à proteção jurídica do meio ambiente, o art. 225 da Constituição Federal, uma interpretação que assegure a concretização do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Percebeu-se que o Supremo Tribunal usou de suas funções contramajoritária, representativa e iluminista com o intuito de efetivação da norma constitucional protetiva, como se pôde observar pela análise dos julgados da ADI 3.937; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 692.541 e ADI 4.983.

Desse modo, seja com a utilização da função contramajoritária, representativa ou iluminista, é fato que, no Constitucionalismo Contemporâneo, o Poder Judiciário não pode, passivamente, assistir à degradação e/ou ausência de proteção ou deficiência na proteção dos bens ambientais, sendo certo que a separação dos poderes não deve ser rígida, no que diz respeito à divisão de tarefas, sob pena de não serem obtidas as efetivas necessidades do Estado Constitucional Ambiental.

5 Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; In: **Estudos de direito constitucional**. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011, p. 151.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n.º 13, janeiro/março, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**: estabelece os princípios da política nacional do meio ambiente, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.983, Relator: Ministro Marco Aurélio, Plenário, Brasília, 06 out. 2016,. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 692541 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Brasília, 25 ago. 2015, DJ 18 ago. 2015. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 20 jun. 2019.

CARNEIRO, Cláudio. **Neoconstitucionalismo e Austeridade Fiscal**. Salvador. Editora Juspodivm, 2017, 237 p.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2014, 1008 p.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2.ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro** . 14. ed. rev., ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal — São Paulo : Saraiva, 2013.992 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematisado**. São Paulo: Saraiva, 2016. 1886 p.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. In: **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. 630 p.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. In: **Estado de Direito e Ativismo judicial**. José Levi

Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 73-74

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 192 p.

THOMÉ, Romeu: **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. 911p.

Vinício Carrilho Martinez. *Estado de Direito - Artigos - Jus Navigandi*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 918, 7 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7786>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SENCIÊNCIA ANIMAL E A ONG PATINHAS DE RUA EM BUSCA DO RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE ANIMAL

Caio Oliveira dos Santos

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, existem diversas teorias que reconhecem os direitos fundamentais dos seres humanos. Ainda que haja diferentes nomenclaturas; como direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos dos cidadãos ou direitos da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 17); o fato é que existe um aparato legal e principiológico que visa assegurar direitos básicos a serem reconhecidos como fundamentais do homem. Ou seja, que o reconhece enquanto sujeito de direitos.

Ao longo do presente estudo pretende-se demonstrar que o direito animal constitui um ramo integrante dos direitos fundamentais, tendo em vista a classificação das dimensões dos direitos fundamentais defendida pela doutrina majoritária, que reconhece a proteção aos animais como sendo um direito fundamental de quarta dimensão.

Será abordada também, ao longo do presente trabalho, a possibilidade de responsabilização do Estado por omissão diante dos danos causados aos animais. Para tanto serão apresentados conceitos de responsabilidade civil, da teoria do risco administrativo, do meio ambiente, além e outros conceitos e entendimentos com o intuito de comprovar essa possibilidade de responsabilização.

Por fim serão apresentados dados e informações colhidas junto à ONG Patinhas de Rua com vistas a destacar o importante trabalho desenvolvido pela instituição no sentido de resgatar a dignidade dos animais sob sua tutela. Tudo isso visando fomentar a participação da sociedade na proteção dos animais, seja de forma direta ou indireta. Correspondendo assim à previsão constitucional de que é dever de todos, Estado e sociedade, a proteção do meio ambiente em todas as suas formas, o que inclui os animais sencientes não humanos.

2. O DIREITO ANIMAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUARTA GERAÇÃO

Os direitos fundamentais são garantias asseguradas a todos os seres humanos em razão de sua condição de indivíduos de direito. No caso dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, aplicam-se, conforme leciona Dirley da Cunha Junior (2011, p. 635), a “todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, com residência ou não no Brasil” exceto nos casos em que a própria Constituição vier a excluir alguma dessas pessoas da aplicação de algum direito fundamental, como ocorre nos casos dos direitos políticos em que a Carta Magna impõe restrições a estrangeiros.

Os direitos fundamentais foram consolidados ao longo do tempo de forma gradativa, conforme se depreende das lições de Ingo Sarlet:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional e estão muito relacionadas com os direitos humanos, ao ponto de ambos os conceitos confundirem-se frequentemente. (SARLET, 2012, p. 12)

Portanto, os direitos fundamentais decorrem de um longo processo histórico de reconhecimento, inclusive no que tange a positivação desses institutos nas constituições dos diversos países. Esse processo histórico gradativo culminou na consolidação de algumas dimensões

desses direitos o que evidencia a existência de uma “miríade de problemas e desafios” (SARLET, 2012, p. 12) relacionados aos direitos fundamentais.

Acerca da correlação entre o positivismo constitucional dos direitos fundamentais e a existência de dimensões ou gerações destes, o mencionado autor ainda afirma:

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas [...] (SARLET, 2012, p. 25)

Assim, na medida que o mundo se transformava, surgiam novas necessidades básicas e, conseqüentemente, o direito evoluía para acompanhar todas essas transformações, dando origem a novas dimensões de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são conceituados por Sarlet (2012, p. 32) como direitos de defesa que demarcam uma “zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”. Por esse motivo, são considerados direitos de cunho negativo, que impõem ao Estado o dever de abster-se.

São exemplos de direitos de primeira dimensão, segundo Sarlet (2012, p. 32) “os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei” contudo, o autor destaca que esses foram os primeiros, sendo “posteriormente complementados por outros” como a liberdade de expressão, de associação, de reunião, direito ao voto, além de tantos outros que correlaciona os direitos fundamentais à democracia.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem em decorrência do “impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos” (SARLET, 2012, p. 33) que resultaram dessa industrialização acelerada. Esse processo impossibilitava boa parte da população de usufruir dos direitos fundamentais de primeira dimensão já assegurados, fomentando a criação de outros direitos. Não se tratava mais de impor ao Estado uma prestação negativa, mas sim positiva, possibili-

tando o direito à participação dos indivíduos no bem-estar social. São exemplos dos direitos fundamentais de segunda dimensão: assistência social, saúde, educação e trabalho (SARLET, 2012, p. 33).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão tem em vista a proteção do homem enquanto grupo, seja ele a família, o povo, a nação, o que dá a esses direitos uma titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2012, p. 33). Esses direitos também são chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade e sobre eles pode-se citar como exemplos: direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida e o direito de comunicação (BONAVIDES, 2004, p. 569).

A existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais é defendida por Paulo Bonavides (2004, p. 571), que se refere a teoria dos direitos fundamentais como sendo outra globalização política sobre a qual a ideologia neoliberal não tem jurisdição. Para o autor, globalizar os direitos fundamentais é “universalizá-los no campo institucional” (2004, p. 571) e, conseqüentemente, institui os direitos fundamentais de quarta geração. Bonavides cita alguns exemplos de direitos que considera como sendo de quarta dimensão:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2004, p. 571)

Existe uma série de desdobramentos dos três direitos citados por Bonavides. Porém, deve-se destacar, no que tange a positivação dos direitos fundamentais de quarta geração, o pensamento de Sarlet (2012, p. 34), que alerta para o quão longe o direito positivo interno está de reconhecer esses direitos. Porém, este também aponta a existência de “algumas iniciativas isoladas de participação popular” e mesmo afirma do direito positivo internacional.

Fato é que o mundo tem passado por diversas transformações e o direito precisa acompanhá-las, assim os direitos de primeira, segunda

e terceira dimensão já positivados, precisam se relacionar com outras questões que surgem com o tempo. Nesse sentido:

o tempo em que estamos vivendo revela alterações na vida e no comportamento dos homens. Nesse contexto, os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos, os individuais homogêneos passaram a conviver com outros de notória importância e envergadura. Referimo-nos aos direitos fundamentais de quarta geração, relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética. Paulatinamente, o Judiciário brasileiro tem deparado com esses direitos, provenientes em grande parte, do processo de globalização. (BULLOS, 2011, p. 319)

Como se vê, os direitos fundamentais de quarta geração resultam das mudanças tecnológicas, dos avanços científicos e de uma série de alterações enfrentadas pela sociedade. Por isso a necessidade de refletir e buscar soluções para situações relativamente novas, mas tão importantes quanto aquelas tratadas na primeira, segunda e terceira dimensões. O que leva a constatação de que não existe hierarquia entre as dimensões dos direitos fundamentais.

Uma dessas questões que merecem reflexão é o direito animal. Nesse sentido, Heron Gordilho (2011, p. 145) afirma que muitos autores "refutam a possibilidade de se estender aos animais direitos humanos" contudo o autor defende que os animais sejam reconhecidos como sujeitos de direitos nos termos da Declaração Universal de direitos humanos (2011, p. 142).

O art. 225 da Constituição Federal já prevê a proteção da fauna e da flora, mas uma questão bastante polêmica é a atribuição da titularidade dos direitos fundamentais aos animais. Nesse sentido:

Neste contexto, embora o direito constitucional positivo não reconheça direta e expressamente direitos fundamentais como direitos subjetivos aos animais, no sentido de serem estes ti-

tulares de direitos desta natureza, o reconhecimento de que a vida não humana possui uma dignidade, portanto, um valor intrínseco, e não meramente instrumental em relação ao Homem, já tem sido objeto de chancela pelo Direito. (SARLET, 2012, p. 201)

A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça, sob a Relatoria do Ministro Og Fernandes, quando do julgamento do REsp. 1.797.175/SP, decidiu pelo reconhecimento da “dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana” além de atribuir “dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza”. Trata-se de uma decisão pioneira, que consolidou a jurisprudência do próprio STJ. O reconhecimento da dignidade e dos direitos dos animais não-humanos, traz à tona um paradigma jurídico biocêntrico, que servirá de fundamentação para diversos outros casos.

O biocentrismo, segundo Fodor (2016, p. 57), “é uma corrente de pensamento que considera todo e qualquer ser vivo como foco de preocupação moral”. Neste artigo, contudo, abordar-se-ão os animais não humanos sencientes, que são aqueles capazes de sentir e é justamente em razão da constatação da qualidade de seres sencientes dos animais é que surge a discussão em torno do seu bem-estar. Acerca da capacidade de sentir dos animais Singer (2013, p. 24) explica:

Os animais são capazes de sentir dor. Como vimos anteriormente, não há justificativa moral para considerar que a dor (ou o prazer) sentida pelos animais seja menos importante do que a mesma intensidade de dor(ou prazer) experimentada por seres humanos.

Portanto, é inconcebível que os animais sejam tratados como coisas, sendo que são capazes de sentir tanto quanto os seres humanos. De acordo com Silva (2015, p. 178) “O bem-estar animal é a tentativa de igualar os interesses dos animais através da ponderação de valores, em que são sopesados os malefícios e benefícios de determinada conduta”.

Assim, se for utilizar o conceito de bem-estar sob a ótica do tratamento dispensado aos humanos torna-se incompreensível, senão contraditório, tendo em vista a utilização dos animais por parte dos humanos em diversos âmbitos, como nas pesquisas, no ensino e mesmo com

animais de trabalho. É por isso que o conceito apresentado por Silva propõe uma ponderação entre os interesses dos animais e os benefícios e malefícios de determinada conduta.

Nesse diapasão, a preocupação com o bem-estar animal possibilita a avaliação e a garantia das condições capazes de satisfazer as necessidades básicas dos animais que por alguma razão, seja afetiva, de ensino, pesquisa, trabalho ou qualquer outra, esteja sob o domínio do homem. De acordo com Broom (2011,p. 2) “a idéia das necessidades dos animais é o que é chave para a compreensão do bem-estar animal.”

Portanto, para construir o conceito de bem-estar animal, foi preciso conhecer quais as necessidades que os animais possuem para, a parti deles, impor limites a atuação do homem com relação aos animais não humanos e garantir, na medida do possível, a satisfação dessas necessidades.

Essa satisfação é avaliada a partir das cinco liberdades estabelecidas por meio do Conselho de bem-estar de animais de Produção do Reino Unido em 1992, quais sejam: 1- Livres de fome, sede e má nutrição; 2- Livres de desconforto; 3- Livres de dor, doença e injúrias; 4- Livres para expressar comportamentos naturais; 5- Livres de medo e aflição.

Além disso, há o princípio dos 3Rs, que é utilizado como uma premissa a ser observada nas pesquisas humanitária, o que não exclui sua aplicação em outras situações relacionadas ao direito aos animais, conforme se verificará em capítulo oportuno.

Os 3Rs decorrem das expressões em inglês: *Replacement, Reduction and Refinement*, que em tradução livre significa substituição, redução e refinamento. De acordo com Cazarin (*et. al.*, 2004), no campo da pesquisa, os termos significam resumidamente:

[...] a redução do número de animais utilizados na pesquisa, a melhora na condução dos estudos, no sentido de reduzir o sofrimento ao mínimo possível, e a busca de métodos alternativos que, por fim, substituam os testes *in vivo*.

A redução do número de animais utilizados para pesquisa e a melhoria nos procedimentos que conduzem os estudos constituem objetivos de curto prazo. Ao passo que a redução do sofrimento constitui a meta máxima a ser alcançada.

A própria Declaração Universal dos Direitos dos Animais, aprovada pela UNESCO em 1978 traz uma série de direitos que devem ser observados de modo a possibilitar uma existência digna aos animais não humanos. A referida declaração, constitui norma suprallegal, que está hierarquicamente acima das leis, mas não possui *status* de norma constitucional, haja vista não ter se submetido ao procedimento previsto no art. 5º parágrafo 3º da Constituição Federal.

Isso, contudo, não diminui a importância a Declaração, que em sua elaboração levou em consideração uma série de questões relevantes, como o desconhecimento das pessoas em relação a esses direitos, além do desprezo por partes de boa parte dos que os conhecem; o reconhecimento do direito à existência que as espécies não humanas possuem como fundamento de coexistência entre as espécies e até a questão educativa como forma de transformar a realidade em que vivemos, ao ponto de formar pessoas mais conscientes dos direitos dos animais e da importância de respeitá-los.

3. O DEVER DO ESTADO NA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

O dever do Estado em proteger os animais encontra amparo no artigo 225 da Constituição Federal. O referido artigo impõe ao poder público, bem como a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

O meio ambiente é, nos termos da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981), conseqüentemente tal conceito inclui os animais não humanos.

O meio ambiente, segundo Augusto (2005, p. 3) pode ser artificial, cultural e natural, mas o movimento ambiental acredita na impossibilidade de um conceito definitivo que abranja a complexidade do meio ambiente, haja vista seu dinamismo diante das mudanças que ocorrem frequentemente na sociedade.

Uma vez que a própria Constituição Federal atribuiu ao Estado o dever de proteger o meio ambiente e haja vista os animais serem parte

integrante dele, tem-se a discussão em torno da possibilidade de responsabilização civil do Estado nesse caso.

Acerca do tema Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino lecionam que “nos casos de danos ambientais, nossa doutrina e jurisprudência maciçamente reconhecem ter sido adotada no Brasil a responsabilidade civil baseada no risco integral” (PAULO e ALEXANDRINO, 2015, p. 849). Nesse contexto, convém agora esclarecer o conceito de responsabilidade civil e o que vem a ser o risco integral.

A responsabilidade civil, conforme lição de Silvio Rodrigues, trata-se de uma “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6). De Plácido e Silva (2008, p. 642), por sua vez, a conceitua como sendo um “dever jurídico, em que se coloca a pessoa”. Esse dever por surgir em razão de um contrato ou mesmo em face de uma ação ou omissão. Para o autor, a conduta comissiva ou omissiva causadora de dano pode resultar na aplicação de sanções legais que lhes sejam impostas.

No que diz respeito ao conceito da teoria do risco, toma-se, novamente, as lições de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p 848):

A teoria do risco integral consiste em uma exacerbação da responsabilidade civil da administração pública. Segundo essa teoria, basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este alegue excludentes de sua responsabilidade

Assim, ocorrendo o dano e havendo nexo causal surge para o Estado a obrigação de indenizar. Vale dizer que a regra da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é pela natureza subjetiva, ou seja, ela se fundamenta em razão da culpa daquele que causou o dano, independentemente de sua modalidade.

Contudo, diante de algumas situações específicas escolhidas pelo legislador para receber tutela diferenciada, não se exige a comprovação da culpa daquele que causou o dano. Essa opção do legislador se justifica diante das transformações sociais enfrentadas pela sociedade,

cuja relação tornou-se complexa ao ponto de dificultar a comprovação de culpa em algumas situações, de modo que manter a teoria clássica da responsabilidade civil, que era a subjetiva e por conseguinte exigia a comprovação de culpa, tornou-se insuficiente para atender a nova realidade da sociedade. A essa modalidade de responsabilidade dá-se o nome de responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco (ROCHA & ROCHA, 2017, p. 8).

São exemplos de situações nas quais se aplicam a teoria do risco integral: os danos provenientes dos transportes aéreo e ferroviário, aqueles decorrentes de acidentes de trabalho, os decorrentes de produtos ou serviços fornecidos nas relações de consumo e, conforme se demonstrou na leitura do art. 3, inciso I da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/1981.

O art. 37, parágrafo 6^a da Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de responsabilização civil objetiva do estado, *in verbis*:

Art. 37 (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A possibilidade de responsabilização civil é, inclusive, entendimento pacificado no Superior Tribunal de justiça, conforme se verifica na Súmula 629 que diz: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar” (STJ, 2018).

Dessarte, o ordenamento jurídico brasileiro não apenas protege os animais como prevê a punição dos que por dolo ou culpa lhe causarem dano. Contudo, o grande problema é encontrar mecanismos para concretizar essa proteção diante de tantos casos de maus tratos a animais que ocorrem no mundo.

A fiscalização por parte da população é, sem dúvida, uma ferramenta importante nesse processo, mas ela precisa ser acompanhada de

denúncia às instituições competentes para que os agentes causadores sejam identificados e punidos na forma da lei.

4. A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELA ONG PATINHAS DE RUA NO RESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE ANIMAL

Patinhas de Rua é uma organização não governamental que atua na Cidade de Feira de Santana, na Bahia, desde 2016. As Organizações Não Governamentais são entidades integrantes do Terceiro Setor e atuam em diversas áreas. A partir da análise do conceito dado por Rubens Cesar Fernandes (1997, p. 27) para o Terceiro Setor é possível subtrair características essenciais das ONGs. Para o referido autor, o Terceiro Setor é:

[...] um composto de organizações sem fins lucrativas, criadas e mantidas pela ênfase na participação da ação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais de caridade, da filantropia e do mecenato e expandido o seu sentimento para outros domínios, graças, sobretudo à incorporação da cidadania e das suas múltiplas manifestações na sociedade civil.

Assim, as ONGs não integram a administração pública. Ao contrário, são Pessoas Jurídicas de Direito Privado que atuam em diversas áreas, todas elas dedicadas a servir a população de alguma maneira.

De acordo com o Instituto Pet do Brasil – IOB, o Brasil possui mais de 170 mil seres sencientes não humanos abandonados sob cuidado de ONGs (IPB, 2019). Ocorre que esses animais se encontravam, antes de serem resgatados, em situação de vulnerabilidade, muitos foram vítimas de violência, o que reitera a importância dos trabalhos desenvolvidos pelas organizações não governamentais dedicadas à proteção animal.

A ONG Patinhas de Rua, atua no resgate de animais abandonados em Feira de Santana – BA, proporcionando-lhes um local seguro, alimentação, saúde, dentre outras coisas. Tudo com o objetivo de assegurar a esses animais não humanos um tratamento digno.

A tabela à seguir apresenta informações dos animais resgatados e atualmente abrigados na ONG Patinha de Rua:

Tabela 1: Informações e características dos animais abrigados na ONG Patinhas de Rua

Características	Quantidades
Macho	27
Fêmea	23
Gênero não informado	2
Castrados	13
Atropelados	9
Lactantes	1
Filhotes	7
Óbitos	4
Sem Raça definida	42
Com raça definida	10
Espécies	3
Enfermidades	69

Fonte: elaborada pelo autor com base em pesquisa realizada no local

Tabela 2: enfermidades identificadas nos animais abrigados na ONG Patinhas de Rua

Enfermidades identificadas	Quantidades
Problemas de pele	8
Leishmaniose	9
Erliquiose	11
Anemia profunda	1
Encurtamento em uma das patas	1
Miase no pescoço	1
Patinha dianteira	1
Sequela de cinomose	2
Problema das duas patas	1
Babesia	1
Ferimento profundo no pescoço	1

Fonte: elaborada pelo autor com base em pesquisa realizada no local

Com base nas informações reunidas junto à ONG, constatou-se um total de 52 seres sencientes abrigados. Dentre os quais 50 são cães, 1 gato e 1 cavalo. Sendo 27 machos, 23 fêmeas e dois deles, filhotes, não tiveram o gênero informado. Observou-se que o

número de machos equivale a quase 52% da população da ONG. Pretendia-se verificar a preferência da população da cidade ao abandonar os animais. Contudo, percebeu-se uma diferença de cerca de dois pontos percentuais, podendo variar, visto que dois animais não tiveram o gênero informado.

Dentre os animais abrigados, percebeu-se que 42 não possuem raça definida, enquanto 10 dividem-se entre as raças poodle (3), pitbull (1), rotwailer (2), boxer (1), golden retriever (1), akita (1) e fila brasileiro (1). Ademais, 13 animais foram castrados e 9 foram vítimas de atropelamento, o que equivale a pouco mais de 17% dos abrigados no local.

Dos 52 animais, 7 são filhotes, dos quais 2 vieram a óbito até 27/03/2020, ambos em razão de uma infecção. Além destes, faleceram 2 cães adultos. Lion, de insuficiência respiratória, e Paçoca, devido uma briga com outros cães, o que acontece devido ao stress e traumas que os animais enfrentam.

O número de animais com enfermidades é alarmante. Dos 52 abrigados, 37 apresentam algum tipo de enfermidade, o que equivale a mais de 71% dos acolhidos. Isso demanda grande esforço da ONG em custear, principalmente através de doações, tratamentos de saúde para todos esses animais. Não é possível dizer se essas enfermidades antecedem ou sucedem o abandono.

Ainda no que tange às enfermidades, são 69 tipos, sendo que alguns animais apresentam mais de uma delas. A lista compreende problemas de pelo (8), leishmaniose (9), erliquiose (11), anemia profunda (1), encurtamento de uma das patas (1), míase no pescoço (1), problemas na patinha dianteira (1), sequelas de cinomose (2), míase na orelha (1), problemas em duas patas (1), babesia (1) e ferimento profundo no pescoço. Como se percebe claramente, são muitos animais que apresentam enfermidades e são muitas as modalidades desta.

No primeiro capítulo deste artigo, abordou-se a questão das necessidades dos animais possuem e a importância de garantir que essas necessidades sejam atendidas como forma de assegurar o seu bem-estar. Percebeu-se, durante o estudo do caso proposto, que a Patinhas de Rua tem se esforçado para atender essas necessidades, em que pese a insuficiência de recursos, que tem impossibilitado um melhor atendimento à comunidade.

Ainda assim, a ONG tem realizado um trabalho exemplar, considerando as limitações que enfrenta. Sempre dedicada a proporcionar as liberdades estabelecidas pelo Conselho de bem-estar de Produção Animal do Reino Unido, que virou referência no mundo inteiro.

Constatou-se, ao longo da pesquisa, que das cinco liberdades asseguradas e já elencadas no primeiro capítulo, a única que a ONG não é capaz de proporcionar é a de número 4, que corresponde a expressar comportamentos naturais. Pois há uma dificuldade, por parte dos animais, em se expressarem, haja vista todo o stress do próprio abandono ou de algum trauma a que foi submetido antes de serem resgatados. Vale dizer que, em que pese alguns conseguirem se expressar, eles são uma minoria.

Já no que tange ao princípio dos 3Rs, também elencados no primeiro capítulo deste artigo, identificou-se que pelo menos dois deles podem ser aplicados na Patinhas de Rua, assim como em outras organizações que abrigam animais e os disponibilizam à adoção. O primeiro é *Replacement*, que significa substituição. Sua aplicação é possível através do processo de adoção. Pois, uma vez que um animal é adotado, surge uma vaga na entidade para atender a outro animal em situação de vulnerabilidade ou vítima de violência para que possa receber os devidos cuidados.

O outro R que pode ser aplicado no contexto da ONG é o de *Reduction*, que quer dizer redução. Esse princípio também se concretiza por intermédio da adoção, pois quanto mais Patinhas, como são chamados os animais da ONG Patinhas de Rua, forem adotados, mais se reduzirá o número de animais na instituição. Logo, ambos os princípios, substituição e redução, estão diretamente relacionados à adoção.

A ONG Patinhas de Rua, não obstante todas as limitações, tem realizado um trabalho de dedicação e respeito aos animais, reconhecendo-os como seres sencientes e conseqüentemente como sujeitos de direitos. Prova disso é a transformação que muitos dos animais que passam pela ONG experimentam.

É o caso da cadela Big, que chegou extremamente magra e doente e teve uma recuperação excepcional. O mesmo ocorreu com Fênix, um cavalo que chegou à ONG Patinhas de Rua muito magro e com sinais de maus tratos. Ambas as transformações podem ser claramente

verificadas nas imagens fornecidas pela ONG Patinhas de Rua e apresentadas à seguir:



Big antes

Big antes



ANTES

DEPOIS

patinhasderua/sa

Infelizmente, ainda há muitos animais em situação de vulnerabilidade, que precisam da ajuda das diversas ONGs espalhadas pelo Brasil. Contudo, em que pese o trabalho delas ser excepcional, sabe-se que não será suficiente para dizimar o sofrimento dos animais. É preciso conscientizar a sociedade para a causa animal e cobrar uma maior atuação do Estado, no sentido de punir condutas que atentem contra o bem-estar animal. Pois, conforme ensina Singer (2013, p. 27) “A dor e o sofrimento são, em si, ruins, e devem ser evitados ou minimizados, independentemente da etnia, do sexo ou da espécie do ser que sofre.”

5. CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou o trabalho da ONG Patinhas de Rua, uma organização não governamental sediada em Feira de Santana que desenvolve um trabalho de resgate e acolhimento de animais em situação e vulnerabilidade.

Ao longo do trabalho, alguns temas foram abordados de modo a apresentar conceitos essenciais para a compreensão do tema. Logo no primeiro capítulo, apresentou-se o Direito Animal como sendo um direito fundamental de quarta dimensão, demonstrando a importância da correlação entre esta e as demais dimensões.

Em seguida, analisou-se a possibilidade de responsabilização do Estado por sua omissão diante de casos de maus-tratos e abandono aos animais não humanos, concluindo pela possibilidade à luz da própria Constituição Federal, endossado pela Súmula 629 do STJ.

Por fim, foram analisados os dados e as informações fornecidas pela ONG Patinhas de Rua, que possibilitou a constatação da importância do trabalho desenvolvido, de modo a proporcionar, para os animais da localidade em que atua, condições um pouco mais dignas.

Constatou-se também que a determinação da ONG Patinhas de Rua muitas vezes esbarra nas limitações de ordem estrutural e financeira. Mas ainda assim, continuam firmes no sentido de proporcionar melhores condições de vida para os animais em situação de vulnerabilidade, bem como em chamar a atenção das pessoas para a importância da adoção responsável.

6. REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva. **Saúde e ambiente na perspectiva da saúde coletiva**. Pesquisa (ação) em saúde ambiental, Recife, v. 2, p. 3-5, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

BROOM, Donald Maurice. **Bem-estar animal**. In: Comportamento Animal. 2a ed. Nacional. Rio Grande do Norte: Editora da UFRN, 2011.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAZARIN, Karen Cristine Ceroni; Corrêa, Cristiana Leslie; ZAMBRONE, Flávio Ailton Duque Zambrone. **Redução, refinamento e substituição do uso de animais em estudos toxicológicos: uma abordagem atual**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-93322004000300004&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 27 mar. 2020.

FERNANDES, Rubens Cesar. **Privado Porém Público: O terceiro Setor na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume, Dumaré, 1994.

FODOR, Amanda Cesário. **A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20-%20-%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o-humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico%20brasileiro.pdf>> acesso em: 23 mar. 2020.

INSTITUTO PET DO BRASIL. **País tem 3,9 milhões de animais em condição de vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://institutopetbrasil.com/?s=animais+abandonados>> acesso em: 27 mar. 2020.

JUNIOR, Dirley da Cunha; **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 1: parte geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SINGER, Peter. **Libertação animal: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. Tradução: WINCKLER, Marly Winckler; CIPOLLA, Marcelo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito Animal e Pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós humanista**. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 14, p. 161-262, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.797.175/SP**. 2ª Turma. Rel. Min. Og Fernandes. Data do julgamento: 21.03.2019.

ROCHA, Claiton Rossa da; ROCHA, Cristiano Rossa da. **Responsabilidade civil do Estado por danos ambientais: possibilidades e instrumentos de efetivação**. Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 4ª ed. UFSM, 2017. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/?page_id=291> acesso em: 25 mar. 2020.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E VETOR DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Filipe Araújo de Moraes

Almair Moraes de Sá

José Ewerton Bezerra Alves Duarte

Decildo Alves de Sousa

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana se transformou em um senso comum ético mundial e aos poucos foi introduzida nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas. Tornou-se a base para a origem de sociedades construídas e ligadas aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

No que se refere ao direito positivo, a primeira referência constitucional da dignidade da pessoa humana foi encontrada, na Constituição do México de 1917, com relação ao sistema educacional do país. No entanto, foi a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, como resposta as horrendas ações nazistas, que primeiro elevou a dignidade da pessoa humana, em uma formulação principiológica. A partir da previsão constitucional na Alemanha, o princípio se espalhou pelas Constituições do mundo, sendo vislumbrado em muitos países como, Portugal, Brasil, Espanha, Croácia, Bulgária, Romênia, Letônia, Estônia, Lituâ-

nia, Rússia, Irlanda, Peru, Venezuela, Grécia, China, Colômbia, Cabo Verde, Namíbia e outros (MARTINS, 2003).

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira elencou dois conceitos fundamentais: a pessoa humana e a dignidade. São conceitos que apresentam a insusceptibilidade de o homem ser considerado como um mero objeto. É um pensamento personalista, que não eleva o homem abstrato, o indivíduo, mas sim, o ser humano como pessoa, como unidade aberta e concreta.

Nesse sentido, a dignidade humana como princípio constitucional possui as seguintes funções: a) diretriz básica das políticas públicas; b) orientação teleológica para as ações sociais e intervenções públicas na economia; c) núcleo de sentido hermenêutico para a interpretação dos demais dispositivos constitucionais; d) sede básica dos direitos humanos; e) guia para a legislação infraconstitucional, determinando o sentido da cultura jurídica legislada; f) fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana; g) palavra-chave para a criação da ordem conceptual e deontológica dos direitos constitucionais; h) princípio primeiro de todos os demais princípios da Constituição (BITTAR, 2006).

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Tanto as regras, como os princípios são dotados de igual normatividade. Assim, os princípios são normas que ordenam algo que deve ser realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (SANTOS, 1998). Já, os princípios fundamentais são considerados como espécies de princípios. Eles são princípios político-constitucionais, pois constituem “decisões políticas fundamentais” (SILVA, 2001). Ou seja, princípios constitucionais exteriorizam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte (CANOTILHO, 2003). Desta forma, os princípios fundamentais pretendem definir e caracterizar a sociedade e o Estado, especificando as principais escolhas político-constitucionais disponíveis, elencadas pelo legislador constituinte. Como princípio fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana forma uma norma jurídico-positiva com eficácia e ostenta proeminência axiológico-normativa em relação ao demais princípios e sistemas jurídicos infraconstitucionais (SEGADO, 2003).

É preciso enfatizar, que os princípios fundamentais expressos, no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, consagram os valores basilares da ordem jurídica, visto que, expressam decisões políticas fundamentais em relação à formação da estrutura do Estado e as ideias e valores estabelecidos como parâmetros. Por este motivo, não é possível que sejam suprimidos do ordenamento, pois acabaria descaracterizando-o, e levando a ruína todo o sistema constitucional.

No entanto, a mera previsão constitucional não torna o princípio respeitado e efetivado automaticamente. Tal efetivação acontece através de um amplo, flexível e aberto sistema de direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição, que buscam concretizar na prática o referente princípio.

Portanto, ao colocar o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento, ele acaba por se espalhar por todo o ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para a aplicação, interpretação e a integração de todo o sistema jurídico. Considera a pessoa humana como um fim em si mesmo, e ocorrendo uma situação, por exemplo, aonde o homem é reduzido à condição de mero objeto, acaba então por violar esse valor absoluto, e conseqüentemente, afronta não apenas o próprio indivíduo, mas o próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

O objetivo deste trabalho é analisar o caráter normativo, absoluto e imponderável da dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida e a dignidade como direitos humanos. Quanto a metodologia trabalhou-se com pesquisa bibliográfica.

O CONTEÚDO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Um problema muito frequente, no Brasil, é o uso do princípio da dignidade da pessoa humana sem profundidade nas decisões judiciais, onde geralmente não se acrescenta nada à cadeia argumentativa que fundamenta o julgamento. O princípio acaba funcionando como mero ornamento, usado na tentativa de “embelezar” a decisão.

Esse problema não existe apenas no Brasil. A crítica ao arbítrio e à ausência de critério na invocação da dignidade é praticamente universal.

Na Alemanha, fala-se em “tirania da dignidade” (FRANKENBERG, 2007). Na África do Sul, afirmou-se que a dignidade funcionaria como uma peça de *lego* jurisprudencial, para ser usada de acordo com o modo e formato desejado pelo designer judicial (SARMENTO, 2015).

A questão vai além, pois toda interpretação que seja dada a qualquer norma do sistema jurídico brasileiro, e aqui dá-se o exemplo, da liberdade de pesquisa e a bioética, deverá ser estabelecida sob o prisma do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, visto que, é fundamento do Estado Democrático de Direito e vetor de interpretação constitucional. A presença deste princípio, em uma perspectiva do biodireito, se faz muito mais presente, já que, em última análise, está se tratando, sobretudo, com a vida e a morte do homem, como pessoa. Deve-se verificar que a juridicização da bioética, não é propriamente, da bioética, em razão de sua própria essência, mas, antes, é um dos fatos respeitantes à dignidade humana, à vida e à morte dos seres humanos, incluindo as novas tecnologias e o meio ambiente também, pois vem a interferir na qualidade de vida dos homens (SOARES; PIÑEIRO, 2002).

Em julgamento, no Supremo Tribunal Federal, a fundamentação baseada na dignidade encontra-se no voto do Ministro Cezar Peluso: “[...] acho que a lei ofende também a dignidade da pessoa humana, porque, na verdade, implica, de certo modo, um estímulo às pulsões mais primitivas e irracionais do ser humano” (BRASIL, 2011).

No julgamento, do Tribunal Superior do Trabalho, a decisão foi assim fundamentada: “Em razão dos princípios constitucionais que resguardam a estabilidade econômica do contrato de trabalho (CF, art. 7º, VI) e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), faz jus à manutenção da gratificação a empregada que deixa o exercício da função de confiança, depois de 10 (dez) anos, e reverte ao cargo efetivo” (BRASIL, 2001). É o uso do “princípio com preguiça”, o princípio seria como uma fórmula mágica, que mascara a falta de fundamentação da decisão e substitui o ônus do magistrado em formular uma fundamentação mais sólida (SUNDFELD, 2014).

Esse problema afeta a autonomia pública do cidadão e a autonomia privada do indivíduo, visto que, não é incomum a invocação da dignidade humana para a imposição de limites à liberdade individual,

como por exemplo, em relação a debates sobre sexualidade, onde a dignidade pode se transformar em um meio que impõe aos indivíduos, valores morais que não pregam. Além disso, existe o problema de que se a dignidade for invocada de maneira irrestrita, o princípio acabará por se desvalorizar.

Outra questão, é a insegurança jurídica ocasionada, já que se tornou difícil para as pessoas entenderem o que será considerado contrário à dignidade da pessoa humana, visto que, o Supremo Tribunal Federal utiliza o princípio para decidir sobre os mais diversos casos, como os julgamentos sobre previdência social e da briga de galo. Ou quando, o Superior Tribunal de Justiça multiplica o uso do princípio em casos como o uso de algemas, vedação do corte de energia elétrica para serviços públicos essenciais, dívidas de alimentos, restrição ao direito de propriedade, entre outros julgamentos. Existe, ainda, a hipótese de os juízes se valerem do princípio como ferramenta para imposição das suas visões de mundo.

Sarlet (2004) ensina que no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Entretanto, apenas após o fim da Segunda Guerra Mundial é que a concepção contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana veio a consolidar-se. Assim, é necessário o estudo do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Esse conteúdo é formado da seguinte forma: autonomia individual e igual dignidade.

A autonomia individual é considerada como uma característica ética da dignidade humana, representando o próprio direito do ser humano em escolher o que lhe melhor agrada, desde que, respeitando as normas impostas pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2016). É assim, a capacidade de o indivíduo tomar decisões livres e de acordo com a sua moral e razão, ou seja, sujeito da sua própria vida.

A dignidade pressupõe a autonomia da pessoa e sua autodeterminação em relação ao poder estatal. Mostra-se como um direito que pertence ao núcleo básico e essencial a todo sujeito de direito. A força da autonomia patenteia-se sobretudo no direito ao desenvolvimento da personalidade, da liberdade: de consciência; religião e culto; de criação

cultural; de aprender e ensinar; de expressão e informação; de escolha de profissão; de caráter pessoal do sufrágio; individual de planejamento familiar (MIRANDA, 2000).

Na autonomia, existe o valor intrínseco pertencente a todo ser humano, de forma universal e igual. A personificação de todo e qualquer ser humano é fruto do Cristianismo. Com a expressão “pessoa” obteve-se a extensão moral do caráter humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus e, portanto, todos dignos (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Assim, a dignidade seria inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo (BODAN DE MORAES, 1994).

O debate acerca da dignidade da pessoa humana é intensificado com o desenvolvimento jusnaturalista, sobressaindo-se o pensamento jusfilosófico de *Immanuel Kant*, expoente clássico do desenvolvimento dessa temática sob tal focalização (ANTUNES ROCHA, 1999).

No ideal kantiano, firma-se que o valor humano não pode ser convertido em coisa ou instrumentalizado como meio para obtenção de objetivos de outras pessoas, como já foi visto anteriormente. De acordo com *Kant*, existem na sociedade duas categorias: o preço e a dignidade, o primeiro representa um valor exterior, de mercado, e manifesta interesses particulares; já a dignidade, representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas, nesse sentido, têm um preço; as pessoas, dignidade. O valor moral, por conseguinte, encontra-se indiscutivelmente acima do valor de uma mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí advém, pois, a máxima kantiana de que o homem não pode jamais ser transformado em meio para alcançar quaisquer fins (FACHIN, 2010).

Superando esta visão, não conectada a uma prática libertadora dos direitos fundamentais, erige-se, na seara da filosofia do Direito, um novo paradigma jusfilosófico que contém em si a semente de razões sólidas e consubstanciadoras fundantes do caráter concreto e autoaplicável da dignidade da pessoa humana. Trata-se, pois, do paradigma da vida concreta de cada sujeito que tem sua condição de possibilidade de existência na própria vida, vida humana (DUSSEL, 2000).

Ainda, a proibição da instrumentalização não atinge, por exemplo, sobre as atividades lícitas do cotidiano de uma sociedade. Encontra-se

como elemento ontológico da dignidade da pessoa humana e ligado à natureza do ser, a inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação são características únicas que distinguem o ser humano dos animais (BARROSO, 2016).

Do valor intrínseco se retira os direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. O valor intrínseco apresenta que cada pessoa é um fim em si mesmo, e que de acordo com a fórmula do objeto de *Günter*, o homem não pode ser coisificado independentemente do fim almejado.

Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção de homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade (SARLET, 2004).

O igual reconhecimento de dignidade (igual dignidade) é o consenso central entre todas as pessoas, que elas devem reconhecer o mesmo direito com reciprocidade. O direito à igual dignidade originou-se normativamente, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Com a Declaração, a dignidade se tornou palpável para toda a humanidade, independentemente de qualquer atributo, classe social, cor, pois o seu único requisito é a condição de ser humano (MARTÍNEZ, 2004). O valor intrínseco é considerado para todos os sujeitos de direito, não podendo haver discriminação em função da natureza e das escolhas do indivíduo. A igual dignidade remete a ideia de que o ser humano é insubstituível, e deve ter um tratamento e reconhecimento igual de direitos, proibindo que exista o arbítrio ou qualquer restrição aos direitos fundamentais sem uma justificativa legítima ou legal. Desta forma, há violação da dignidade humana quando a pessoa é humilhada ou é estigmatizada como ser pretensamente inferior (NOVAIS, 2017).

Por fim, neste sentido, *Maria Bodin*, fixa o conteúdo do escopo material da dignidade da pessoa humana em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a

ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. E somente com a promulgação da atual Constituição é que se erigiu no Brasil um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa que visa à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento da sua dignidade intrínseca (BODIN DE MORAES, 1994).

CARÁTER ABSOLUTO E IMPONDERÁVEL

Existe alguma coisa no Direito que possa ser considerado como absoluto? Há algum princípio de caráter absoluto no Direito? Nada obstante, nos últimos anos, grandes estudiosos do Direito pregam tal característica ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que é um princípio, bastante em si mesmo, prescindindo de qualquer justificativa e não admitindo qualquer limitação.

Existe uma dificuldade entre os estudiosos de identificar o significado do princípio. E a dificuldade se torna maior quando verificamos os múltiplos significados atribuídos pela doutrina nacional ao princípio: ora como valor absoluto; ora como critério interpretativo; ora como um direito fundamental em si mesmo; ora como um direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana; ora como mera referência filosófica desprovida de maior normatividade. Na verdade, muitas vezes, a doutrina adota dois ou mais destes sentidos sem, contudo, precisar qual a relação entre eles, o que pode gerar grande confusão (MARTINS, 2003).

Entretanto, é evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a ser visto como um princípio para quem e além do qual, o Estado e a sociedade não podem violar. Neste princípio se originariam o conjunto de premissas da fundamentação jurídica e toda a razão de ser do Direito. Assim, ao contrário de todos os outros princípios e direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto, livre de qualquer relativização ou limitação.

O princípio da dignidade da pessoa humana, há um bom tempo, é um elemento primordial daquilo que se costuma a referir-se como

o raciocínio dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Tanto na sua dimensão objetiva, quanto na dimensão subjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana expressa a tutela do valor pessoal intrínseco de todos os seres humanos. No Direito Constitucional, como forma de dar um “rostro” ao seu conteúdo, buscou-se na já mencionada fórmula kantiana e a fórmula do objeto,³⁹ a ideia central da dignidade da pessoa humana, vindo a proibir a degradação do ser humano em simples objeto ou meio de concretização de qualquer outro fim.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta 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 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, 2004).

Contudo, por vivermos em sociedade, o ser humano está constantemente sendo meio legítimo para a realização das intenções de outras pessoas, como também, valem-se das ações e das características de outros seres humanos para a concretização dos seus objetivos particulares. Por exemplo, a sociedade não vê mal algum, que alguém preste serviços de médico, de uma empregada doméstica, de um lixeiro ou de um policial para a prática das mais difíceis ou mais simples tarefas e necessidades. Não há como negar que tais profissionais

39 Foi perante esta impossibilidade que no pós-guerra, designadamente na Alemanha, onde os abusos extremos verificados no período anterior estimularam uma nova reflexão, ganhou corpo uma nova configuração do princípio da dignidade da pessoa humana que, sob influência doutrinária de Dürig e posterior acolhimento pelo Tribunal Constitucional alemão, viria a ser conhecida como “fórmula do objecto”. Numa clara inspiração Kantiana – no sentido do reconhecimento da independência e valor intrínseco da pessoa da pessoa como fim em si mesma, como algo que não é substituível ou sujeito a um preço – sustenta-se, agora, que a dignidade é violada quando a pessoa é degradada ao nível de uma coisa ou de um objeto do actuar estatal, na medida em que a pessoa deixe de ser considerada como sujeito autónomo e fim em si para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios. (NOVAIS, 2004, p.56-57)

se tornam, de certa maneira, meio de promoção de pretensões e de objetivos de terceiros.

Se os exemplos dados são de pretensões legítimas e não transformam nenhum daqueles profissionais em meros objetos, não se pode esquecer, que as pessoas e o Estado podem exigir, por exemplo, que um policial, ou um bombeiro, sacrifique a sua própria vida como meio de proteção da vida, dos bens e dos interesses de outras pessoas. O homem comum pode até desconhecer qualquer dos conceitos de dignidade da pessoa humana, no entanto, sabe identificar uma situação concreta de tratamento indigno para com ele próprio ou em se tratando de outra pessoa. A natureza da dignidade enquanto princípio supremo da ordem jurídica de Estado de Direito aconselha a rejeição de qualquer tipo de flexibilização da sua vinculatividade absoluta e justifica a insistência na tese da insusceptibilidade da sua sujeição a ponderação com outros bens nas circunstâncias de um caso concreto (NOVAES, 2017).

Assim, deve-se haver a preocupação de quando há uma violação ao princípio e do seu conteúdo,⁴⁰ pois é impossível de querer mantê-lo como absoluto quando o mesmo possui um conteúdo muito vasto. O princípio como valor absoluto, não significa que basta dizer que temos a dignidade como fundamentação e afirmar que em qualquer situação ela foi violada, é necessário saber se houve ou não a violação, e são as circunstâncias do caso concreto que serão ponderadas e não o princípio. Essa mesma natureza absoluta exige, sob pena de aplicação distorcida ou até errônea do princípio jurídico, o apuramento da eventual violação da dignidade da pessoa humana com pleno atendimento e valoração das circunstâncias do caso, incluindo a necessidade de proceder a juízos de ponderação (NOVAIS, 2017).

O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE

A vida pode ser analisada sob dois primas. O primeiro com uma visão mais global, que não se limita a uma existência biológica ou so-

40 A essência do princípio em questão é difícil de ser capturada em palavras. Esta fluidez, porém, não diminui a importância do princípio, mas, antes, enriquece-o, possibilitando a sua incidência sobre uma infinidade de situações que dificilmente poderiam ser previstas de antemão pelo constituinte. (GOUVEIA, 2005, p.785)

mática, aonde mostra a importância da boa qualidade de vida e seus desdobramentos. O segundo, é visto com um olhar reducionista de uma mera existência humana. Para os reducionistas, o direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal, a existência biológica e física, que é o pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais.

A proteção refere-se, aqui, à vida individual, não apenas à vida humana em geral. Fenômenos vinculados à consciência ou a um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos; profibem-se, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, do ponto de vista do desenvolvimento da Medicina, de ordem política, racial ou quaisquer outras, da vida que merece proteção. A vida é compreendida, então, num sentido exclusivamente biológico ou fisiológico (KLOEPFER, 2005). O presente trabalho irá seguir a primeira corrente de pensamento.

É clássica a ideia de que a vida é sagrada. A influência religiosa desta assertiva é incontestável, pois apenas quem deu a vida (O CRIADOR) é que pode tirá-la. Logo, a vida não seria apenas um direito, mas também possuindo um aspecto de dever.

Todavia, após um processo de secularização do mundo moderno, muitas dessas ideias iniciais começaram a ser questionadas. O direito à vida, outrora um tema absoluto e inatingível, passou a ser posto em evidência. Nesta linha de pensamento, existem os que defendem a despenalização da prática de aborto; a possibilidade de implementação da pena de morte; e a possibilidade da não punição pela realização da eutanásia.

Destaca-se que a defesa da vida é algo extremamente importante para a maioria dos ordenamentos jurídicos; que ela (a vida) é considerada, na generalidade dos países, como sendo detentora de caráter de inviolabilidade. Por exemplo, o artigo 24, n.1, da Constituição da República de Portugal, determina que a vida humana é inviolável.

O direito à vida mesmo tendo a sua enorme importância, em virtude da influência do cristianismo, bem como em decorrência da maneira como a sociedade ocidental olha para a morte, não é um direito. Confirmando o que se alega, é importante citar que o próprio texto da Constituição Federal de 1988 prevê, de forma excepcional, a pena de

morte (artigo 5º, inciso XLVII). Conjugando o já citado artigo com o artigo 84, XIX da mesma Lei Maior e com os artigos 355º e seguintes do Código Penal Militar, têm-se que os principais casos em que se permite a pena de morte são os seguintes: os casos de traição; de favorecimento do inimigo; de tentativa contra a soberania nacional; de coação a comandantes; informação ou auxílio ao inimigo; aliciação militar; ato prejudicial à eficiência das tropas; covardia qualificada; fuga em presença do inimigo; espionagem contra a nação brasileira; motim, revolta ou conspiração; incitamento em presença do inimigo; rendição ou capitulação; danos em bens de interesse militar do Brasil; crime de perigo comum; recusa de obediência em operação; violência contra superior ou militar em serviço; abandono do posto; deserção em presença do inimigo; libertação de prisioneiro; evasão e amotinamento de prisioneiros; homicídio qualificado e genocídio.

No campo infraconstitucional também se permite, de forma excepcional, a interrupção da vida, como é o caso da legítima defesa, e do artigo 128 do Código Penal brasileiro que possibilita o aborto terapêutico (quando inexistir outro meio de salvar a vida da gestante) e o sentimental (quando o estado gravídico resultar de comprovado estupro).

O direito à vida também entra em debate no cenário internacional, como é o exemplo dos Estados Unidos, que depois dos eventos do chamado “11 de Setembro”, através do seu então presidente, *George W. Bush*, sem qualquer questionamento por parte do público e da imprensa, autorizou às forças armadas a abaterem, aviões de passageiros que estavam sob a ameaça de sequestro por terroristas, que estariam colocando em risco a vida dos habitantes de determinadas cidades. Além disso, delegou a dois generais o poder para autorizar o abate de aviões civis comerciais considerados perigosos para a população (BUSH..., 2001).

Já na Alemanha, o Tribunal Constitucional vedou o poder das forças armadas alemãs, de atirarem contra aviões, quando esse poder fosse usado contra um avião sequestrado por terroristas, visto que, no entendimento da Corte, essa faculdade estatal violaria a dignidade da pessoa humana,⁴¹ e desta forma, declarou inconstitucional o parágrafo 14 da

41 O fundamento real da decisão de inconstitucionalidade reside no facto de o Tribunal Constitucional alemão ter considerado que, através da habilitação para abater o avião

Lei de Segurança da Aviação, que permite que as forças armadas, sob certas condições, atirem contra aviões sequestrados por terroristas.⁴²

Mas, em termos práticos, da decisão do Tribunal Constitucional resultaram também consequências negativas e eventualmente graves, na medida em que os grupos terroristas ficaram a saber que há, pelo menos, um país no mundo em que uma aeronave prestes a ser utilizada como arma de terror não será abatida, o que, de forma algo absurda, vem garantir uma proteção de nível constitucional ao desenvolvimento prático de um ato terrorista daquele gênero (NOVAIS, 2017).

O problema também não está distante da realidade brasileira, quando verifica-se que o artigo 303º, parágrafo 2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, tem suscitado acerbas críticas ao permitir, em condições muito similares àquelas verificadas no caso alemão, o abate de aeronaves classificadas como hostis à segurança da população: “Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do presidente da República ou autoridade por ele delegada.”

Em relação ao início da vida, podem ser citadas cinco respostas básicas da ciência, a saber: a visão genética (que teoriza que a vida humana começa na fertilização, opinião que hoje é acatada pela Igreja Católica); a visão embriológica (segundo a qual a vida humana tem início na terceira semana de gestação); a visão neurológica (a vida só teria início com a atividade elétrica do cérebro, sendo certo que não há consenso temporal, eis que alguns estudiosos já afirmam existir tais sinais na 8ª semana de gestação, enquanto que outros só o encontram na 20ª semana. A razão central desta teoria decorre do fato da necessidade de uniformização de critérios com relação ao momento terminal da vida, cuja corrente majoritária afirma ser a morte cerebral); a visão ecológica (que leva em consideração a capacidade de vida fora do útero, algo que ficaria entre a 20ª e a 24ª semana, sendo indubitoso que este

nestas circunstâncias, se sacrificavam vidas inocentes e, por esse facto, se violava a dignidade da pessoa humana. (NOVAIS, 2017, p.244)

42 BVerfG 1 BvR 357/05, de 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2006/02/rs20060215_1bvr035705en.html>. Acesso em: 16 jul. 2019.

foi o critério seguido pela Corte Constitucional norte-americana, no julgamento permissivo do aborto naquele país) e a visão metabólica (segundo a qual a questão do início da vida humana é irrelevante). No que tange ao término da vida, a maioria dos estudiosos advoga a tese de que a existência de atividade cerebral é que determina a presença de qualquer sopro de vida nos seres humanos (GONÇALVES, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana pode ser refletida como 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 asseguram à pessoa 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, 2004).

Considera-se que existirá violação da dignidade da pessoa humana quando a pessoa é desrespeitada na sua humanidade, quando não lhe é reconhecida a sua natureza de sujeito e quando é colocada ou é abandonada numa situação, ou num estado em que não dispõe de condições mínimas para desenvolver as suas capacidades de realização humana.

A dignidade não pode ser um valor ponderável, já que pode acontecer uma situação onde ocorra uma colisão de dignidades, então a ponderação seria utilizada para respeitar as duas dignidades e não para violar uma em prol da outra. O dever de respeitar a dignidade é incondicionado, imponderável. E o direito de proteger está como condicionado. Com isto, a dignidade deve ficar fora da balança, pois ela não pode ser ponderada com outros princípios.

Cabe ainda apontar, com base nas reflexões apresentadas, que não se pode confundir o direito à vida com a dignidade da pessoa humana, os dois termos não podem ter o mesmo significado, visto que, nem toda violência contra a vida humana também seria uma violência para com o princípio da dignidade da pessoa humana. São diferentes a vio-

lação do direito à vida ou a violação da dignidade da pessoa humana, no sentido de que se pode ter uma sem ter a outra.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, C. L. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão social. **Revista Interesse Público**. n. 4. Out.-dez. 1999, São Paulo, Notadez, 1999, p. 4.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 4. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITTAR, E. C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, E. C. B.; FERAZ, A. C. C.(Org.) **Direitos Humanos fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: EDIFIEO, 2006.

BODIN DE MORAES. M. C. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, V. **A nova Família**. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 392441-61.1997.5.06.5555**, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, julg. 07.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1856**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 26.05.2011.

BUSH autoriza gerais a abaterem aviões civis considerados perigosos. 27 set. 2001. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2001/09/27/mundo/noticia/bush-autoriza-gerais-a-abateram-avioes-civis-considerados-perigosos-42086>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUSSEL, E. **Ética da libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. Petrópolis, Vozes, 2000.

FACHIN, L. E. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. In: ALMEIDA FILHO, A.; MELGARÉ, P. (Org.) **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo, Editora: Malheiros, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANKENBERG, G. Tirania da dignidade?: paradoxos e paródias de um valor supremo. In: FRANKENBERG, G. A gramática da constituição e do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 307-320.

GONÇALVES, R. M. V. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida. In: ALMEIDA FILHO, A.; MELGARÉ, P. (Org.) **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo, Editora: Malheiro, 2010.

GOUVEIA, J. B. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II. Coimbra: Almedina, 2005.

KLOEPFER, M.. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, I. W. (Org.) **Dimensões da dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005.

MARTÍNEZ, G. P. B. **Lecciones de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. 4. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. 2 v.: Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

SANTOS, F. F. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa**

humana: Uma análise do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, D. **Desafios da dignidade humana**. 03 marc. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constituicao-e-sociedade-desafios-da-dignidade-humana-03032015>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SEGADO, F. F. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. Jus – **Rivista di Scienze Giuridiche**, n. 2. Ano L, Milano, Pubblicazioni dell'Università Cattolica, 2003, p. 201-233.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, A. M. M.; PIÑEIRO, W. E. **Bioética e Biodireito** – Uma Introdução. São Paulo, Edições Loyola, 2002.

SUNDFELD, C. A. Princípio é preguiça?. In: SUNDFELD, C. A. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-229.

ANÁLISE DAS DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS ESTABELECIDAS NO DECRETO Nº 9.571 DE 2018, AVANÇO OU RETROCESSO?

Emanuelle Clayre Silva Banhos

Otávio Augusto Mantovani Silva

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos vão além da defesa física do indivíduo, de modo que se estendem a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer circunstância. São, portanto, direitos protegidos internacionalmente, contra as violações que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição (MAZZUOLI, 2018, p. 30).

Ocorre que, em que pese a proteção dos direitos humanos versar, tradicionalmente, tão somente acerca da relação entre Estado e pessoas, com o passar do tempo as relações humanas foram se tornando mais complexas, passando-se a necessidade tratar da proteção das relações oriundas de empresas e grupos vulneráveis, promovendo-se interesses socialmente legitimados, principalmente, relacionados a consumidores, saúde, meio ambiente, educação, trabalho e práticas anticorrupção.

À vista disso, no século XXI, a responsabilidade das empresas em proteger os direitos humanos ganhou centralidade tanto na esfera local como internacional e, justamente por isso, faz-se necessária a compreensão deste importante tema na agenda atual dos direitos humanos. Isso porque, as empresas, ante ao seu relevante papel social, são importantes atores para a afirmação, promoção e proteção dos direitos humanos e, atualmente, entende-se que o papel dessas companhias não é limitado à geração de lucro, devendo atenção ao social, aos direitos humanos e a sustentabilidade ambiental.

Ante o caráter de destaque desses atores no cenário atual, a Organização das Nações Unidas (ONU), estabeleceu um conjunto de princípios atinentes a empresas e direitos humanos, os quais são estruturados em três pilares: proteger, respeitar e remediar. E, do mesmo modo, ao redor do mundo, relevantes instrumentos normativos foram editados acerca desta temática, ao passo que no Brasil não foi diferente, eis que, em 2018, para adequar-se aos supramencionados princípios da ONU, foi publicado o Decreto nº 9.571, que dispõe acerca das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

Nesta seara, vale destacar que no Brasil a sociedade ainda está longe de compreender não apenas da relevância dos direitos humanos, mas, também, da importância das companhias como agente que respeita, promove e garante esses direitos (CAMARGOS; COLLESI, 2019, p. 142). Diante disso, haja vista que, embora recente, o Decreto nº 9.571/2018 é um instrumento ainda pouco divulgado e ignorado por muitos, com a finalidade de contribuir para a compreensão deste tema de grande relevância para atual agenda dos direitos humanos, este artigo tem por escopo realizar uma breve análise dessa norma.

Para tanto, considerando-se que o decreto sofreu duras críticas no momento de sua publicação, pretende-se, a partir da opinião de diversos especialistas, analisar seus prós e os contras com a finalidade de auferir se constituiu um avanço ou retrocesso no direito brasileiro, no que toca a relação entre empresas e direitos humanos.

Primeiramente, far-se-á uma breve análise acerca da origem histórica dos direitos humanos para, posteriormente, passar-se ao estudo do papel de relevância das empresas na proteção dos direitos humanos.

E, por conseguinte, após a análise dos princípios orientadores da ONU, bem como das ações do Brasil frente as empresas e os direitos humanos, analisar-se-á o Decreto nº 9.571/2018, assim como as opiniões favoráveis e contrárias ao seu texto.

1 SÍNTESE HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, mais que valores intrínsecos à pessoa humana, são resultado de uma longa evolução social, de uma busca por direitos. A ideia de igualdade entre os homens remonta aos primórdios da civilização, entretanto, milhares de anos se passaram até que os Direitos Humanos fossem englobados em um único documento, como bem ensina Comparato (2003, p 12):

Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Com a chegada do século XVIII e o avanço do ideário humanístico-iluminista, contrário ao *status quo* absolutista dos séculos anteriores, têm-se as grandes Revoluções Liberais, especialmente, a Americana e a Francesa. Neste passo, tornou-se público nas décadas de 80 e 90 daquele mesmo século, acompanhando a ascensão da burguesia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciada e intimamente relacionada com o ideário revolucionário, consagrando como lema a “liberdade, igualdade e fraternidade”.

Ato seguinte, já no século XX, a fase do socialismo e do constitucionalismo social é marcada pela introdução dos direitos sociais, que tinham por objetivo assegurar condições materiais mínimas de existência. Essa introdução dos direitos sociais se deu em várias Constituições, tendo sido pioneiras a Constituição Mexicana (1917), a Constituição Alemã de Weimar (1919) e, no Brasil, a Constituição de 1934 (RAMOS, 2018, p. 49).

Inobstante, em 1945, formou-se a Organização das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial, tendo como principal objetivo a promoção e encorajamento ao respeito dos direitos humanos para todos, e em todas suas dimensões conforme estipulado em documento internacionalmente reconhecido como “Carta das Nações Unidas”.

Enfim, em 1948, na ONU foi consolidada a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” que, segundo Barroso (2018, p. 168), “materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos”, enquanto que, no âmbito interno de diversas nações, passou-se a reconhecer a importância da dignidade da pessoa humana, bem como, dos direitos fundamentais que passaram a ser objeto de proteção das cortes constitucionais.

2 O PAPEL DAS EMPRESAS NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

A partir do século XX ocorreu um estreitamento entre questões sociais e as empresas. Isso porque, as correntes violações aos direitos humanos na seara empresarial, especialmente pelas transnacionais, ensejou a necessidade de mecanismos para punição, proteção e responsabilização pela prática de atividades nocivas à dignidade da pessoa humana (NALIN; PIMENTEL, 2019).

Diante disso, percebeu-se que a atividade empresarial deveria ser voltada à promoção dos interesses de toda sociedade, e consequente garantia de direitos da pessoa humana. Isso, trouxe a necessidade de promoção dos direitos humanos, através da atuação empresarial com observância a princípios éticos e da assunção de deveres outrora vistos apenas como deveres dos Estados, concorde Martins (2007, p. 547-565):

Como se bem sabe, o papel das empresas mudou diametralmente. Se, em um primeiro momento, o propósito único e principal da atividade empresarial era a geração de lucros, hoje, é possível dizer que as empresas buscam muito mais do que isso – assumindo responsabilidades e obrigações que sempre foram vistas como deveres dos Estados, como a proteção e a promoção dos direitos humanos.

De fato, é possível verificar que muitas iniciativas de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) são realizadas seletivamente, tendo por base aquilo que as empresas voluntariamente optam para dar enfoque no que diz respeito à política interna de proteção. Entretanto, uma abordagem de direitos humanos requer, por sua vez, que as empresas respeitem todos e integralmente os direitos humanos fornecendo uma abordagem universalmente reconhecida, com os impactos sociais e ambientais das empresas centrados nas pessoas.

A abordagem dos direitos humanos por parte das empresas, permite-nos compreender que todas elas, antes pensadas (por influência do pensamento liberal) apenas como instituições destinadas à busca máxima de lucros e soluções de problemas privados, também devem voltar suas atenções para questões além da esfera econômica, considerando ativamente o contexto social em que elas influenciam direta e indiretamente.

Cumprir considerar ainda o enorme poderio econômico que as empresas detêm na ordem contemporânea, como justificativa mais que plausível para se atentar à necessidade de tutela/defesa dos direitos humanos por parte destas. A esse respeito, Camargos e Collesi asseveram (2019, p. 135):

Pelos estudos anteriores, fica evidente a força que essas empresas possuem nas decisões políticas, impactos legislativos e no cotidiano das pessoas. Portanto, não seria eficaz excluir as empresas, principalmente as transnacionais, quando se trata de direitos humanos, pela força que representam, sendo muitas vezes as grandes violadoras desses direitos, como também os grandes agentes transformadores da sociedade atual.

Essas mesmas empresas podem de alguma maneira afetar toda a gama de questões relativas aos direitos humanos de maneira positiva (com políticas ambientais sustentáveis, respeitando direitos das minorias, favorecendo melhores condições de trabalho e inovação a seus colaboradores) ou negativa (podendo-se citar, como exemplo, a discriminação, assédio sexual, saúde segurança, liberdade sindical, estupro, tortura, privacidade, entre outros).

Destaca-se que, isso ocorre porque, o mundo globalizado atual permite que empresários e grandes corporações detenham poder de negociação política e social, como bem explica Ulrich Beck:

Por que a globalização significa politização? Porque, a globalização posta em cena permite aos empresários e seus associados reconquistar e voltar a dispor do poder negociador político e socialmente domesticado do capitalismo democraticamente organizado. (BECK, 2008, p. 16, tradução livre dos autores⁴³)

Até este ponto, é possível tomar uma primeira conclusão: preocupada com a garantia de direitos por parte dos vários agentes sociais existentes, a sociedade civil demandou o investimento e a constante fiscalização (interna e externa) no ambiente empresarial, de modo que a violação a qualquer dos direitos impactará em elevados custos para estas instituições, desde o ponto de vista econômico-penal, e também sob o importante prisma da identidade e reputação empresarial.

Por conseguinte, diversas ações tem sido promovidas visando a proteção dos Direitos Humanos, ao passo que, no plano internacional, no que diz respeito à defesa desses direitos no plano empresarial, a ONU consagrou em 2011 os Princípios Orientadores ou Princípios-Guias para direcionar as boas práticas e forma como as empresas deveriam atuar.

3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DOS DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

O principal foco do debate acerca da atuação empresarial na garantia de direitos humanos na ONU sempre colocou em oposição dois grandes polos: os países em desenvolvimento e aqueles desenvolvidos. Os países em desenvolvimento assumem geralmente uma posição de certa recalcitrância em relação ao chamado discurso de promoção dos

43 ¿Por qué la globalización significa politización? Porque la puesta en escena de la globalización permite a los empresarios, y sus asociados, reconquistar y volver a disponer del poder negociador política y socialmente domesticado del capitalismo democráticamente organizado. (BECK, 2008, p. 16)

direitos humanos, considerando que muitas vezes há um extremo uso político desse por parte das nações desenvolvidas (BENEDETTI, 2018, p. 19).

Mas, neste pleito pelo reconhecimento da responsabilidade das empresas por violação de direitos humanos as nações em desenvolvimento que assumem o protagonismo, tendo em vista que a maioria das corporações transnacionais, muitas vezes com maior força econômica que os próprios Estados, são oriundas das potências econômicas (BENEDETTI, 2018, p. 19-20).

Aqui é fundamental compreender que a discussão no plano internacional acerca destes princípios-guias, transcendem a mera questão empresarial, sendo afetos também a questões geopolíticas com interesses e pontos mais sensíveis.

A primeira tentativa histórica de regulamentar tal questão nas Nações Unidas se deu em 1973 no contexto em que a grande maioria das antigas colônias Europeias, começaram a se valer de fóruns multilaterais para buscar o desenvolvimento e a reversão ao enorme desequilíbrio econômico até então existente entre os países.

No final dos anos 70, nos fóruns da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), mais uma vez, tentou-se estabelecer parâmetros objetivos, até que em 1976 os membros da OCDE assinaram aquele que seria o documento embrionário do atual, chamado de “Diretrizes para Empresas Multinacionais”, tratando de questões relacionadas à direitos trabalhistas, tributários, segurança laboral, meio ambiente, saúde entre outros. Igualmente, em 1977 a OIT promoveu a “Declaração Tripartite de Princípios Relativos a Empresas Multinacionais e Política Social”, objetivando tratar de alguns direitos humanos fundamentais.

No âmbito da ONU desde a década de 90, tem-se buscado diversas iniciativas no sentido de se estimular as discussões sobre efetivas violações de Direitos Humanos por entes não-estatais. Neste diapasão, no ano de 1999, o então Secretário-Geral Kofi Annan promoveu o primeiro fórum de diálogo entre empresários, governos, organizações não-governamentais e agências internacionais, chamado de Pacto Global, tendo como principal objetivo buscar a conformação da atividade

empresarial a princípios relativos à proteção de direitos humanos e seus derivados (como direito ao trabalho, meio ambiente e combate à corrupção).

Após este marco, no ano de 2003, a Subcomissão da ONU para a Promoção e Proteção de Direitos Humanos, foi criada, tendo objetivo o desenvolvimento de “Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Empreendimentos Comerciais em Relação aos Direitos Humanos”, no qual se reconheceu expressamente a eficácia horizontal dos direitos humanos declarando que as corporações, “nos limites de suas esferas de atividade e influência”, também possuem o dever de “promover, atender, respeitar e fazer respeitar” os direitos humanos instituídos no plano Internacional e Nacional afirmando ainda que a atividade delas deveria estar sujeita à vigilância da ONU e de outros organismos nacionais e internacionais “existentes ou ainda a serem criados” para esse fim, tendo ainda o dever de cumprir suas obrigações e a reparando eventuais violações (ZANITELLI, 2011, p. 39).

Em 2006, tal assunto voltou a ser debatido quando o então Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos (sigla original, RESG), que fora nomeado em 2005, reconheceu a necessidade em se estabelecer um conjunto de parâmetros internacionais gerais que fossem exequíveis, capazes de definir claramente as responsabilidades sobre os direitos humanos em face das empresas, gerando por consequência, em 2008, ao Relatório “Proteger, Respeitar e Remediar: Um Marco sobre Empresas e Direitos Humanos”, aprovado, unanimemente, na sessão de junho de 2008 do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Este documento pontuou um marco conceitual básico composto por três partes principais: (i) os Estados devem proteger direitos humanos de violações cometidas por terceiros, como as empresas, por meio de políticas, normas, bem como ações judiciais adequados; (ii) as empresas possuem responsabilidade e devem respeitar todas as normas de direitos humanos, controlando riscos de causar danos a estes, buscando ainda, em última instância, evitar tais danos; e (iii) as vítimas de violações aos direitos devem ter mais amplo acesso a remédios efetivos, incluindo mecanismos não-judiciais de denúncia (ONU, 2008).

Finalmente, no ano de 2011, o mesmo RESG apresentou a todos o relatório contendo os “princípios-guias” que seriam instrumentos de implantação do marco regulatório construído, com-preendendo em seu texto recomendações aos Estados e corporações para o respeito a todos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente, tendo sido este relatório acolhido na Resolução 17/4 da Assembleia Geral da ONU, por intermédio do Conselho de Direitos Humanos.

Foram então atribuídos aos Estados os deveres de prevenção, investigação, punição e reparação de atentados a Direitos Humanos que ocorreram em seu ter-ritório ou sob a sua jurisdição, recomendando-se a adoção de medidas com o objetivo de prevenir o cometimento de eventuais violações além de seus limites territoriais por corporações com suas sedes no país. Os princípios orientadores ainda atribuíram aos Estados a responsabilidade por proporcionar, pelas vias legislativa, judicial ou administrativa, as reparações das vítimas de violações, devendo-se implementar modos de que facilitem o acesso a meios não estatais de reparação.

Ressalta-se que, concorde o relatório *The UN Global Compact the Principles and the Sustainable Development Goals: Connecting Crucially*, das Nações Unidas publicado em 2016, os princípios são considerados um dos acontecimentos mais importantes no que diz respeito a empresas e direitos humanos:

Um dos acontecimentos socioeconômicos mais marcantes das últimas décadas tem sido o surgimento de princípios fundamentais no que diz respeito à governança, gestão e funcionamento das organizações empresariais e outras entidades que operam no setor privado. (UN GLOBAL COMPACT, 2016, p.1, tradução livre⁴⁴)

Para as companhias, tais princípios estabeleceram o dever macro de se evitar infrações aos Direitos Humanos, ocorridas por suas atividades

44 “One of the most striking socio-economic developments in recente decdades has been the emerge of core principles with respect to the governance, managent and operations of business organizations, and entities operating in the private sector” (UN GLOBAL COMPACT, 2016, p.1).

ou de maneira direta por suas relações comerciais. Preconiza, por fim, que as empresas desenvolvam ou colaborem através de meios de reparação não estatais com a finalidade de atender o rapidamente a abusos ligados à atividade empre-sarial (LESSA; REIS, 2015, p. 89-113).

4 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS AÇÕES DO BRASIL FRENTE AS EMPRESAS E OS DIREITOS HUMANOS

O Brasil elaborou o primeiro programa para cumprimento das orientações da ONU, provenientes especificamente da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, no ano de 1993, que, segundo Camargos e Collesi (2019, p. 138), deu origem a 1ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, que resultou a publicação do Decreto Presidencial nº 1.904/1996, que possuía como escopo os direitos civis e políticos. Este Decreto, entretanto, não dispunha de nenhum prospecto de implementação específico, bem como, possuía termos genéricos, utilizando-se de verbos como apoiar, incentivar e estimular.

Em ato contínuo, o Decreto Presidencial nº 4.229/2002, aprovou o segundo programa que teve como escopo os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo, na prática, pouco implementado (CAMARGOS; COLLESI, 2019, p. 139).

Anos depois, a 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos originou o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), que foi instituído pelo Decreto nº 7.037/2009, e, posteriormente, atualizado pelo Decreto nº 7.177/2010, que dispôs sobre temas de direitos humanos e responsabilidades empresariais.

Com a finalidade de estimular a implementação dos princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos a Organização das Nações Unidas, por intermédio do “Grupo de Trabalho sobre a questão dos direitos humanos e empresas transnacionais e outras empresas”, publicou em 2012 o primeiro relatório anual ao Conselho de Direitos Humanos, aconselhando os Estados a elaborarem Planos Nacionais de Ação, uma vez que, poucos países haviam instituído seus planos, visando a posterior efetivação dos referidos princípios em seus ordenamentos.

Desta feita, com o intento de se adequar aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU e as recomendações feitas pelo seu Grupo de Trabalho, o governo brasileiro publicou o Decreto nº 9.571, em novembro de 2018, estabelecendo as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, para médias e grandes empresas, inclusive as empresas transnacionais com atividades no País (CAMARGOS; COLLESI, 2019, p. 139).

5 AS DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS DO DECRETO Nº 9.571 DE 2018

Como visto, com o intuito de regular-se aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU e as recomendações feitas pelo seu Grupo de Trabalho, o Decreto nº 9.571 foi promulgado em novembro de 2018, para estabelecer as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, para médias e grandes empresas, inclusive as empresas transnacionais com atividades no Brasil, sendo publicado em meio a críticas e elogios.

Neste passo, o artigo 2º do Decreto estabelece quatro eixos orientadores da norma, quais sejam: (a) a obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais; (b) a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos; (c) o acesso aos mecanismos de reparação e remediação para os que tenham seus direitos afetados; e (d) a implementação, o monitoramento e a avaliação das Diretrizes.

Consoante o estabelecido no parágrafo 2º do artigo 1º da norma em questão, a adesão às diretrizes expostas na norma é voluntária, de modo que, como estímulo as empresas que procederem a sua implementação, estas poderão ser contempladas com o selo “Empresa e Direitos Humanos”.

Concernente a responsabilização do Estado com a tutela dos direitos humanos em atividades empresariais, no artigo 3º estabeleceu-se algumas diretrizes de caráter obrigatório a serem seguidas, tais como a capacitação de servidores sobre direitos humanos e empresas; a implementação de políticas, normas e incentivos à conduta

das empresas quanto aos direitos humanos; o desenvolvimento de políticas públicas e alterações no ordenamento jurídico; o estímulo à adoção, por grandes companhias, de procedimentos adequados de dever de diligência (*due diligence*) em direitos humanos; a integração dos direitos humanos ao investimento social, aos projetos de desenvolvimento sustentável para as comunidades impactadas e às políticas de patrocínio, entre outros.

Logo, no tocante à responsabilidade das organizações empresariais, resta claro no art. 4º do Decreto que caberá o respeito aos direitos humanos tutelados por tratados de que o Estado seja signatário, bem como, aos direitos e garantias fundamentais positivados a Constituição. Neste passo, ainda, caberá às companhias o monitoramento do respeito aos direitos humanos, em toda a rede produtiva relacionada a companhia, a implementação de mecanismos de educação e conscientização, assim como, a elaboração de um código de conduta acessível, contendo os engajamentos e políticas de efetivação desses direitos no âmbito empresarial.

Inobstante, o dispositivo em comento é claro no sentido de que é responsabilidade das companhias não violar os direitos de seus empregados, clientes e das comunidades, devendo estabelecer controle de riscos e afastar os impactos negativos em direitos humanos que suas ações possam gerar, através de condutas pautadas na prevenção e precaução à violação destes direitos.

Atinente aos meios de reparação e remediação destaca-se o dever do Estado de manter instrumentos de denúncia, reparação judicial e não judicial, realizando-se levantamentos, através do Poder Judiciário, quanto as matérias e questões de maior reincidência em direitos humanos (CAMARGOS; COLESSI, p. 140, 2019).

Enfim, o Capítulo V do Decreto aborda a implementação, o monitoramento e a avaliação das diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, do qual se destaca o dever do Ministério dos Direitos Humanos de instituir Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos com a finalidade de concretizar, monitorar e avaliar a execução e o cumprimento do quanto estabelecido na norma.

5.1 Argumentos favoráveis ao decreto nº 9.571 de 2018

No que tange aos argumentos favoráveis ao Decreto nº 9.571/2018, o Secretário Nacional de Cidadania, Herbert de Barros, afirmou que tal norma foi instituída com atenção aos Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, assim como às recomendações feitas pelo Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, aduzindo ainda que, um dos pontos positivos deste decreto é o fato de que todas as diretrizes nacionais sobre o tema estarem dispostas em apenas um instrumento normativo (PENHA, 2018).

Logo, quanto a concessão do selo “Empresa e Direitos Humanos”, em que pese ter sido objeto de críticas, esta disposição foi elogiada por parte dos especialistas da área, uma vez que, entende-se que a sua entrega tem condão de estimular as empresas à adesão das diretrizes e, conseqüentemente, às práticas positivadas na norma.

Dentre outros pontos positivos, verifica-se que são positivados interessantes instrumentos, como a necessidade de garantir a reparação integral dos danos às vítimas que tiverem seus direitos violados pelas empresas, positivado no artigo 14, o que coaduna perfeitamente com o disposto no artigo 944 do Código Civil que consagrou o princípio da reparação integral do dano.

Também, pode-se destacar a necessidade de atuação em conformidade com os princípios da prevenção e da precaução, na medida em que estabeleceu-se que as empresas devem realizar, periodicamente, procedimentos efetivos em matéria de direitos humanos, com a finalidade de identificar, prevenir, mitigar e prestar contas do risco da sua atividade empresarial.

Ademais, ressalta-se o estímulo a adoção de códigos de conduta e processos de auditoria, aperfeiçoando-se instrumentos de transparência e participação, o que se alinha ao disposto no Decreto nº 8.420/2015, que em seu artigo 41 trata do programa de integridade, como medida de transparência e combate à corrupção empresarial.

Quanto ao eixo orientador da atividade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais, a este foram estabelecidas obrigações que devem ser efetivadas, ou seja, não há caráter

facultativo, o que foi considerado progresso, ante o dever que o Estado terá de cumprir as medidas contidas no instrumento normativo para proteção dos Direitos Humanos (PENHA, 2018).

Há outros dispositivos considerados avanços nas diretrizes, tais como a inclusão das cadeias de fornecimento como possíveis focos de violações sob responsabilidade das empresas, o que estimula as empresas a contratarem apenas parceiros que respeitem os direitos humanos.

Finalmente, verifica-se que o decreto trata-se, de fato, de um instrumento que incorpora diversas inovações jurídicas no que diz respeito a atuação das empresas com atenção aos direitos humanos, que podem ser consideradas um avanço para o sistema normativo brasileiro.

5.2 Argumentos contrários ao decreto nº 9.571 de 2018

No tocante as críticas ao texto da norma em comento, estas ocorreram, especialmente, em razão da forma súbita com que foi publicado e sem diálogo junto a entidades da sociedade civil interessadas na temática, conforme exposto pela Organização não Governamental Conectas Direitos Humanos (2018):

A adoção das Diretrizes tomou de surpresa organizações da sociedade civil que acompanham a temática. Não foi disponibilizada versão preliminar do texto do decreto, nem aberto prazo para que a sociedade civil apresentasse contribuições ao seu conteúdo, reduzindo a possibilidade de pessoas e comunidades afetadas ou potencialmente atingidas pela ação de empresas participarem do processo de construção dos parâmetros.

Do mesmo modo, a este respeito, a Oxfam Brasil ([2019?], p. 25) afirma:

Um tema de tamanha relevância e complexidade, ainda mais por envolver atores tão distintos - como vítimas, comunidades atingidas, empresas, autoridades governamentais, sociedade civil organizada dentre outros grupos, requer uma construção

com ampla participação social e diversas consultas públicas. Infelizmente, este não foi o caso.

Em que pese tais críticas, de fato, o ponto de maior discussão em relação a este Decreto é o caráter voluntário da implementação, disposto no parágrafo 2º do art. 1º, sendo considerado por vários especialistas um retrocesso social.

Neste caminho, vale lembrar que, em sede de direitos humanos fundamentais, prevalece o princípio da vedação do retrocesso ou efeito *cliquet*, considerando que não é possível a implementação de normas que afastem ou minorem esses direitos, conforme explica Canotilho (2003, p. 338-339):

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. [...] A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do núcleo *essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Flávia Scabin, professora da Fundação Getúlio Vargas (FGV), no que respeita ao caráter facultativo das diretrizes, aduz que é “retrocesso político, jurídico, social, além de econômico”, afirmando ainda que “já temos direitos humanos. O que precisamos é esclarecer o que as empresas devem fazer e cobrar delas cada vez mais. Não podemos dizer que esses direitos não valem, que são voluntários” (PENHA, 2018).

Do mesmo modo, para Jefferson Nascimento, assessor do programa de Desenvolvimento e Direitos Socioambientais da Conectas Direitos Humanos, o decreto mitiga a responsabilidade das empresas no que diz respeito a obrigatoriedade de respeito aos direitos humanos, passando a impressão de que as empresas não têm obrigação de cum-

prir as normas inerentes a estes direitos, ante o caráter facultativo da norma (CONNECTAS, 2018):

O decreto estabelece que as responsabilidades das empresas previstas nas Diretrizes são de implementação voluntária, mitigando as obrigações de respeito a direitos humanos pelas empresas previstas em normas internacionais e nacionais.

De outro lado, Herbert de Barros, Secretário Nacional de Cidadania, concorda que o decreto abre possibilidades para o debate a respeito do cumprimento ou não das normas relativas aos direitos humanos pelas empresas, justificando-se com o argumento de que os Princípios Orientadores da ONU têm caráter voluntário de adesão, aduzindo, ainda que o decreto não tem o condão de se sobrepor à legislação vigente, logo, não desobriga as empresas ao cumprimento do que já está positivado na lei (PENHA, 2018).

Outro objeto de crítica, embora também seja causa de elogio, como já mencionado, refere-se a concessão do selo “Empresa e Direitos Humanos”, estabelecido no artigo 1º, parágrafo 3º do decreto, uma vez que diversos atores da área afirmam que este não terá impacto efetivo na promoção dos direitos humanos, assim como, não há previsão normativa quanto as formas de fiscalização e revogação do selo caso a empresa incorra em violação aos direitos que objetiva-se promover.

Nada obstante, neste sentido, a crítica se dá pelo fato de que será atribuído as empresas um selo apenas por cumprirem seus deveres em de proteção e promoção dos direitos humanos (CONNECTAS, 2018).

Enfim, segundo a Conectas Direitos Humanos, diversos dispositivos contidos nas Diretrizes são, de fato, promissores, contudo, estes “acabam sendo ofuscados pela construção pouco participativa do documento e pela opção em adotar um marco facultativo ao lidar com as obrigações das empresas em matéria de direitos humanos” (CONNECTAS, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que a luta por garantias fundamentais norteou a evolução social dos últimos três séculos gerando, por consequência, a

consolidação de direitos humanos, consagrados como garantias mínimas dos indivíduos em face do despotismo estatal.

Neste contexto, especialmente devido ao desenvolvimento dos órgãos de proteção internacional da ONU, percebeu-se o importante papel que as empresas detinham na efetivação dos direitos humanos, e foi fomentada a necessidade de se estabelecer princípios que assegurassem a aplicação direta dos direitos humanos pelas empresas, tendo como mote a ideia de proteger, respeitar e remediar.

Os Princípios Orientadores da ONU foram consagrados no plano internacional no ano de 2011 e internalizados no Brasil apenas em 2018 através do Decreto nº 9.571, inovando em nosso ordenamento ao trazer em um mesmo diploma normativo várias disposições acerca da temática, por meio de instrumentos para a reparação à violação e preservação dos direitos humanos por parte das empresas que aqui atuarem através de ferramentas como a adoção de códigos de conduta interna, fiscalização contínua e transparência empresarial.

Em contrapartida, a forma como se deu seu processo legislativo (sem discussão aprofundada com a sociedade civil) e da análise do mesmo decreto, entende-se que a facultatividade à adoção das diretrizes, pode ser interpretada como um retrocesso do ponto de vista normativo.

Não se pode olvidar que a globalização e o movimento mundial contra a corrupção e proteção dos direitos humanos, que demanda a implementação de programas de integridade, impõe que as empresas brasileiras, para celebrar negócios com companhias de outros países, adequem-se as diretrizes mundiais que seguem pela proteção dos direitos humanos no âmbito empresarial, e neste ponto, o Decreto 9.571/2018, apesar das críticas pontuadas, trouxe importantes avanços ao ordenamento jurídico pátrio.

Por conseguinte, ainda há muito a ser implementado a fim de proteger, prevenir e garantir direitos humanos no âmbito empresarial, entretanto, a agenda de direitos humanos é de crescente importância para as empresas, de modo que a indução de comportamentos éticos e garantistas desses direitos tem o condão de orientar a atuação empresarial para a sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, e-book.
- BECK, Ulrich. **¿Qué és la globalización?**. Barcelona: Paidós, 2008.
- BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e direitos humanos nas nações unidas: rumo a um tratado?. In: **Empresas e direitos humanos**. Coord: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Brasília, 21 nov. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm>. Acesso em 15 mar. 2020.
- CAMARGOS, Ana Maria Mascarenhas; COLLESI, Paula Castro. Empresas e direitos humanos. **Revista do advogado**. n. 143, p. 132 a 142. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. Decreto cria selo de direitos humanos para empresas. **Conectas Direitos Humanos**, 30 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/decreto-de-temer-cria-selo-de-direitos-humanos-para-empresas>>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- LESSA, R. R. Z.; REIS, D. M. Submissão das corporações a sanções internacionais e meios não estatais de reparação: possíveis soluções à ineficácia social do Direito ao Trabalho Decente. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. 2, p. 89-113, 2015.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. 30 nov. 2007. p. 547 a 565.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsaglia. O contrato como ferramenta de realização dos direitos humanos no âmbito empresarial: as cláusulas éticas. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Porto, n. VII, p. 459- 478, jan/jul. 2019.

OXFAM BRASIL. Um pna disfarçado?. **Oxfam Brasil**, [2019?]. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/setor-privado-e-direitos-humanos/impacto-das-multinacionais-brasileiras/um-pna-disfarçado/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

PENHA, Daniela. Novo decreto pode fragilizar cumprimento dos direitos humanos por empresas. **Repórter Brasil**, 10 dez. 2018. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2018/12/decreto-do-governo-federal-fragiliza-o-cumprimento-dos-direitos-humanos-por-empresas/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Ebook.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises**, John Ruggie. Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 Apr. 2008. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/G08/128/61/PDF/G0812861.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 mar 2020.

UN GLOBAL COMPACT. The UN Global Compact Ten Principles and the Sustainable Development Goals: Connecting, Crucially. **Un Global Compact**, 2016. Disponível em: <<https://www.un-globalcompact.org/library/4281>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ZANITELLI, Leandro Martins. Corporações e direitos humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas e o efeito solapador das sanções. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 8. n. 15. dez. 2011. Semestral.

FEMINIZAÇÃO DA IMIGRAÇÃO: CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Najah Jamal Daakour Barakat

Eduardo Soares da Silva

Nádia Beatriz Farias da Silva Magioni

1 INTRODUÇÃO

O fator gênero permeia instituições e práticas sociais, econômicas e culturais e se relaciona à maneira pela qual as pessoas migram, assim como as migrações também influenciam as relações de gênero que são estabelecidas desde o momento em que o projeto migratório é gerido até seu desenvolvimento.

As políticas de gestão de imigração que foram desenvolvidas o fizeram quase paralelamente às políticas de igualdade de gênero. Até recentemente, não havia estatísticas desagregadas por sexo, o que dificultava a análise com uma perspectiva histórica do papel das mulheres na migração. Nas últimas décadas, os dados têm mostrado o papel principal nos movimentos migratórios, podendo neutralizar a representação de mulheres migrantes com um papel meramente secundário e como uma categoria homogênea.

É fato que os efeitos da migração e deslocamento são geralmente considerados os mesmos para homens e mulheres. No entanto, esse não é geralmente o caso, sendo importante reconhecer como as relações de gênero nas comunidades de origem e acolhimento influenciam as experiências de mulheres e homens como migrantes e refugiados.

Segundo Mallimaci (2011), a mulher migrante, tanto em sua condição da pessoa como em sua possível condição mãe/esposa/filha, produz variações significantes e de significado que operam em ausência, ou seja, em declarações e indicações que têm efeitos nas práticas e estruturas familiares e, portanto, em diferentes áreas da sociedade.

A subjetividade da mulher-mãe está sujeita a forças que a fragmentam, como a subjetividade materna onde enfrenta uma realidade geralmente dolorosa se colocada em relação à família e, principalmente, a seus filhos e como trabalhadora. Ela experimenta reconhecimento social e econômico, diferenciado no local de origem e de destino. A tensão entre um e outro tipo de experiências de subjetivação produz uma divisão-mulher-mãe-sujeito, cujo poder é traduzido (e oscila) entre imposições, recomendações e indicações em relação à família (MAEI-MUCCI, 2007). Esse poder também adota formas compensatórias de expressão diante das deficiências e lacunas afetivas configuradas com sua ausência.

Pretende-se, com este ensaio, demonstrar que os estudos acadêmicos têm começado a entender que a mulher migrante representa uma entidade diferente do migrante masculino; a incorporação analítica da matriz de gênero, dentro do mecanismo investigativo, ainda é precária e destaca um vazio inegável nos estudos migratórios utilizando essa abordagem.

A pesquisa foi feita metodologicamente pelo procedimento indutivo analítico em bibliografias, artigos e internet, e de forma dedutiva na perspectiva sócio-jurídica.

2 DESENVOLVIMENTO

Quanto ao patriarcado

Fala-se sobre o patriarcado como sistema e estrutura de poder. Estabelecer a data ou hora de início desse sistema político é complexo, uma vez que as diferentes comunidades de hominídeos e humanos não lidam com isso. A falta de univocidade em relação à data da origem do patriarcado é debate entre correntes econômicas e políticas, arqueológicas e antropológicas (BOURDIEU, 1998).

No sentido econômico e político, como comentado por Safiotti (015), o patriarcado remontaria às primeiras sociedades com estrutura civil e distribuição sexual de trabalho, além de estar vinculado ao nascimento da propriedade privada e do patriarca familiar. Há evidências do poder masculino e corte patriarcal nos assentamentos líticos. Os restos de uma necrópole ou de um assentamento humano que sofreu um revés, todos os seus membros morreram, lançaram luz sobre como os homens compartilhavam uma linha genética, enquanto as mulheres que os acompanhavam, em maior número, não tinham relacionamento genético nem entre eles nem com os homens.

Segundo Bourdieu (1998, p. 15), 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...

A história da violência contra as mulheres está deliberadamente enraizada na mais profunda cultura ocidental e na história das sociedades. A história do patriarcado está ligada à história das mulheres, por materializar a invisibilidade e exclusão das mulheres das narrativas históricas, já que foi o homem que escreveu a história, dando-lhe um sentido orientado para a realização de suas intenções (SAFFIOTI, 2015).

As únicas mulheres que parecem ter as origens históricas coletadas de maneira textual, compreensível no presente, e artisticamente reconhecidas como parte da história, são aquelas com características de divindades e mitos. É por isso que os primeiros que aparecem na história são as deusas e os seres mitológicos femininos, que se destacam por sua beleza, maldade, impiedade, engano, poder destrutivo, maternidade, erotismo, entre outros papéis tradicionais atribuídos pelos homens para as mulheres (ZANOTTA, 2000).

O patriarcado se caracteriza como um sistema sujeito a mudanças históricas, sem ser concebido de uma perspectiva linear ou evolutiva. Safioti (2015, p. 17) pontua a violência contra a mulher como sendo:

[...] fenômeno essencial à desigualdade de gênero, ela não só é produto social, como é fundante desta sociedade patriarcal, que se sustenta em relações de dominação e submissão. Não pode ser compreendida, desse modo, apenas enquanto violência física, mas como ruptura de qualquer forma de integridade da mulher: física, psíquica, sexual, moral, independente do ambiente em que ocorra, compreendendo o espaço público e o privado.

Ao analisar a violência contra a mulher, o patriarcado acaba se mostrando em um ambiente privado e público, sendo essas as manifestações das relações patriarcais, com o patriarcado privado configurado sob mecanismos de exclusão e o patriarcado público por iniciativas segregacionistas

Violência contra mulheres

Para falar sobre violência contra as mulheres será necessário distinguir a violência contra a mulher e a violência de gênero. A violência de gênero deve ser diferenciada da violência contra a mulher – violência sexista – da violência doméstica e da família. Elas não são violências sinônimas, embora, às vezes sejam violências que se entrecruzam. De acordo com Teles e Melo (2002), a violência de gênero seria aquela marcada por negociações, relacionamentos e lutas entre os sexos, a fim de alcançar e/ou manter o poder. Violência essa que é exercida tanto por homens como por mulheres, pois o gênero é um constructo cultural que deve ser separado da corporalidade. O gênero, descrito por Tondolo (2017), é o “lugar” social onde o poder é articulado. Assim a violência de gênero é uma expressão de relações desiguais de poder entre os sexos, manifestadas nas áreas econômica, social, política, ideológica, de espaço e simbólica.

A violência contra as mulheres marca a história da civilização; não há evidências conhecidas de uma sociedade onde a misoginia e a vio-

lência sistemática contra as mulheres não existissem (GUIMARÃES, 2015). A única coisa que se pode fazer nessas situações ambíguas, onde as reminiscências arqueológicas e históricas são fracas, é ir em direção ao que se identifica, cientificamente falando, e que está intimamente relacionado à violência contra as mulheres.

A violência contra as mulheres é exercida por uma combinação de fatores. Desde a coerção direta e da violência factual à violência simbólica, estando presente em todas as ordens sociais. Essa dominação só faz sentido a partir da ordem patriarcal, mas se define como o sistema de organização social no qual as posições-chave do poder – política, econômica, religiosa e militar – estão, exclusiva ou principalmente, nas mãos dos homens (MELLO, 2016).

A migração

A migração tornou-se uma questão prioritária na agenda acadêmica e política em âmbito internacional. O fenômeno migratório está presente ao longo da história da humanidade e hoje ele adquire uma relevância significativa. Vários fatores econômicos, políticos e sociais contribuem para sua intensificação: conflitos armados, fome e pobreza, degradação ambiental, epidemias, globalização e avanço das tecnologias de comunicação e transporte, entre outros (PERES; BAENINGER, 2012).

Mallimaci (2011) pontua que, concomitantemente ao crescimento da migração internacional, há um aumento nas restrições ao movimento de pessoas entre estados nacionais, bem como no controle migratório nos principais países de destino. Isso se reflete em estruturas normativas que ignoram a migração como um direito humano e reduzem as possibilidades de os migrantes serem incluídos como cidadãos plenos nas sociedades, levando-os a uma exposição a situações de discriminação, violência e exploração.

A migração está associada a consequências sociais e econômicas negativas, tornando-se assim estigmatizada e indesejada, sendo percebida como uma ameaça à segurança do trabalho da população, um ônus para os serviços sociais, um promotor suspeito de crimes, tráfico de drogas e terrorismo (MARTES, 1999). As evidências empíricas, o conhecimento acumulado e a história recente provam o contrário.

Os processos de discriminação e estigmatização que atingem muitos grupos de migrantes tornam as contribuições dos fluxos migratórios para os países de destino invisíveis ou mesmo opacas. Entretanto, em contextos de um capitalismo transnacional e globalizado, a migração constitui um pilar essencial para o apoio às demandas da força de trabalho (MALLIMACI, 2011). Além dessa contribuição econômica, a migração em diferentes sociedades pode enriquecê-las culturalmente com espaços sociais de diversidade plurais, inclusivos e respeitosos.

Assim, é de importância registrar o tema da migração no campo dos direitos humanos, visto ser inevitável compreender as trajetórias migratórias como um direito fundamental, a fim de garantir não apenas o bem-estar dos migrantes, mas também o desenvolvimento humano dos países de origem e destino.

Uma sociedade que vê a migração como um problema em si mesma e que adota políticas restritivas não apenas discrimina a população migrante e afeta sua qualidade de vida, mas se torna uma sociedade que impede o próprio desenvolvimento. A promoção de laços sociais marcados por preconceitos, violência e desigualdades é uma maneira de fragmentar a sociedade e tornar um determinado país um lugar injusto e violador dos direitos humanos (SAFFIOTI, 2000).

Conceber migrações em termos de direitos implica focar nas responsabilidades do Estado cujo cumprimento é essencial para a proteção dos migrantes. Para Maile (2005), a perspectiva dos direitos humanos constitui-se uma ferramenta essencial para identificar e abordar as várias situações de discriminação e violência pelas quais os migrantes podem passar durante o ciclo de migração.

As ações dos governos na proteção dos direitos humanos da população migrante devem ser enquadradas pelos princípios de igualdade e não discriminação, consagrados nos instrumentos internacionais. Esses instrumentos materializam o compromisso dos Estados membros do Sistema das Nações Unidas em garantir um conjunto de direitos considerados universais relacionados à proteção da população migrante.

Os direitos à livre circulação e à escolha do local de residência foram reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Em 1990, a Assembleia Geral da ONU aprovou por unanimidade um

instrumento específico no campo da migração: a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias (CTMF), que entrou em vigor somente em 2003, quando foi obtida a ratificação do mínimo de 20 países.

De acordo com Pinto (2003, p. 17),

[...] uma das mais significativas vitórias do feminismo brasileiro foi a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, que, tendo sua secretária com status de ministro, promoveu junto com importantes grupos – como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília – uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional. Do esforço resultou que a Constituição de 1988 é uma das que mais garante direitos para a mulher no mundo.

Os direitos garantidos incluem: a reafirmação do princípio da não discriminação, o direito à igualdade de remuneração e condições de trabalho, educação e assistência médica de emergência, identidade, proteção cultural e proteção contra a intimidação e a violência. Dentre as proteções destacam-se: direitos iguais em relação aos trabalhadores nacionais no local de trabalho (incluindo seguro-desemprego, previdência social e sindicato), o direito de receber serviços sociais e de saúde, educação e treinamento, e reconhecimento do direito ao reagrupamento familiar (PERES; BAENINGER, 2012).

Quanto às mulheres migrantes, deve-se notar que a CTMF é o único instrumento escrito em linguagem inclusiva ou não-sexista, mencionando explicitamente que cada direito se aplica tanto a mulheres como a homens. No entanto, não reconhece violações de direitos ancorados nos padrões de gênero, como a maior vulnerabilidade das mulheres a várias formas de violência sexual ou às proteções especiais necessárias para as trabalhadoras domésticas e profissionais do sexo. Isso requer o uso de outros instrumentos, particularmente a Recomendação Geral 26, do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), e a Convenção 189, da Organização Internacional do

Trabalho (OIT), sobre Trabalho Decente para Trabalhadoras Domésticas (ONU Mulheres, 2015).

A mencionada recomendação da CEDAW sobre trabalhadores migrantes foi adotada em 2008. De uma clara perspectiva de gênero, ela reconhece detalhadamente as vulnerabilidades específicas dos migrantes na origem, trânsito e destino e faz recomendações aos Estados, exortando-os a assumirem a responsabilidade pela proteção dos trabalhadores migrantes.

A migração constitui um vetor de mudança social, com implicações e repercussões em diferentes níveis: indivíduo, família, local/comunidade, nacional e transnacional. Portanto, requer abordagens explicativas multidimensionais e atentas à sua complexidade constitutiva, que não se limitam a contemplar fatores econômicos (explicando deslocamentos como resultado de diferenciais de desenvolvimento econômico entre locais de origem e destino), mas que explicam as diferentes dimensões do fenômeno migratório (MALLIMACI, 2011).

É também importante incluir as diferentes motivações que levam as pessoas a migrar; a importância das redes de apoio familiar e social que operam antes, durante e após os deslocamentos; os sentidos que diferentes populações atribuem à migração; a multiplicidade de estratégias que empregam na gestão do movimento e na inserção no novo meio. Os itinerários daqueles que migram marcam a necessidade de analisar os deslocamentos das concepções epistemológicas do movimento dinâmico e processual. Tais itinerários mostram que não é relevante assumir a migração como uma transferência entre dois espaços geográficos específicos e fixos - origem e destino - nem como uma excepcionalidade nas trajetórias vitais das pessoas, nem como uma mera questão de partida e chegada ou de ruptura com o local de origem e inserção no novo meio (MALLIMACI, 2011).

O desafio de entender o fenômeno migratório é imposto a partir de perspectivas dinâmicas e processuais que contemplam a circularidade dos movimentos e a geração de elos e redes de âmbito transnacional.

Seguindo a linha de análise levantada no ponto anterior, seria inadequado realizar uma caracterização geral das migrações de forma a não reparar as suas particularidades sócio-históricas. Assim, considerando a natureza dinâmica e processual dos movimentos, torna-se difícil definir estágios ou momentos específicos do ciclo de migração.

Para facilitar a análise dos vínculos entre migração e gênero, é preciso observar aspectos ou instâncias de processos migratórios em que o impacto dos padrões e relacionamentos sociais de gênero pode ser visto com clareza.

É necessário demonstrar a necessidade de revisar as possíveis suposições etnocêntricas a partir das quais se avaliam as consequências do deslocamento migratório em questões como o empoderamento ou autonomia das mulheres ou na construção de laços de gênero mais igualitários (GUIMARÃES, 2015).

As pesquisas sobre esse tema mostram resultados heterogêneos e, às vezes, contraditórios. A migração pode permitir que as mulheres se tornem as principais provedoras econômicas para suas famílias, podendo adquirir uma casa, enviar remessas para seus locais de origem ou iniciar um empreendimento.

Essas situações aumentam o controle dos recursos, a autoestima, a autonomia, e o reconhecimento social em sua família e comunidade. Algumas mulheres também valorizam a possibilidade de buscar novas oportunidades e conhecer outros costumes, valores e modos de vida como contribuições da migração (ONU Mulheres, 2015).

Os novos papéis e responsabilidades assumidos pelos migrantes nos locais de destino tendem a promover relacionamentos mais equitativos com seus parceiros. Alguns estudos sugerem que as mulheres que migram com seus maridos ou grupo familiar têm menor probabilidade de questionar as estruturas de gênero de seus locais de origem (ROSAS, 2013).

No entanto, as mulheres migrantes costumam sofrer dupla discriminação, porque são mulheres e estrangeiras e estão empregadas com salários mais baixos, para os quais, às vezes, também são super qualificadas (ONU Mulheres, 2015). Elas sofrem situações de isolamento e exploração de vários tipos e podem passar longos períodos de tempo sem ver filhos ou parentes que permaneceram no país de origem. São afetadas por não falarem o idioma ou não terem acesso às redes sociais de apoio.

Assim, condições de trabalho, níveis de renda e acesso aos direitos sociais pelas mulheres migrantes nem sempre implicam mobilidade social ascendente ou melhoria da qualidade de vida. Do ponto de

vista dos próprios migrantes, várias investigações revelam que, embora as condições de vida nos países de destino envolvam fortes demandas (horas de trabalho extensas, estresse inerente quando inseridas em um novo ambiente, envio de remessas e uso de grande parte de seus bens) para cobrir as necessidades da família etc. (SAFFIOTI, 2000), as próprias mulheres avaliam positivamente sua condição pós-imigração.

Feminização da imigração

Pouco menos da metade dos migrantes internacionais são mulheres. No entanto, olhando além das médias, alguns países são importantes centros de migração de gênero, como, por exemplo, as Filipinas, no caso das mulheres, e o Nepal, no caso dos homens (SOARES, 2004).

E mesmo que essa situação não tenha mudado em décadas, as mulheres têm agora mais probabilidade de migrar para conseguir empregos, em vez de se unirem a parentes do sexo masculino como dependentes. Esse fenômeno é conhecido como feminização da migração. A demanda e a oferta de trabalho das mulheres migrantes são afetadas por normas desiguais de gênero no mercado de trabalho.

A migração pode libertar as mulheres migrantes do controle restritivo da família e dos rígidos papéis de gênero, tornando-as provedoras de seu sustento e de seus familiares e melhorando seu status na comunidade.

Essa oportunidade, contudo, segundo Teles e Melo (2002), também constitui um grande desafio, complicando a vida e a educação dos filhos deixados para trás. Elas podem sofrer desvantagens relacionadas à classe, raça ou etnia, tornando-as mais vulneráveis a abusos sexuais e raciais, assédio e discriminação no local de trabalho.

Historicamente, as mulheres protagonizaram processos migratórios, às vezes de forma autônoma ou independente, em outras com seus parceiros e famílias, e também após a migração de seus parceiros por razões de reagrupamento familiar. No entanto, nos últimos anos, uma tendência para a feminização da migração internacional tem sido reconhecida. Esse conceito geralmente se refere a mudanças quantitativas e qualitativas.

Por um lado, há uma crescente participação e aceleração das mulheres nos processos de migração internacional, que atualmente constituem metade da população migrante no mundo (após um ligeiro aumento numérico). Por outro lado, há cada vez mais mulheres que migram de forma autônoma, como pioneiras do movimento e como principais provedoras de suas famílias transnacionais (ONU Mulheres, 2015).

A participação das mulheres nos movimentos migratórios não é nova, e também o fato de estarem presentes em quase todas as regiões, em diversificados tipos de fluxos; movem-se cada vez mais individualmente, abandonando o padrão associativo clássico dos séculos passados. Rosas (2013) afirma que, desde 1960, as mulheres têm uma gravitação importante nos fluxos migratórios internacionais, com um aumento constante.

A feminização da migração está ligada à dinâmica de articulação entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos, que refletem fortes padrões de desigualdade. Como resultado de políticas neoliberais e programas de ajuste estrutural aplicados nas últimas décadas em algumas regiões, inclusive no Brasil, houve um aumento da pobreza, do desemprego e da economia informal. Isso impactou diferencialmente as mulheres, gerando um processo conhecido como feminização da pobreza, a migração torna-se assim uma alternativa adotada pelas mulheres para combater essas dificuldades. A feminização da migração tem sido interpretada como uma estratégia de resistência das mulheres às situações de pobreza e exclusão a que estão expostas nos países de origem (PERES; BAENINGER, 2012) e como uma estratégia adaptativa às mudanças globais.

Mulheres: silenciamento e invisibilidade

O termo mulher pode ser vinculado à relação entre invisibilidade, gênero e migração intra-regional? Simone de Beauvoir (1980), em seu livro “*O segundo sexo*”, escrito em 1949, apresenta a premissa teórica que introduz a base para esse argumento. Resta ressaltar que, no entendimento de Beauvoir, o vocábulo “mulher” é entendido como um produto histórico da construção cultural, regulado pela educação

e socialização das mulheres, e que sempre levou a defini-las a partir de seu papel de mãe, esposa, filha e irmã.

A autora define que ser mulher não revela nada biológico, fisiológico ou psicológico, mas interpreta as relações masculinas/femininas de poder sob uma perspectiva histórica. Assim, as mulheres se tornam um objeto intercambiável, na sociedade, construído pelos homens, o que permite fomentar a suposta crença na inferioridade das mulheres, o que as limita a papéis maternos reprodutivos e improdutivos.

Segundo Bourdieu (2007, p. 67),

[...] essa compreensão do fato de que determinados atributos como a delicadeza, a feminilidade, a maternidade, reforçados maciçamente durante o período da revolução burguesa no Brasil onde os cuidados com o corpo feminino se davam no sentido de prepará-las para geração de filhos saudáveis, bem como à manutenção de sua beleza, logram ainda em permanecer arraigadas à figura feminina, que existe somente enquanto corpo para os outros.

Pode-se dizer que, enquanto a mulher está definida como uma construção histórica aprendida com a educação e a socialização de uma posição patriarcal, o gênero, baseado na definição de Lamas (2008), concentra-se historicamente nas relações de poder entre homens e mulheres. Nesse pensamento, de mulheres e gênero, pode-se reconhecer a incorporação tardia da perspectiva de gênero em estudos migratórios.

A teoria do diferencial do sexo conseguiu introduzir a relação entre gênero e migração a partir da qual o conceito de feminização da migração foi observado. Esses dois conceitos-chave foram capazes de relacionar e concluir que as mulheres e sua experiência migratória foram estudadas a partir da concepção tradicional de “mulheres”, que permite identificar novos papéis e padrões desempenhados por elas, assim como possíveis discriminações sofridas, além de evidenciar a proporção quantitativa de mulheres migrantes e a nova independência em termos de mobilidade (BEAUVOIR, 1980; BUTLER, 2003).

Apesar desses avanços conceituais, as noções tradicionais já expostas por Beauvoir – referentes ao materno, ao reprodutivo e à suposta

inferioridade – permitiram avançar no olhar e nos aspectos nos quais enfocar para oferecer uma melhor perspectiva das diferenças de gênero na migração. Ou seja, em todos os aspectos da migração, as mulheres, devido à sua construção histórica e cultural, além de seu corpo reprodutivo, experimentam situações que podem levar a uma discriminação que não afeta o sujeito migrante masculino. Também o suposto individualismo do movimento migratório feminino pode estar relacionado ao tráfico de pessoas, maus-tratos, exploração do trabalho e à não-representatividade de seus direitos sexuais e de saúde (BUTLER, 2003; MERLEAU-PONTY, 2014).

Além disso, observa-se que a definição de “mulher” passa a abranger a maneira pela qual elas devem cumprir a dupla função de produção/reprodução dentro do contexto da globalização. Ou seja, a economia global muda e incorpora as mulheres em novos papéis que modificam padrões sociais e culturais, que são tradicionalmente aceitos no Brasil.

Tanto a velocidade com que essas mudanças ocorreram quanto a recente incorporação da perspectiva de gênero podem mostrar a relação entre invisibilidade, mulheres e migração. Isso se justifica pela percepção e definição do conceito “mulher” no imaginário coletivo latino-americano, que identifica novas consequências dessas mudanças sobre esses novos sujeitos. A vulnerabilidade do migrante é demonstrada nos fenômenos alarmantes de tráfico de pessoas, abuso e violência, bem como na falta de respeito pelos direitos reprodutivos e trabalhistas (REED, 2008; ROSAS, 2013).

Embora essa mobilidade das mulheres na globalização tenha sido identificada, estudos e pesquisas dedicados a essa questão sob a perspectiva da globalização se concentraram nos tipos de trabalho não qualificados realizados pelas mulheres, quais sejam, domésticas, manufatureiras, funcionárias de creches, etc. Essa abordagem, no entanto, reforça a percepção da definição de “mulher” como um ser inferior, em uma posição de silenciamento e invisibilidade devido ao tipo de trabalho realizado, e em uma situação de vulnerabilidade como novo sujeito produtivo (ROSAS, 2013).

Essa perspectiva globalizada que sugere que as mulheres trabalhadoras que integram esses movimentos migratórios fazem apenas trabalhos com baixos salários e qualificação, traz tanto um aspecto de

vulnerabilidade quanto uma certa tendência para identificar a mulher migrante com uma visão de inferioridade.

Ao aceitar as mulheres como “*agentes secundários de processos migratórios, invisíveis em suas especificidades*”, desprezam-se suas “*complexidades e heterogeneidades*”. O atual contexto dos “*fenômenos migratórios obriga a construção de novos olhares e perspectivas*” (MOROKVASIC; EREL; SHINOSAKI, 2003, p. 15).

Outro aspecto em que a invisibilidade pode ser associada à migração e ao gênero é a da teoria de Judith Butler (2003). Ela estabelece o conceito de “*corpo*” como materialidade organizada a partir de “*atos performativos*”. Tomando os conceitos de Beauvoir e Merleau-Ponty, Butler aponta que o corpo seria um “*processo ativo de encarnação de certas possibilidades culturais e históricas*” (p. 233). Ou seja, força a representação do corpo feminino a se tornar um símbolo histórico da “*mulher*”.

No entanto, como mostram Boyd e Grieco (2003, p. 3) em relação à perspectiva de gênero, sabendo que ela é socialmente construída, sua representação está sujeita às consequências dos fluxos e movimentos da população das economias mundiais. Isso significa que o gênero é variável e intercambiável na medida em que são geradas trocas entre as diferentes sociedades resultantes da territorialidade.

Quais seriam os fatores que impedem uma maior representação do migrante latino-americano nas observações migratórias regionais teóricas? Vários pesquisadores apontam que é tangível associar esse problema à constante necessidade de justificar a mulher migrante como sujeito de estudo.

Nessa perspectiva, uma definição de gênero é criada não como um fato, mas como uma construção imaginária dos corpos, que agem a partir de uma conformidade geral que os leva a personificar, promover e manter uma ficção cultural de divisão por sexo, em que esse corpo seria então trancado na aparência do gênero estabelecido por atos historicamente ditados por uma “*Repetição estilizada*” assumida pelo corpo sexuado. É daí que o corpo e a definição de mulher podem estar associados à personificação de uma entidade inferior dentro da qual os atos performativos da migrante podem ser referidos à invisibilidade e ao silenciamento (BUTLER, 2003).

A ficção da divisão de gênero, nesse contexto, é então culturalmente minimizada e a representação, desse sujeito migrante, como uma entidade inferior, pode ser questionada a partir de seu novo papel econômico.

3 CONCLUSÃO

A inclusão da questão de gênero no estudo das migrações é pertinente na medida em que as perspectivas e análises migratórias demonstram a disparidade e a heterogeneidade entre indivíduos migrantes do sexo feminino e masculino.

À medida que mais e mais mulheres migram para o trabalho, elas desempenham um papel cada vez mais crítico na sobrevivência de suas famílias, bem como no desenvolvimento econômico de seus países. Mas é vital apoiar as mulheres migrantes, que costumam chegar com menos habilidades de alfabetização e linguagem, com uma educação adaptada às suas necessidades específicas, para ajudá-las a atingir seu potencial máximo de renda e escapar das condições de trabalho exploradoras.

Desse modo, a maioria das pesquisas destinadas a ampliar a análise da migração feminina visa, em primeiro lugar, sublinhar estatísticas e conceitos que diferenciam os sexos, a proporção sexual ou a feminização da migração para demonstrar a necessidade de expandir os estudos sobre mulheres migrantes. Além disso, em todos os aspectos da migração, as mulheres, pela construção histórica e cultural de seu corpo reprodutivo, vivem a migração de forma inevitavelmente diferente do homem, o que pode levá-la a sofrer discriminações que não afetam o sujeito migrante masculino.

Embora os anos 1980, de alguma maneira, tenham aberto uma nova linha de pensamento da perspectiva de gênero, com o diferencial do sexo e a feminização da migração, a velocidade com que os movimentos migratórios se desenvolveram, a partir da globalização econômica, esses incorporaram vários sujeitos em um estado de silenciamento.

Entende-se que gênero, como o conceito do diferencial de sexo, demanda a colocação em perspectiva de toda sua teoria para observar novamente um evento e, assim, incorporar o tema da mulher e, neste

caso, do sujeito migrante feminino. Assim, transformações apressadas, como o resultado das transformações do clima global, impõem novos padrões de identidade a serem estudados, até então silenciados.

Além disso, observa-se que o fator predominante que enfraquece uma melhor representação da migrante mulher é a dificuldade de analisar conjuntamente os diferentes componentes que qualificam a experiência migratória feminina: gênero, corpo, territorialidade e as consequências da globalização; a costumeira invisibilidade da migrante latino-americano está relacionada a esse limite analítico.

Portanto, é necessário um verdadeiro foco e comprometimento com o estudo das mulheres migrantes em diferentes contextos para tornar visível e reduzir a vulnerabilidade e a discriminação desse sujeito migrante. A partir disso, também deve haver uma perspectiva clara dos fluxos migratórios femininos na região para poder desenvolver políticas públicas de integração que respeitem os direitos específicos das mulheres que, muitas vezes, se encontram invisíveis no seu silenciamento.

4 REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1980.

BOYD, M. GRIECO, E. **Women and Migration**: Incorporating gender into international migration theory. Washington, DC: Migration Policy Institute: Migration Information Source, 2003. Disponível em: <http://www.migrationinformation.org/Feature/print.cfm?ID=106>. Acesso em dez/2019.

GUIMARÃES, Maira. **O universo feminino à luz de Simone de Beauvoir**: vida, ficção e teoria. Dissertação (Pós-Graduação em Estudos Linguísticos) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

- LAMAS, M. (Comp.). **El género** – la construcción cultural de la diferencia sexual. Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Autónoma de México, México, 2008.
- MALLIMACI Barral, A. (2011): Migraciones y géneros. Formas de narrar los movimientos por parte de bolivianos/as en Argentina. **Estudios Feministas, Florianópolis**, 19(3): 392, setembro-dezembro/2011.
- MARTES, A.C.B. **Brasileiros nos Estados Unidos**: um estudo sobre imigrantes em Massachusetts. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sócio-jurídica do fenômeno no Brasil. Revista da EMERJ, v. 19, n. 72, p. 140-167, jan./mar. 2016.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. **O visível e o invisível**. Tradução: José Artur Gianotti e Armando Mora D'Oliveira. São Paulo: Perspectiva, 2014. 271 p.
- MOROKVASIC, M.; EREL, U.; SHINOZAKI, K. (eds) **Crossing Borders and shifting boundaries**. Vol I, Gender on the move. Oplanden, 2003.
- ONU Mulheres. **Estereótipos de gênero, carreiras e profissões**: diferenças e desigualdades. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/07/valente_aula5_genero_profissoes.pdf. Acesso em 29 de novembro de 2019.
- PERES, R. G.; BAENINGER, R. Migração Feminina: um debate teórico e metodológico no âmbito dos estudos de gênero. **XVIII Encontro Nacional de Estudos Populacionais**. ABEP. Águas de Lindóia 2012.
- PINTO, Celi Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- REED, Evelyn. **Sexo contra sexo ou classe contra classe**. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2008.

ROSAS, C. Discusiones, voces y silencios em torno a las migraciones de mujeres y varones latinoamericanos. Notas para uma agenda analítica y política. **Anuario Americanista Europeu.** n.11, p.127-148, 2013.

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado, violência.** 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, H. O segundo sexo à luz das teorias feministas contemporâneas. In: MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecilia; GOMES, Marcia (Org.). **Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas.** Salvador: NEIM/UFBA, 2000.

SOARES, Weber. Análise de redes sociais e os fundamentos teóricos das migrações internacionais. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 21, n. 1, jan/jun 2004, p. 101-106.

TELES, M.A.A.; MELO, M.M. **O que é Violência contra a Mulher.** São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

TONDOLO, Aline. **Sociedade brasileira e as questões de gênero:** a atualidade de Simone de Beauvoir. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular - Trabalho de Curso - TC. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Três Passos-RS, 2017.

ZANOTTA Lia. **Perspectivas em confronto:** relações de gênero ou patriarcado contemporâneo? Brasília, 2000.

A ANÁLISE DO “HABEAS CORPUS” Nº 97.256 E A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jackelline Fraga Pessanha

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar o instituto da Interpretação e Hermenêutica Constitucional, como forma de garantia do princípio do Acesso à Justiça, analisando a adoção de tais institutos em um caso concreto realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema se mostra pertinente no que tange à adoção da interpretação e da hermenêutica constitucional, a análise pelo Poder Judiciário do caso concreto, pleiteando a garantia de acesso à justiça. Isso porque, a Constituição é o alicerce de todas as normas jurídicas, o que é, também, pressuposto de validade para as mesmas, bem como para todos os atos normativos e atos jurídicos. Tudo que é produzido em conformidade com a Constituição será lícito e pleno no ordenamento jurídico brasileiro, até que prove a sua inconstitucionalidade.

Assim, pretende-se responder o seguinte problema de pesquisa: em que perspectiva deve ser aplicada a hermenêutica e interpretação constitucional, como forma de garantia do acesso à justiça, pelo Poder Judiciário?

Almeja-se conceituar o instituto da interpretação e hermenêutica constitucional, todavia sem esgotamento da matéria, tendo em vista a sua complexidade; delimitar a garantia do acesso à justiça, como maneira de determinar o que é justo; analisar o seu reflexo através do caso concreto, por meio da interpretação e hermenêutica constitucional.

Busca-se estudar a hermenêutica e interpretação constitucional, com a ponderação os fenômenos por intermédio de ações recíprocas, alicerçadas na contradição, bem como as mudanças dialéticas que ocorrem na sociedade. Por isso, pretende-se por meio do método dialético, a análise do reflexo da aplicação realizada pelo Poder Judiciário, por meio da interpretação e hermenêutica constitucional, como forma de garantir o princípio do acesso à justiça.

2 A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Primeiramente, antes de adentrar à hermenêutica e interpretação constitucional em si, importante destacar que a Constituição é a declaração de vontade política popular, realizado por meio de um ato solene que institui uma lei superior a quaisquer outras, uma vez que visa a promoção da dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, grupos sociais, do povo de maneira ampla e do governo.

A hermenêutica “é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito” (BARROSO, 2018, p. 309). Significa dizer, literalmente, que é a arte de interpretar leis, textos e os sentidos das palavras, podendo ser definida como a ciência da interpretação das fontes documentais, com a finalidade de compreender a verdade de um texto.

Por isso, Carlos Maximiliano ensina que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (2009, p. 1). Destarte, ser a hermenêutica ramo da ciência dedicada ao estudo e entendimento de regras que devem presidir o processo interpretativo na busca do significado da lei, bem como a sua aplicação ao caso concreto.

A hermenêutica “desenvolve, não raro, técnicas cujo objetivo é declarar o conteúdo, o alcance, o significado das disposições prescritas nos textos legais, visando os setores do *jus positum* como um todo, sem classificações, divisões ou dicotomias de nenhuma espécie” (BULOS, 1997, p. 14). Por hermenêutica entende-se a transformação daquilo que ultrapassa a compreensão humana para algo que qualquer um possa entender, permitindo a observação do que o legislador disse, bem como o que quis dizer no texto normativo.

A interpretação constitucional é uma atividade criadora, que existe para que haja a modificação da legislação com base no momento histórico que esteja vivendo, isso porque procura determinar o conteúdo da norma e imputar um significado a mesma, podendo ser conceituado como a atribuição de um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, seguindo determinados parâmetros, o que propicia a atualização de sentido a um determinado dispositivo constitucional ao atribuir um significado ao texto.

Neste sentido, Maximiliano (2009, p. 7) descreve que “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. Por isso, interpretar um texto é um diálogo semântico e linguístico entre o autor e o intérprete da legislação, pois o intérprete se apropria do discurso expresso no texto constitucional e prossegue na elaboração intelectual do significado pretendido.

A interpretação constitucional deriva do encontro da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, haja vista os fatores externos serem influenciadores, tais como ordem social, econômica e cultura, que a Constituição brasileira busca regular, tendo em vista as transformações naturais da sociedade, com o equilíbrio de interesses, uma vez que “o Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre influência desta” (BARROSO, 2018, p. 163)

A Constituição é o desenvolvimento do povo, que tem o intuito de organizar seu Estado e a sociedade que muda frequentemente, que

se modifica com a realidade política, social e cultural, tendo que alterar por meio da interpretação constitucional, uma vez que

a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso extraordinário é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos (HÄBERLE, 2002, p. 23).

A interpretação constitucional deve ser analisada como forma de aditamento de sentido o que gera a alteração de significado, bem como o alcance da norma, sem que haja a modificação do texto da Constituição. Isso porque, de acordo com Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 58), para que o espírito da Constituição possa ser o limite para o intérprete é importante que derive do próprio texto constitucional, haja vista ser perceptível as seguintes situações

a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional; d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

Assim, a interpretação judicial é aquela desenvolvida pelo Poder Judiciário, ao conferir novo significado a determinada norma constitucional, podendo ser em sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito. A interpretação constitucional judicial ocorre mediante a aplicação de normas constitucionais pura e simplesmente com o intuito

de solução da lide em questão, de acordo com Letice Santos de Sá e Benevides (2006, p. 129)

No processo de interpretação do texto constitucional, o intérprete deve ter conhecimento de todo o sistema constitucional e das possibilidades de sua interpretação diante da realidade social, para que tenha condições de explicar a norma em face de determinado caso. Portanto, o intérprete deve ter singular sensibilidade que o possibilite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, considerando sempre as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento.

Cabe ao intérprete constitucional visualizar os princípios contidos em cada caso e seguir-lhes as prescrições e com isso demonstrar a visão de uma Constituição que legitima as mudanças que a sociedade requer. Assim, a atividade interpretativa deve ser iniciada pelo exame dos princípios constitucionais, por substanciarem a síntese dos valores mais relevantes e das diretrizes fundamentais que integram o sistema de normas jurídicas que compõe a Constituição.

Cabe ao Poder Judiciário a interpretação e a aplicação da Constituição, mas não detém a competência para alteração do texto normativo, não podendo ultrapassar os limites e princípios fixados pela própria Lei Maior, para que não haja a sua deformação, o próprio Judiciário enfrenta as normas trazendo novas interpretações e novas roupagens às normas, podendo, ainda, afastar ou revogar tacitamente uma norma.

Desta feita, a Constituição assume novos significados, renovando a temporalidade da interpretação, como forma de soluções constitucionais, sem que haja a reforma formal da Constituição. A Constituição processa-se lentamente, via interpretação, uso e costumes, construções dos tribunais, influência social, econômica e política, que podem provocar alterações da realidade constitucional, embora o texto da Lei Maior permaneça inalterado.

A mutação constitucional consiste na mudança do significado dos dispositivos legais, sem, contudo, alterar o texto da lei, utilizando da

interpretação sistemática dos costumes e normas infraconstitucionais. Isso que dizer que muda o significado da norma, sem observar os requisitos para a modificação formal da Constituição, ou seja, “modifica, de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma resignação diferente” (HESSE, 2009, p. 151).

Pode-se estudar por meio da interpretação, como forma de mutação constitucional nas ações do Poder Judiciário, podendo a Constituição ser reformada para encontrar soluções para um determinado caso concreto, em que por meio da mutação constitucional e interpretando a Constituição pretende adquirir conceitos distintos daqueles em que foram inevitavelmente pensados e realizados pela autoridade judicial.

A mutação constitucional deve ser entendida como “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais” (BARROSO, 2018, p. 160).

É a necessidade de entender e aplicar as transformações históricas, políticas e sociais que mudam frequentemente, por isso, “para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular” (BARROSO, 2018, p. 163). Não há direito sem mudança, não poderia a Constituição Federal permanecer inalterada.

A mutação constitucional pela interpretação proporciona a atualização do sentido dos dispositivos legais, uma vez que a interpretação atribui um novo significado a um determinado texto, sendo que a interpretação está relacionada a três fatores, que de acordo com Adriano Pedra (2005, p. 159) são

O primeiro é sua indeterminação, que pode ser involuntária ou intencional, que faz o texto portador de muitos significados. O segundo fator impõe-se devido à natureza da própria significação. Uma Constituição é aprovada por um grande número de pessoas, sendo que nem todas elas a compreenderam da mesma maneira, e não se pode dizer que determinada intenção de um

constituente é mais importante que outra. O terceiro fator relaciona-se à evolução dos conceitos políticos e sociais.

Portanto, para que se realize a hermenêutica ou a interpretação constitucional de forma a possibilitar o acesso à justiça, muito importante que seja amparado na legalidade e em sua compatibilidade com a Constituição Federal, pois com a leitura da própria Constituição deve-se considerar como documento hábil a respeitar a vontade política popular, bem como o alcance da justiça.

3 DO ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala de acesso à justiça, é imprescindível iniciar com a descrição de Kelsen (1998, p. 02) sobre justiça, quando versa que

o anseio de justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça a felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz.

Por isso, a felicidade individual de todos deve ser o caminho para se buscar a justiça, bem como o acesso à justiça, alicerçada em uma ordem social que proteja determinados interesses dos indivíduos, que são reconhecidos como dignos dessa proteção.

A garantia do acesso à justiça encontra respaldo na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Verifica-se que a Constituição no momento em que estabeleceu o referido inciso, pretendeu a possibilidade de composição de litígios dentro e fora do Poder Judiciário, não pleiteando a limitação quanto à solução dos conflitos.

A ideia de acesso efetivo a justiça tem sido reconhecido como novo direito individual e social, eis que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na busca de mecanismos para a efetiva atuação, sendo encarado como requisito fundamental, ou até mesmo, o mais básico

dos direitos humanos, do sistema jurídico moderno e igualitário, que pretende garantir a todos o respeito aos seus direitos.

Dessa forma, entende-se acesso à justiça como mecanismo pelo qual pessoas podem reivindicar direitos na busca de solução de seus litígios perante o Estado, podendo entender a expressão como a

[...] parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos (CICHOKI NETO, 1998, p. 61).

A questão do acesso à justiça pode ser alcançada como a possibilidade de os cidadãos terem seus conflitos resolvidos no âmbito do poder judiciário de forma célere e sem distinções entre quaisquer jurisdicionados. O problema do acesso à justiça pode ser analisado sob três olhares, quais sejam, o sentido geral, restrito ou integral.

No sentido geral o termo acesso à justiça, como ideal de justiça, em que se entende como justiça social, corresponde a própria concretização do ideal universal de justiça, onde todo o ser humano tem direito aos bens materiais por ele produzidos, que deve ser pautado no bem comum da sociedade.

Em sentido restrito, é utilizada como aspecto dogmático de acesso à justiça como órgão jurisdicional, como a garantia de impetrar qualquer ação perante o Poder Judiciário, inserindo, neste ponto, ao aspecto formal do acesso à justiça no processo.

Por fim, a expressão acesso à justiça em sentido integral, pretende a efetivação da garantia dos direitos fundamentais, bem como os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. Em obra clássica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31)

o recente despertar de interesses em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas [...]. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira onda desse movi-

mento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de enfoque do acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito mais além deles, respeitando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Assim, o acesso à justiça pode ser entendido como um fenômeno que pretende a expansão da oferta de serviços jurídicos gratuitos as pessoas menos favorecidas da sociedade, bem como a incorporação de interesses difusos e coletivos e a utilização de mecanismos alternativos de soluções dos litígios.

Percebe-se, portanto, que a concepção de acesso à justiça de maneira ampla, onde se pretende além de efetivo acesso ao Poder Judiciário, o acesso a todos os meios alternativos de soluções de conflitos, acesso à ordem jurídica justa e solidária, bem como qualquer órgão administrativo de nosso país.

Entrementes, não pode esquecer que para garantir o acesso à justiça se faz necessária o livre acesso ao Poder Judiciário, bem como aos órgãos administrativos dos poderes Executivo e Legislativo. Deve-se responder aos pedidos de forma célere, garantindo a razoável duração do processo, bem como a efetividade da prestação judicial, uma vez que tem de serem respeitados os obstáculos colocados para os jurisdicionados como tempo e custo processual.

Dessa maneira, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15/29) apontam três obstáculos para o efetivo acesso à justiça, quais sejam: de natureza financeira; temporais; e psicológicos e culturais.

No obstáculo de natureza financeira, versa sobre os elevados valores praticados com custas judiciais e honorários advocatícios, pois as partes, na maioria das vezes, não suportam a grande proporção dos custos necessários de um conflito.

Já o segundo obstáculo, que fala sobre o tempo do processo, pode-se verificar que o Judiciário brasileiro é bastante moroso, seja por

circunstâncias institucionais, insuficiência de servidores e magistrados, ou, até mesmo, pela complexidade do sistema processual.

Por fim, o obstáculo psicológico e cultural em que a população tem em reconhecer a existência de um direito. Isto é, a população, principalmente as mais carentes, é extremamente desconfiada da atuação de advogados e do sistema jurídico como um todo, em razão do formalismo exacerbado existente, seja com vestimenta ou a forma de linguagem.

Para a superação dos obstáculos afirmados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth é preciso passar por diversas ondas renovatórias, que ocorreram sucessivamente. A primeira grande onda renovatória corresponde à gratuidade da justiça aos necessitados, ou seja, o Brasil criou a lei nº 1.060/50, hoje parcialmente revogada pelo Código de Processo Civil de 2015. O art. 99, do CPC/2015, estabelece que “o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso”. A melhor interpretação é aquela que, basta o pedido expresso que constava na declaração de miserabilidade, sendo inserido na própria petição.

Além disso, a Constituição Federal ainda prevê em seu artigo 5º, inciso LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Tal previsão pretende o auxílio os menos favorecidos da sociedade a impetrarem ações perante os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, bem como a quaisquer órgãos administrativos com a intenção de pleitearem direitos que lhe são resguardados pela Carta Magna e leis infraconstitucionais.

Após surgiu a necessidade de assegurar acesso à justiça para as coletividades, sendo desenvolvida, então, a segunda onda renovatória, que versa sobre a defesa em juízo dos interesses coletivos *lato sensu*.

Dessa maneira, as duas ondas renovatórias não foram suficientes para sanar os problemas relacionados com o acesso à justiça. Então, se fez necessário o surgimento da terceira onda renovatória, ou seja, é aquela que versa sobre a necessidade de soluções alternativas para os conflitos, com tutelas alternativas, e, principalmente, com solução extrajudicial dos conflitos,

A aplicação dos princípios do acesso à justiça e do direito à tutela jurisdicional deverão ser efetivos para que sejam respeitados os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e igualdade, de acordo com a Constituição Federal, que é o alicerce de tais princípios.

4 A ANÁLISE DO CASO CONCRETO, POR MEIO DA APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste momento, pretende-se demonstrar um caso concreto, a forma com que é realizada a hermenêutica constitucional pelo Poder Judiciário o que impulsiona outras pessoas a terem resguardados seus direitos e garantias fundamentais em respeito aos princípios constitucionais. Isso ocorre, porque impor a Poder Judiciário que se vincule eternamente a suas decisões, é desconsiderar os avanços sociais, os momentos históricos, e retirando do Judiciário o seu poder de analisar e propiciar a própria justiça em sentido amplo.

O acesso à justiça no presente caso, deve ser entendido como mecanismo de impetrar ações perante o Poder Judiciário para que seja declarado o mesmo direito que já foi pleiteado por outrem e lhe conferido. Assim, um caso recente e com muita divergência constitucional vem modificando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assunto ainda não pacificado em nosso ordenamento jurídico.

O caso analisado é o “Habeas Corpus” nº 97.256, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO

ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao trá-

fico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da conivência em causa, na concreta situação do paciente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 97256, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, publicado no Diário de Justiça da União nº 247, dia 16/12/2010, ementa volume nº 2452-01, página 113).

Antes de discutir a jurisprudência em si, precisamos entender a legislação que envolve a matéria em questão. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, estabelece que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitiram.

Além do mais, a Lei nº 11.343/06, que disciplina a Lei de Drogas, e em seu artigo 44, assim dispõe que “os crimes previstos nos arts. 33,

caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sur-sis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Posteriormente, ocorreu a reforma da Lei de crimes hediondos, Lei nº 8.072/90, que estabelece que os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são insuscetíveis de anistia, graça, indulto e fiança, bem como deverão ser cumpridas as penas em regime inicialmente fechado.

Com todas essas legislações, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, quando julgou o Habeas Corpus nº 97.256, interpretou todas as normas e entendeu que poderia sim ser concedido a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Tal entendimento, somente foi possível por meio da hermenêutica constitucional, frisando um pouco mais através da mutação constitucional, uma vez que o texto normativo permanece inalterado e os Tribunais Superiores continuam a modificá-la sem alteração normativa, mesmo nos dias atuais.

Constata-se que a interpretação da legislação ocorre todos os dias, seja pelos Magistrados, Desembargadores ou Ministros dos Tribunais Superiores, pois é com a mudança da sociedade que deve modificar o entendimento de determinada norma constitucional ou infraconstitucional.

Além do mais, é com a mudança da norma por meio da interpretação que efetiva e garante o acesso à justiça daqueles que se encontram presos, recolhidos aos presídios brasileiros, uma vez que cometeram o tráfico de drogas e não conseguiram com o Magistrado da Execução o seu direito de ter sua pena substituída ou mesmo progredir de regime prisional.

Isso porque, com contumazes decisões dos Tribunais Superiores concedendo direitos pertinentes aos detidos por tais crimes, incentivam e auxiliam as partes a pleitearem também esse direito, o que efetiva o seu acesso à justiça, entendido neste ponto como acesso ao Judiciário, para que possam cumprir sua pena de outro modo que não seja acautelado nos presídios brasileiros.

É por meio do acesso ao judiciário que muitos detentos, através também da defensoria pública dos estados, estão pleiteando a cada dia mais “Habeas Corpus” nos Tribunais de Justiça estaduais para terem

concedidos medidas alternativas quando a pena é inferior a 4 (quatro) anos, em respeito ao artigo 44, do Código Penal.

Isso ocorre, devido a nova interpretação que se tem dado ao princípio constitucional da individualização da pena, que de acordo com a jurisprudência vem entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

No mesmo sentido, o posicionamento de Sérgio Ricardo de Souza (2006, p. 68) que diz

Surgiu grande controvérsia acerca da possibilidade dessa substituição ocorrer em relação às penas impostas por crime de tráfico, quando não superem os quatro anos apresentados como requisito objetivo (CP, art. 44, I) e estejam presentes também os demais requisitos. A doutrina manteve-se dividida, ao passo em que a jurisprudência, principalmente dos Tribunais Superiores, pacificou o entendimento pelo não cabimento da substituição, por ser esta incompatível com os crimes hediondos ou equiparados. Por fim, já com a sua atual composição, o Supremo Tribunal Federal passou a sinalizar em sentido oposto, decidindo pela possibilidade de haver a referida substituição, pois efetivamente não se pode confundir aplicação e cumprimento de pena.

A mutação constitucional que ocorre no referido artigo, uma vez que modifica o entendimento do regime e da forma que a pena deve ser aplicada ao detento, podendo ser cumprida em regime semiaberto, aberto ou ter a suas penas substituídas por restritivas de direito, sem modificar o texto escrito da lei, como é o caso do Acórdão apresentado.

Ficou entendido no Acórdão estudado que a progressão de regime de cumprimento de pena tem a ver com o princípio constitucional da individualização da pena, pois substitui a pena por uma menos gravosa, deixando nas mãos do Juízo da Execução a análise e implementação da individualização da pena de cada detento.

Quando a interpretação e hermenêutica constitucional não mais for suficiente para garantir o acesso à justiça, significa que o Poder Judiciário terá que interpretar a norma novamente para reajustar à nova

concepção de justiça realizada pela sociedade, assim o Direito e a Justiça caminharão juntos.

Portanto, a cada interpretação e modificação de entendimento de determinada norma constitucional ou infraconstitucional deverá o intérprete ponderar se realmente está garantindo o acesso à justiça que a sociedade busca a cada dia, afirmando o que é justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se por hermenêutica pela modificação do que ultrapassa a compreensão humana para algo que qualquer um possa entender, ou seja, descrever um mesmo texto normativo de maneiras distintas para que qualquer cidadão possa compreender, permitindo a observação do que o legislador disse, bem como o que quis dizer no texto normativo.

Já a interpretação é uma atividade criadora, que modifica a legislação com base no momento histórico, isso porque procura determinar o conteúdo da norma e imputar um significado a mesma, eis que com a mutação da sociedade se faz importante a atualização da forma de interpretar a norma.

Dessa maneira, a hermenêutica e interpretação constitucional tem que se unirem à garantia do acesso à justiça, uma vez que tem sido reconhecido como novo direito individual e social, com a titularidade de direitos é destituída de sentido, pleiteando novos mecanismos de efetivação do acesso, devendo ser encarado como requisito fundamental, ou até mesmo, o mais básico dos direitos humanos, para que sejam respeitados os princípios e normas constitucional, e principalmente, para um sistema jurídico justo, moderno e igualitário.

Assim, deve-se analisar a concepção de acesso à justiça de maneira ampla, onde se pretende além de efetivo acesso ao Poder Judiciário, o acesso a todos os meios alternativos de soluções de conflitos, acesso à ordem jurídica justa e solidária, bem como qualquer órgão administrativo de nosso país.

Destarte, que a partir do momento em que a interpretação e hermenêutica constitucional não mais forem capazes de sustentar e garantir o acesso à justiça, deverá o Poder Judiciário realizar nova inter-

pretação para que seja reajustada à nova concepção de justiça realizada pela sociedade.

A lei somente será aplicável quando promover a justiça, bem como o acesso à justiça, quando deixar de promover não devemos mais aplicá-la, por isso o instituto da hermenêutica e interpretação constitucional são tão importantes para a garantia do acesso à justiça, como forma de promover a mudança do sentido do texto normativa para que haja pleno acesso à justiça de todos os indivíduos, afiançando a felicidade pleiteada por Kelsen.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BENEVIDES, Letice Santos de Sá. **Alteração da Constituição por mutação constitucional**, in Estudos Jurídicos: Revista da Procuradoria-Geral Federal junto à Universidade Federal Fluminense, nº 3. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2006.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 97.256**. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 01/09/2010, publicado no Diário de Justiça da União nº 247, dia 16/12/2010, volume nº 2452-01, página 113.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CICHOKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1998.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. O que é justiça? : A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 2. ed . São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Nova lei antidrogas (Lei nº 11.343/2006): comentários e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2006.

VULNERABILIDADE DAS MULHERES QUE PRATICAM TRÁFICO DE DROGAS NA REGIÃO DE FRONTEIRA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Andréia de Azevedo Bilange Baião

Luíza Vieira Sá De Figueiredo

A evolução do direito Feminino e a luta pela igualdade de gênero

Para melhor compreensão acerca do contexto social e jurídico em que a mulher é inserida no decorrer do tempo na história, necessária uma abordagem da evolução do direito feminino, ainda que atualmente distante do ideal na aplicação dos verdadeiros direitos das mulheres, cujo caráter evolutivo é, segundo Marinela (2015), “a luta por igualdade de gênero passa por uma evolução lenta, mas gradual”, muito embora, no decorrer da história a mulher tenha recebido tratamento preconceituoso e o futuro, no Brasil, não seja muito promissor, a despeito da Constituição cidadã de 1988.

A Constituição do Brasil de 1824 restringia a participação da mulher na sociedade à família real. Já na Constituição da República brasileira de 1889, a mulher somente era citada quando da filiação ilegítima: o descaso da figura feminina explicita o interesse da esfera patrimonial.

Segundo Marinela (2015) as primeiras conquistas das mulheres resultam da organização dessas, início do Século XIX, para exigir es-

paços na educação e no trabalho, reivindicando condições dignas e seguras para as condições desumanas que lhes era oferecida. Mesmo para votar, a autora evidencia a árdua tarefa das mulheres na conquista de seu direito de votar, que se torna direito nacional em 1932. (MARINELA, 2015)

No Brasil, a primeira prefeita é eleita no ano de 1928 em Lages (RN), já a primeira deputada federal é eleita no ano de 1933. As mulheres somente passam a ser admitidas no serviço público no ano de 1917.

No âmbito jurídico nacional, Marinela (2015) demonstra que somente após mais de cem anos de constitucionalismo, homem e mulher são colocados em situação de igualdade na definição de cidadania no texto constitucional de 1934. Então a mulher passa a ter direitos políticos, legaliza-se o então chamado “desquite”, mesmo sendo uma grande conquista no papel, o mesmo não ocorria na sociedade.

Com o fito da igualdade constitucional em atender as necessidades específicas da mulher, surge a licença-maternidade como um direito da mulher, um marco fundamental na luta pela igualdade de gênero.

A Constituição de 1967 estabeleceu uma nova desequiparação, diminuindo o tempo de serviço para a aposentadoria feminina. No ano de 1988 é promulgada a “Constituição Cidadã”, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e também traz em seu bojo a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Surgem os direitos às licenças maternidade e paternidade, proibição de diferenças salariais, proteção no trabalho, estabilidade à gestante, desequiparação na aposentadoria como garantias fundamentais.

Em 18 de dezembro de 1979, foi promulgada, no âmbito das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, frequentemente descrita como uma Carta Internacional dos Direitos das Mulheres.

Tal Convenção dispõe aos países participantes o compromisso do combate a todas as formas de discriminação contra as mulheres.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (1994): define como violência contra a mulher “*qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psi-*

cológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada”. Apontam direitos a serem respeitados e garantidos, deveres dos Estados participantes e define os mecanismos interamericanos de proteção.

A Legislação brasileira ganhou avanço com o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006), a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e 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; que 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.

Mesmo que já existam vários documentos de ordem internacional e nacional buscando a igualdade de gênero, especialmente em favor da mulher, a realidade ainda está longe do ideal, Fernanda Marinela (2015) explica que a mulher ainda é preterida na política geral e de classe, embora constituindo a maioria do eleitorado, são menos remuneradas, mesmo quando mais escolarizada, evidenciando a vulnerabilidade de gênero, e que a luta deve continuar.

Dignidade da pessoa humana - Mulheres: grupo vulnerável

Dignidade da pessoa humana trata-se de um princípio internacional que nasceu após a segunda guerra mundial, com a Declaração Universal de 1948, em que se iniciou o pensamento de que os direitos humanos têm como destinatário a própria humanidade, conforme delinea Trevizan e Amaral (2010, p.1).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada em 10 de Dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é um documento histórico dos Direitos Humanos que foi elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais do mundo inteiro.

Tal Declaração junto a outros Pactos e Tratados Internacionais, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Segundo a Organização das Nações Unidas, vários tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos, incluindo a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979).

Tais documentos foram inspiradores das novas constituições de vários países, entre eles o próprio Brasil, em sua Constituição de 1988 emanou como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil.

Dentro dos direitos humanos são identificadas também as minorias e os grupos vulneráveis, os quais necessitam de políticas afirmativas voltadas para elas. Ana Flávia Trevisan e Sérgio Tibiriçá Amaral evidenciam “Os direitos humanos que são oponíveis contra o Estado e pertencem ao Estado, começam a ser vistos pelos grupos menores das sociedades organizadas. Podem ser citadas como elementos iniciais as lutas desenvolvidas nos Estados Unidos, pelo pastor Martin Luther King Júnior, que deram início às ações afirmativas” (2010, p.04).

Para Trevisan e Amaral, grupos vulneráveis podem ser considerados o conjunto de pessoas, ligadas por ocorrências fáticas de caráter provisório, o qual não possui identidade, havendo interesse em permanecer nessa situação, sendo seus direitos feridos e invisíveis aos olhos da sociedade e do poder público. Exemplificando: idosos, **mulheres**, crianças e outros (2010, p.5).

As mulheres que praticaram o crime de tráfico de entorpecentes, e condenadas pela justiça criminal brasileira na Comarca de Corumbá são sujeito desta pesquisa. A vulnerabilidade feminina pode ser uma facilidade para que as mulheres sejam aliciadas para prestarem serviços ao tráfico de entorpecentes, submetendo-se ao trabalho ilícito?

Ocorre que conforme já evidenciado, a tipologia do crime de tráfico de drogas ilícitas é predominante entre as mulheres que cumprem pena no Brasil, com percentual de 61%, em Corumbá, zona fronteiriça, tal índice alcança 96%, segundo Caroline Kruger Guimarães et al (2015, p.316,).

Conforme os dados, na região fronteira de Corumbá há um índice quase absoluto de mulheres que respondem processo criminal, são por prática do tráfico de drogas ilícitas.

Em um dos processos analisados na presente pesquisa a ré que praticou o delito de tráfico de drogas ilícitas informou ser mãe de um menor e solteira, trabalhava com o serviço de acompanhante, bem como já era a segunda vez que aceitou o serviço ilícito de transportar entorpecente em troca de receber uma quantia em dinheiro. Na sua condenação recebeu o benefício do tráfico privilegiado, mas fica evidente neste caso concreto que a situação de vulnerabilidade social e econômica da mulher facilita o envolvimento com o delito.

Segundo a Organização das Nações Unidas, que se manifestou por meio de sua diretora-executiva da ONU Mulheres, Phumzile Mlambo-Ngcuka (2015), “A violência contra a mulher é a violação de direitos humanos mais tolerada no mundo”. Destacou também que a violência de gênero acontece em grande parte por conta da desigualdade e discriminação contra a mulher, acrescentando que a contínua presença é uma das marcas mais claras do desequilíbrio das sociedades.

Destaca-se que nas sentenças penais dos processos analisados, em que as mulheres são julgadas, a presente pesquisa observa o contexto da mulher, e seus direitos humanitários, violência de gênero, bem como a característica fronteira geográfica e de gênero na individualização da pena.

Gênero, patriarcado e feminismo

O termo gênero é complexo, tarefa nada fácil de conceituar, bem como de demonstrar como questão teórica, por estar ligado às ciências sociais, antropologia e psicologia. A questão de gênero remete-se a uma categoria relacional que também abrange o papel de homens e mulheres na sociedade.

Soraia da Rosa Mendes (2014, p. 86) aborda que o sistema sexo-gênero, conceito expresso como gênero, surgiu no final do século XX, em um momento de confusão epistêmica entre humanista, causando uma revolução, de um modo geral a concepção de gênero surgiu como um sistema das relações sociais, em que a sexualidade biológica

seria um produto da atividade humana. A mesma autora ainda remete à abordagem sobre gênero com elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas distinções que diferenciam os sexos, como uma forma primária nas relações significantes de poder.

Mendes (2014, p. 87) traz uma visão sobre gênero no sentido de que se trata de um elemento constitutivo como pressuposto à ideia de homem e de mulher, em que há uma difusão de símbolos culturais representativos sobre o feminino e o masculino, que são interpretados por meio de conceitos normativos, como doutrinas religiosas, práticas educacionais e leis.

Judith Butler (2016, p.31) traz uma visão além das ciências sociais (gênero como fator ou dimensão da análise), explica que gênero também é aplicado como uma marca de diferenças biológicas, linguística ou cultural nas pessoas, ou seja, pode ser compreendido como significado assumido por um corpo diferenciado sexualmente, mas esse significado apenas existe em relação a outro significado oposto.

No que tange ao binarismo popularmente conhecido, Judith Butler (2016, p.51 e 47) esclarece uma corrente de pensamento na qual não é possível significar as pessoas na linguagem sem a marca do gênero. Acrescenta que a restrição binária da sexualidade atende ao objetivo reprodutivo de um sistema de heterossexualidade compulsória, e derubando esse conceito estático, inaugura-se um humanismo da pessoa, com liberdade dos grilhões do sexo.

Há várias explicações, conceitos e teorias sobre gênero, nesse viés a mesma autora, explica que se trata de uma estilização repetida do corpo, um conjunto de atos interiorizados numa estrutura rígida, que se materializa com o passar do tempo, gerando uma classe natural do ser (2016, p.69).

Sob a ótica de gênero, para Soraia da Rosa Mendes, o estudo sobre a condição da mulher, representa uma das rupturas mais importantes das ciências sociais, pois inicia um desnudamento da invisibilidade da mulher, e da perspectiva masculina tida como universalista androcêntrica (2014, p. 87). Assevera também que é possível entender o patriarcado como manifestação e institucionalização do domínio do masculino sobre as mulheres e crianças da família, estendendo a toda sociedade. O patriarcado tem com significado histórico do poder dos homens sobre as mulheres.

Tal patriarcado tem como premissa a dominação sobre a base de uma suposta inferioridade biológica das mulheres, originada nos seios familiares em que o comando culturalmente é exercido pelos homens, e daí se projetando para a ordem social. Há uma ordem social, econômica e cultural e que determina um consenso de que as mulheres estejam sempre subordinadas aos homens, ainda que algumas mulheres exerçam algum tipo de poder.

Em distintas manifestações históricas, o patriarcado se reproduz por meio das instituições, relações e organizações, replicando a desigualdade entre os sexos e convalidando a discriminação entre as mulheres. Isso contribui para manter um sistema de gênero com mecanismos de dominação masculina, oprimindo as mulheres.

Exemplificando a relação de gênero marcada pela hierarquia trazida por Butler e Mendes, em um dos processos analisado, a mulher praticava a traficância junto ao seu convivente, o “dono” da “boca de fumo”, e a mulher entrou no ramo ilícito da traficância de drogas por alguma influencia deste companheiro do sexo masculino, evidenciando uma subjugação do feminino em relação ao masculino.

Soraia Mendes (2014, p.91) explica que “tanto as religiões, no princípio, quanto as ciências médicas, posteriormente contribuíram para criação de inúmeros argumentos que sustentam os privilégios masculinos em diferentes sociedades. Embora o patriarcado seja totalizante e universal, é tratado como um tema controverso no campo dos estudos feministas. Ainda que atualmente tenha ocorrido alterações contemporâneas no patriarcado, ainda existe essa característica na relação entre homens e mulheres.

Butler (2016, p. 22) evidencia que mesmo não existindo mais a ostentada universalidade do patriarcado do passado, a concepção de mulheres tem se tornado mais difícil.

Sobre o patriarcado, abordado por Butler e Mendes, há outro exemplo na pesquisa, em que a mulher acusada se envolveu com o tráfico de entorpecentes, por meio de um homem que entrou em contato oferecendo um valor para que ela fizesse o transporte da droga ilícita de Corumbá – MS até outro estado, inexistia relação de intimidade eles, mas a mulher cedeu a uma proposta ilícita por uma oferta financeira, devido a sua situação de vulnerabilidade feminina e necessidade finan-

ceira, evidenciando uma relação de gênero marcada pelo objetivo de a figura masculina obter vantagem sobre a feminina.

Apesar das mudanças e das reformas, a luta feminina pacífica e com sólidos argumentos existe até hoje, pois o conceito dominante de papéis diferenciados leva a manutenção da desigualdade e à violência de gênero, conforme esclarece Ascensión Iglesias Redondo (2015, p.134):

Pero el concepto dominante de roles diferenciados es lo que hace que aún hoy se mantenga constante la desigualdad y por tanto la violencia de género como exponente máximo dessa desigualdad, a pesa de los câmbios y lãs reformas.

La lucha feminista, tenemos que señalar, que siempre há ejercido como conatural e su condición, uma lucha pacificista , se defiende com sólidos argumentos y basándose en razones obvias, huyendo siempre de acciones o actitudes violentas.⁴⁵

A aludida autora (REDONDO, 2015, p.135) complementa a ideia de que persiste um medo da igualdade, e ainda há comparação do feminismo com o machismo, o que não poderia ser confundido, pois não são coisas opostas, e hoje a igualdade é questionada a consequência do exercício da igualdade. Há ocasiões em que se ouve falar da igualdade como uma ameaça às relações sociais.

As relações sociais marcadas pela desigualdade de gênero e violência também podem ser identificadas nos casos trazidos em outros processos desta pesquisa, em um caso que uma mulher trata-se de usuária que se envolveu com a traficância para sustentar seu vício, e ainda trabalha para um homem que fornece a droga ilícita para ela vender aos demais usuários, ou seja, a mulher em situação vulnerável utilizada pelo homem para esse obter lucro.

45 Mas o conceito dominante de papéis diferenciados é o que mantém a desigualdade constante e, portanto, a violência de gênero como o máximo expoente da desigualdade, apesar das mudanças e reformas.

A luta feminista, temos que salientar, que sempre se exerceu como condição conatural, luta pacifista, se defende com argumentos sólidos e baseada em razões óbvias, sempre fugindo de ações ou atitudes violentas (tradução livre).

Em outra análise de processo, a situação da mulher condenada pelo tráfico de drogas ilícitas, evidencia a relação de gênero marcada pelo conceito dominante no fato de o seu marido já ser traficante em outra cidade do Estado de Mato Grosso do Sul, viabilizando para que essa mulher fosse contratada para realizar transporte de droga ilícita.

A hierarquia estipulada culturalmente trouxe uma sociedade camimada com patriarcado em que a mulher tem uma história de invisibilidade, surgindo a teoria feministas que busca resgatar o papel da mulher no mundo, trazendo sua importância e objetivando que o olhar da humanidade seja também voltado para o feminino e para a mulher.

Existe de fato um poder masculino que se apropria da vulnerabilidade feminina e que pode ser considerado violência de gênero?

Violência, igualdade de gênero e direitos humanos

Prossegue-se em uma perspectiva sobre conceitos e teorias acerca de violência e igualdade de gênero, relacionadas na psicologia, no direito fundamental e nos direitos humanos.

A violência é um conceito de múltiplas dimensões e conotações, que de acordo com a Organização Mundial da Saúde inclui “o uso intencional de força, poder físico, ou ameaças, contra si mesmo, outra pessoa, ou contra um grupo ou comunidade, cujo resultado desemboca com alta probabilidade em lesões, morte, sequelas psicológicas, ou mau comportamento”.

Sobre este assunto é utilizado diversos termos para fazer alusão a ela, como agressão, conflito, delinquência, desordens de conduta, comportamento criminoso, comportamento antissocial, violência ou outros; remete a uma abordagem multidisciplinar.

A violência de gênero não são apenas as agressões físicas, psicológicas ou sexuais que infringem as mulheres, trata-se de uma forma de relação que outorga privilégios em função do sexo e pode utilizar a agressão para manter a assimetria relacional, subordinando a mulher, conforme esclarece Carmem Delgado Álvarez (2015, p.41).

No prisma de que há uma outorga de privilégios na relação caracterizada com violência de gênero, destaca-se que nessas situações as mulheres de alguma maneira se submetem aos comandos masculinos,

mesmo que seja prejudicada socialmente, sem ter a consciência que está distante de um relacionamento simétrico.

A mencionada autora explica que podem existir o tipo de agressão instrumental e agressão reativa, que se diferem em suas dinâmicas sociais, cognitivas e emocionais, uma vez que a instrumental é uma agressão fria e premeditada, enquanto a reativa é impulsiva (ÁLVAREZ, 2015, p.42).

Há uma naturalização da dominação masculina no patriarcado e as posições de poder, por isso a questão central da violência é o modo que o sistema social se estrutura para legitimar a dominação de um sexo sobre o outro. Os valores patriarcais implícitos em algumas construções científicas geram a cegueira ao gênero, fazendo-se invisível. A violência masculina naturalizada na cultura patriarcal configura um modo que gera permissividade e socialmente legitimado. A tradicional masculinidade hegemônica valora positivamente a dominação para socialização dos homens, referendando a violência que implica em toda dominação (ÁLVAREZ, 2015, p.42).

Observando que a agressão instrumental é um tipo de violência que busca obter benefícios, em que o agressor utiliza-se do seu poder para isso, pode-se constatar a hipótese de que o alto índice de mulheres envolvidas com o crime de tráfico de drogas ilícitas tem com premissa a violência instrumental, pois a mulher pode ser feita de um instrumento útil para a utilização do poder masculino.

É possível identificar a agressão instrumental perpetrada pela violência de gênero, como no caso pesquisado em que a mulher que figurava como ré no processo criminal, era usuária de drogas e ainda se submetia à prostituição, provavelmente para ter condições de comprar a droga ilícita para seu próprio consumo. Havia a figura de um homem, o qual se identificou como seu namorado, e sabia que a mulher estava se prostituindo e tinha se envolvido com o comércio de droga ilegal, esse homem também é usuário, e a situação apresentada parece que há um tipo de violência de gênero, no sentido de que o homem da relação se beneficiava de alguma forma da mulher, mesmo sem aparente violência física, havia uma exploração da mulher, o que se identifica como uma relação de superioridade masculina em benefício próprio.

Beatriz Morales Romo (2015, p.249) traz a ideia sobre a desigualdade de sexo estão penalizadas juridicamente, todavia as condições desiguais permanecem na vida e no trabalho entre homens e mulheres:

Romo leva a refletir sobre os comportamentos, pensamentos, crenças, valores e padrões de condutas que levam a perpetuar a desigualdade entre os sexos, pois elevam a definição sexual e diminuem a consideração sobre as atitudes individuais.

Os meios de comunicação na era da globalização e da informação, ainda tem importância na configuração simbólico patriarcal, a qual estabelece uma hierarquia entre os gêneros, baseado na supremacia do masculino, próprio dos homens, sobre o feminino próprio das mulheres (Romo, 2015, p.249).

Isso recria uma visão estereotipada e reducionista dos sexos, vários autores já abordam esse tema numa perspectiva de gênero contemplada em normas igualitárias, com uma necessidade especial de comunicação geral oferecer uma imagem social mais pluralista, diversificada, conciliadora, despertando para uma nova cultura de igualdade entre os sexos e transformando as mentalidades.

Recriar a desigualdade social entre os gêneros contribui para configurar uma ordem simbólico patriarcal, representando a supremacia masculina e excluindo as mulheres de participarem do desenvolvimento da sociedade, afastando os homens das tarefas domésticas (ROMO, 2015, p.250).

Nas sociedades ocidentais, ainda que se tenha conseguido a igualdade formalmente legal, percebe-se que há uma sedução incitada que deriva da desigualdade de gênero na vida real por meio de imagens estereotipadas e mitos transmitidos pelos meios de comunicação perpetuando o consentimento do patriarcado. A especialização estereotípica dos gêneros configura-se como um discurso que legitima a desigualdade (ROMO, 2015, p.250).

Na esfera dos direitos humanos que pertence ao discurso moderno, que surge no processo histórico após revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII, é um marco ideológico que facilitou o seu nascimento. Como um resultado da modernidade e da cultura ocidental os componentes das razões de gênero devem estar subordinadas a ele. A legitimidade dos direitos humanos como universais e inalienáveis é

de maneira natural inerente à dignidade da pessoa humana e ao poder político. O jusnaturalismo laico como a primeira grande lei da natureza mascara a separação dos sexos. Tais explicações são emanadas por Ângela Figueruelo Burrieza (2015, p. 57), que traz no bojo de seus estudos a violência de gênero como uma questão de direitos humanos.

A lei natural como reflexo da lei divina traz em sua doutrina a completariedade dos sexos e a subordinação do sexo feminino em relação ao masculino. Mulheres tiveram uma dignidade diminuída por seu status sexual (BURRIEZA, 2015, p. 57).

O feminino possui uma vulnerabilidade por imposição do poder masculino, e a violência de gênero se configura de várias formas, entre elas quando um homem abusa da mulher para se beneficiar de alguma maneira, mesmo que possa prejudicá-la, caracterizada pela violência instrumental, como por exemplo, ser manipulada a praticar um delito e passível de responder um processo criminal, em que pode perder sua liberdade no tempo da condenação, ser prejudicada social, economicamente e as demais repercussões causadas pelo sistema penitenciário, que está longe de ter um papel restaurativo.

Fronteira e vulnerabilidade das mulheres que praticam o tráfico de drogas ilícitas

O fato de traficantes explorarem a fragilidade e credibilidade feminina para que sirvam ao tráfico de drogas ilícitas caracteriza-se por si só em violência instrumental contra as mulheres, que em situação vulnerável, muitas vezes se submetem a prática de ilicitudes por ser aparentemente a única solução imediata para seus problemas? Trata-se de um tipo de exploração da vulnerabilidade feminina?

Luíza Figueiredo (2015, p.268) explica que violência é uma palavra que tem sido usada para expressar “comportamentos, modos de vida, sociedades e outros fenômenos humanos”, e alguns grupos considerados vulneráveis se destacam, entre eles, a violência de gênero.

Segundo Mariana Pedrosa e Valeska Zanello (2016), a violência contra as mulheres, tem sua definição no artigo 1º da Convenção de Belém do Pará 1994, é “qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à

mulher, tanto no âmbito público como privado”. E esse assunto tem grandes dimensões e impactos sociais, e ganhou visibilidade a partir de 1990, considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) uma questão de saúde pública (OMS, 2005).

As mesmas autoras afirmam que três em cada grupo de cinco mulheres foram ou serão vítimas da violência, por isso deve ser tratada como uma epidemia:

Segundo uma revisão dos dados mundiais sobre violência contra as mulheres, realizada pela OMS em 2013, verificou-se que 35% das mulheres no mundo já foram vítimas de violência física e/ou sexual. Em alguns países, esse número pode chegar a 70%. Com base nessa estatística, concluiu-se que três em cada grupo de cinco mulheres foram ou serão vítimas de violência. Assim, é importante ter em mente que se trata de uma epidemia e que deve ser combatida (OMS, 2005; OMS, 2013). Apesar dos dados alarmantes, a maioria dos casos ainda não é identificada. Conforme estudo realizado na União Europeia, apenas 14% das mulheres registraram na polícia o mais grave incidente de violência cometida por parceiro íntimo (European Union Agency for Fundamental Rights, 2014) (2016).

Não se pode deixar de analisar se as mulheres que praticam o tráfico de drogas ilícitas na região de fronteira sofrem algum tipo de violência e se já sofreram essa “epidemia” tendo em vista que a própria exploração da vulnerabilidade do gênero feminino consubstanciaria em um tipo de agressão, a violência instrumental.

A presente pesquisa se dá em relação às mulheres na cidade brasileira de Corumbá- MS, região fronteira, com a Bolívia, portanto não se poderia deixar de lado demonstrar algumas peculiaridades desta faixa, em relação ao assunto, Luiza Vieira Sá de Figueiredo delinea que:

A região de fronteira é um espaço de encontro entre dois sistemas sociopolíticos diferentes, onde se estabelecem relações transfronteiriças em maior ou menor intensidade. Relações

que, não raro, não são previstas pelo marco legal dos países limítrofes (FIGUEIREDO, 2013, p.47).

Figueiredo apresenta uma breve abordagem sobre a história da região de fronteira e evidenciando que a região de fronteira apenas recebeu políticas públicas específicas em 2015, evidenciando que as mulheres da região fronteiriça estavam fora do foco de investimento do Poder Público(2015, p.262).

A fronteira tem suas peculiaridades, assim como as mulheres que residem em cidades fronteiriças. A presente pesquisa busca esclarecer sobre a preservação dos direitos fundamentais em relação à interpretação das leis criadas para proteger a individualidade de cada ser humano, voltada para os direitos humanistas e fundamentais, especialmente para as mulheres que praticam o tráfico de drogas ilícitas na região de fronteira.

No presente estudo depara-se com várias vertentes acerca do termo fronteira, por exemplo, pode ser entendido como limite e encontro territorial entre estados soberanos, no caso, Brasil- Bolívia, e o que esse fator contribui ou não para a prática do tráfico de drogas ilícitas pelas mulheres dessa região. Tal facilidade, fluxo, hibridismo seriam fatores que influenciam na prática do delito?

Necessário também, perceber a fronteira que pode existir entre os gêneros masculinos e femininos, identificando a influência dos homens em relação às mulheres que praticam e escolhem atos ilícitos, conforme já fundamentado anteriormente.

Para conhecer a situação das mulheres condenadas que praticam tráfico de drogas ilícitas na região de fronteira fez necessária uma análise interdisciplinar, abarcando todas as vertentes importantes sobre o objeto, sujeitos e situação pesquisada, para tanto, insurge abordagem sobre o campo científico na visão do autor Pierre Bourdieu (1983, p.145).

Dentro do campo científico sociológico, a violência contra as mulheres, ocorre de diversas maneiras, entre eles a violência de gênero. Ora, se há uma fronteira física entre dois povos, com liberdade de fluxo entre os nacionais de dois países, e uma flexibilidade de relações, isso pode facilitar o comércio, a economia lícita e ilícita. Também a questão

de várias mulheres transmitirem mais confiança do que homens, numa eventual abordagem por policiais, possivelmente influenciam para que sejam utilizadas como “mulas” nas regiões de fronteira.

Esclarecem os autores Caroline Kruger Guimarães et al (2015, p.315) que, em se tratando de rotas de escoamento da produção de pasta base de cocaína boliviana e colombiana, as semi-conurbações de Corumbá - Ladário - Arroyo Concepcion - Puerto Quijarro - Puerto Soares, como uma das principais rotas, passando pela receita federal e entrando no Brasil por diversas redes.

Os mesmos autores (GUIMARÃES et al, 2015, p.315) trazem a informação de que a fronteira acaba por atrair pessoas e organizações que passam por esta faixa em busca de lucros, como “redes de intercâmbio de toda ordem”, utilizando-se de mulheres para explorar o comércio ilegal de drogas.

A fronteira-divisão entre homens e mulheres não deve ser utilizada para uma submissão ou subjugação, pois nos tempos atuais os seres humanos estão em primeiro lugar, acima de qualquer diferença de gênero, racial, nacional, idade, social, religiosa ou econômica, conforme delineia o princípio da dignidade da pessoa humana, premissa universal dos direitos humanos.

Conclusão

Diante da contextualização do direito da mulher, percebe-se, mesmo que já existam vários documentos de ordem internacional e nacional buscando a igualdade de gênero, especialmente em favor da mulher, a realidade ainda está longe do ideal, evidenciando que a luta deve continuar. Destaca-se que nas sentenças penais dos processos analisados, em que as mulheres são julgadas, devem ser observados, pelo julgador, o contexto da mulher, e seus direitos humanitários, a existência da violência de gênero instrumental, a característica fronteiriça geográfica e de gênero na individualização da pena.

A sociedade carimbada com patriarcado é fruto da hierarquia estipulada culturalmente, em que a mulher tem uma história de invisibilidade, surgindo a teoria feministas que busca resgatar o papel da mulher no mundo.

Ainda há uma ideia de superioridade masculina inculcada no cotidiano das pessoas, que se trata das diferenças entre homens e mulheres que são de alguma maneira implícita na sociedade, na cultura e nas doutrinas religiosas, muitas vezes sem que seja perceptível.

O feminino muitas vezes é dotado de vulnerabilidade, e a se a imposição do poder masculino se utilizar disso para se beneficiar, trata-se da violência instrumental de gênero .

Observando que são maioria as pessoas do gênero feminino que estão envolvidas e condenadas pelo crime de tráfico de drogas ilícitas e quase sempre em situação de vulnerabilidade, desamparadas social, econômica, psicológica, política e moralmente como seres humanos, longe de estar recebendo e exercendo sua dignidade. Cenário que precisa ser melhorado para que seja de fato aplicado todos os direitos nacionais e internacionais estabelecidos em favor das mulheres, para que a dignidade da pessoa humana da mulher seja realmente aplicado.

Referências

ÁLVAREZ, Carmen Delgado. Por qué la violencia de género es algo diferente: reenfocando el concepto. In: RODRIGUES, Almudena Gallardo (coord). ¿Podemos erradicar la violencia de género? Granada: Comares, 2015.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero, Feminismo e Subversão da Identidade. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BOURDIEU, Pierre. Sociologia. (Org Renato Ortiz). São Paulo: Ática, 1983

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_sobre_a_elimina%C3%A7%C3%A3o_de_todas_as_formas_de_discrimina%C3%A7%C3%A3o_contra_as_mulheres> Acesso: 30 nov. 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA CIDADÃ. 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-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> Acesso: 07 dez.2018.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA Conferência Mundial sobre Direitos Humanos Viena, 14-25 de Junho de 1993, Disponível em < <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso: 07 dez.2018.

DEPEN - Ministério do Departamento Penitenciário Nacional Justiça e Segurança Pública, Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS Atualização - Junho de 2016, Disponível em < http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso: 30 nov., 2017.

DIREITOS DA MULHER. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PARA A PROMOÇÃO DOS FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. Violência Contra as Mulheres na Fronteira: as Cidades Gêmeas de Corumbá/Porto Quijaro e Ponta Porã/Pedro Juan Caballero. In Revista Internacional Interdisciplinar- Intertesis. Florianópolis: Doutorado Interdisciplinar em Ciências Sociais, v.2-nº2, jul.-dez. 2015. Disponível <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/intertesis/article/view/1807-1384.2015v12n2p262/30986>> . Acesso: 30 nov.2017.

FIGUEIREDO, Luiza Vieira Sá de. Direitos sociais e políticas públicas transfronteiriças: a fronteira Barsil-Paraguai e Brasil-Bolívia. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2013.

GUIMARÃES, Caroline Kruger et al. Estudos Fronteiriços: Desafios, perspectivas e práticas. Campo Grande, MS; FMS, 2015.

HANNERZ, Ulf. Fluxos, fronteiras, híbridos: palavras-chave da antropologia transnacional. Mana, 3(1): 7-39. 1997. Dis-

- ponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131997000100001> Acesso: 30 nov.2017
- MARINELA, Fernanda. A Evolução do Direito das Mulheres. *Jornal o Estado de Direito*, 2015. Disponível em < <http://estadodedireito.com.br/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres1/>>. Acesso: 30 nov.2017
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminina novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/violencia-contr-a-mulher-e-a-violacao-de-direitos-humanos-mais-tolerada-no-mundo-affirma-onu/>>, Acesso: 29 nov.2017.
- REDONDO, Ascensión Iglesias. Las asociaciones de mujeres como motor de cambio en la lucha contra la violencia de genero. In: RODIGUES, Almudena Gallardo (coord). ¿Podemos erradicar la violència de género? Granada: Comares, 2015, p.131 - 135.
- ROMO, Beatriz Morales. Necesidad de una perspectiva de gênero en los médios de comunicación. El caso del cine. In: RODIGUES, Almudena Gallardo (coord). ¿Podemos erradicar la violència de género? Granada: Comares, 2015, p.249 - 255.
- Aguilera. *Formação em educadores em direitos humanos*. Campo Grande: Ed. UFMS, 2014. p. 213 - 254
- TREVIZAN, Ana Flávia, AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Diferenciação entre Minorias e Grupos Vulneráveis. Disponível em < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2319/1814> > Acesso: 27 nov.2017.
- ZANELLO, Waleska. PEDROSA, Mariana. (In)visibilidade da violên-cia contra as mulheres na saúde mental. *Psic.: Teor. e Pesq.* vol.32 no.spe Brasília 2016. Disponível em<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722016000500213&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso: 01 dez.2017.

DOAÇÃO DE SANGUE POR *HOMENS-QUE-FAZEM-SEXO- COM-HOMENS* (HSH) E DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 5543/DF, MINISTÉRIO DA SAÚDE, ANVISA E SUAS (DES)RAZÕES

Felipe Laurêncio de Freitas Alves

Wellisson Vilarinho da Cruz

Karla Cristiane Pereira Vale

1 INTRODUÇÃO

Durante a década de 80, com o surgimento da *Aids*, a comunidade gay, devido à alta prevalência de soropositivos nesse grupo, principalmente entre os homens passou a sofrer diversos ataques preconceituosos, intensificando a discriminação contra as práticas homossexuais ainda hoje criminalizadas em diversos países (MENDOS, 2019). Inicialmente, inclusive, a infecção pelo HIV foi nominada de *doença da imunodeficiência gay*, ou *gay-related immunodeficiency*, no inglês, *GRID* (ALTMAN, 1982).

O *isolamento sanitário* desses grupos tornou-se, assim, a base das poucas e injustificadas estratégias de prevenção da *Aids*, que conseguiram ser propostas no início da epidemia, recomendando-se aos homossexuais a abstinência de sexo, da doação de sangue e do uso de

drogas injetáveis (AYRES *et al*, 2006), indo de encontro às liberdades desses indivíduos.

No cenário atual de direitos humanos, as obrigações legais dos Estados de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT e intersexo estão bem estabelecidas no regime internacional, baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos acordos internacionais sobre o tema (ONU, 2013).

Apesar disso, diversos direitos continuam sendo furtados da comunidade LGBT, mesmo nos países adotantes do regime internacional dos direitos humanos, como é o caso do Brasil, por força do art. 5º, § 2º da Constituição da República (BRASIL, 2016b). No caso brasileiro, o direito dos HSH de doar sangue é negado por força da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, as quais proíbem a doação de sangue por parte dos HSH que mantiveram relação sexual nos últimos doze meses (BRASIL, 2014, 2016).

Questionar, problematizar e contestar essa temática faz parte da teoria *queer*, que possibilitou novas configurações sobre o conhecimento, o poder, a cultura e as identidades sexuais e de gênero, com toda sua carga de multiplicidade, ambiguidade e fluidez que esta noção oferece (LIMA, 2017). Colocando, pois, esta em *suspense*, frente ao profundo desrespeito do princípio internacional da não discriminação, coube questionar: qual a plausibilidade da interdição para doação de sangue dos homens-que-fazem-sexo-com-homens (HSH) pelo período de um ano?

Tendo esse questionamento como problema de pesquisa, objetivou-se, de maneira geral, entender as (des)razões que fundamentaram essa interdição que, na prática, faz-se por definitiva, a partir das teses levantadas no julgamento da ADI 5543/DF no Supremo Tribunal Federal, ação que impugnou os documentos legais que desautorizam a doação de sangue por membros da comunidade LGBTQIA+.

Como objetivos específicos, buscou-se: a) compreender, no plano dos direitos humanos, a forma como se efetivam os direitos de dignidade da pessoa humana na doação de sangue pelos homossexuais; b) verificar os argumentos da comunidade jurídica nacional acer-

ca do tema, olhando para as discussões que permeiam o julgamento da ADI 5543/DF ainda em andamento; c) analisar, com os dados adquiridos, a razoabilidade da interdição e a proporcionalidade do período proibitivo.

Em conformidade com a problematização levantada e com os objetivos expostos, utilizou-se da abordagem predominantemente qualitativa, a partir de uma pesquisa exploratória (CHIZZOTTI, 2014), com o levantamento documental concernente às categorias eleitas, bem como análise de conteúdo (BARDIN, 2011) e de discurso, considerando a necessidade de revelar o *não-dito* (FOUCAULT, 2010), as entrelinhas e verificar eventuais (in)compatibilidades e (des) conformidades constitucionais, veladas nas formas que revestem a atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, à luz da sociologia reflexiva (BOURDIEU, 2012). Para a operacionalização das técnicas e verificação de suas viabilidades, utilizando-se o método do estudo de caso (YIN, 2010), passou-se à análise do julgamento plenário da ADI 5543/DF, paralisado depois de pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, que ataca frontalmente a interdição de doação de sangue para homossexuais (PLENO, 2017a, 2017b, 2017c, 2017d), para então recolher algumas conclusões sobre a razoabilidade e proporcionalidade dessa proibição.

2 DOAÇÃO DE SANGUE DOS HOMENS-QUE-FAZEM-SEXO-COM-HOMENS (HSH) COMO DIREITO HUMANO DE CIDADANIA E IGUALDADE

A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é guiada pelos princípios fundamentais da universalidade, igualdade e não discriminação, em que todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero, têm o direito de usufruir da proteção da lei internacional de direitos humanos e que os Estados têm obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos de todas as pessoas sob sua jurisdição, o que inclui abster-se de interferir no gozo de direitos, prevenir abusos por terceiros e enfrentar proativamente barreiras ao gozo de direitos humanos, como são as atitudes e práticas discriminatórias (ONU, 2015).

O problema da homofobia, que também é observada em políticas públicas, supera a questão gay, pois a diferença sexual entre heterossexual e homossexual, é apresentada como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais e, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado, é efetivamente em nome das diferenças e ao dissimular precavidamente qualquer intenção discriminatória, que os dominantes entendem reservar um tratamento desfavorável aos dominados (BORRILLO, 2010).

A exclusão desses grupos na formulação de tais políticas pode se dar por diversos motivos: primeiro, porque o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhe faltem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, segundo, porque pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse de outros grupos (DWORKIN, 2011).

Essa exclusão constrange a noção de cidadania na condição de princípio fundamental, compreendida não estritamente como o *status* de ser cidadão, de ter reconhecido e assegurado um vínculo jurídico com determinada ordem estatal, mas apontando para a conhecida definição de Hannah Arendt de que a cidadania assume a condição de um direito a ter direitos, titular de um conjunto de direitos humanos que são (ou pelo menos aspiram a ser) direitos de todos em todos os lugares (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017), de participar da vida civil e da fraternidade dos cidadãos.

Nas atitudes discriminatórias do Estado e exclusão de determinados grupos da cidadania plena e ativa, insere-se a proibição da doação de sangue por homossexuais, rotulados historicamente como *grupos de risco* para a infecção de ISTs pelo sangue doado, o que gerou intensa reação social desses grupos, em especial os grupos gays organizados norte-americanos⁴⁶, fundamentais para balizar novas propostas de ação diante da *Aids* (AYRES *et al*, 2006).

46 Nos Estados Unidos, em 1983 a doação de sangue por HSH começou como uma proibição vitalícia até que, em 2015, a Agência de Alimentos e Medicamentos (FDA) cedeu a ativistas e críticos, substituindo a proibição vitalícia por um período de adiamento de 12 meses (GIV, 2019).

A discriminação contida nesta proibição é facilmente verificável, já que basta perquirir a razão que ensejou a inclusão da prática homossexual masculina como hipótese de situação de risco. A única resposta razoável é que a prática de sexo anal eleva o risco de contágio por doenças sexualmente transmissíveis, sequer questionando-se se o sujeito é ativo ou passivo na referida prática, ou seja, não é a orientação homossexual a situação de risco, e, sim, a natureza do ato sexual praticado, como se heterossexuais não realizassem coito anal (DIAS, 2014).

Alguns países do globo têm avançado na superação dessa discriminação injusta: em julho de 2017, o Reino Unido (exceto Irlanda do Norte) decidiu reduzir o período de abstinência entre HSH para 3 meses; o Canadá passou de adiamento permanente para adiamento de 5 anos em 2013, reduziu posteriormente o período para 12 meses em 2016 e, em maio de 2019, este adiamento caiu para 3 meses; a Dinamarca começou em 2019 uma política semelhante; e Argentina, Chile, Peru, Uruguai, Portugal, Espanha e Itália definem suas restrições com base no comportamento sexual, sem distinção de procedimentos específicos para os HSH (GIV, 2019).

3 JULGAMENTO DA ADI 5543/DF: DISCURSO

A ADI 5543/DF proposta pelo Partido Social Progressista – PSP, impugna-se o art. 64, IV, da Portaria n° 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada n° 34/2014 da ANVISA, que tratam da inaptidão temporária por 12 (doze) meses dos HSH e mulheres que se relacionam com estes para a doação de sangue.

Na sua sustentação oral, o autor argumentou que, na prática, a inaptidão da doação de sangue pelos HSH é definitiva, uma vez que o candidato é excluído se dizer ser homossexual na doação; que o art. 1°, §5°, da Portaria n° 1.353/2011 do Ministério da Saúde diz que a orientação sexual não deve ser utilizada como critério para seleção de doadores de sangue por não constituir risco em si próprio, o que contradiz os documentos impugnados; que existem diversos precedentes internacionais de abolição da visão de *grupo de risco* para adotar o con-

ceito de *comportamento de risco*, dentre eles, decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia⁴⁷ e a África do Sul⁴⁸ (PLENO, 2017a).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, como *amicus curiae*, defendeu a doação de sangue como um direito à cidadania; que a ANVISA, com estes documentos, parte do princípio de que os homossexuais são promíscuos, de maneira totalmente preconceituosa; que tratados internacionais colocam os direitos LGBTQIA+ como direitos humanos; e que a inaptidão por 12 meses é desproporcional (PLENO, 2017a).

Em sustentação oral, o Grupo Dignidade levantou que não deveria haver qualquer discriminação na doação de sangue; e que a diferença de tratamento promove uma hierarquia entre o “sangue hétero” e o “sangue homo”, o que não seria permitido diante do princípio constitucional da isonomia (PLENO, 2017a).

O *Amicus Curiae*, Instituto Brasileiro de Direito Civil, disse que o direito personalíssimo do comportamento sexual é protegido constitucionalmente; que o princípio bioético da precaução, na verdade, traz consigo medidas acautelatórias para evitar que o dano se concretize; e que essa inaptidão restringe o direito à fraternidade, da doação de sangue de forma gratuita (PLENO, 2017a).

No mesmo sentido, a sustentação oral da Defensoria Pública da União – DPU imprimiu que está se utilizando de um estereótipo estatístico, quando se atribui a um indivíduo certa característica que se acredita pertinente ao grupo social do qual faz parte; e que uma reportagem da Revista Superinteressante⁴⁹ calcula que se deixa de doar anualmente milhões de litros de sangue (PLENO, 2017a).

47 O Tribunal Constitucional Colombiano na Sentença T-248/12, entendeu que: “El criterio de la homosexualidad en hombres para diferir la donación de sangre, es un criterio que tiene su origen en un marco histórico específico, el cual ha sido reevaluado en diferentes legislaciones con fundamento en información científica más reciente sobre las causas del VIH” (COLÔMBIA, 2012).

48 Dentre as diretrizes para a avaliação médica de doadores de sangue adotadas pelo Serviço Nacional de Sangue da África do Sul, temos que a pergunta acerca dos homens que fazem sexo com homem (MSM question) não é mais aplicada (SANBS, 2016).

49 A revista (CARBONARI, 2016, *não paginado*), em reportagem de maio de 2016, informa que, “ (...) De acordo com o IBGE, 101 milhões de homens vivem no país e, do total, 10,5 milhões é homo ou bissexual. Levando em consideração que cada homem pode doar até quatro vezes em um ano, com a restrição dessa parcela da população, são desperdiçados 18,9 milhões de litros de sangue por ano”.

Na condição de *amicus curiae*, o Núcleo de Pesquisa da Universidade Federal do Paraná explicou que, na França⁵⁰, a Lei n° 2.016, de 26 de janeiro de 2016 afirmou abertamente o princípio da não discriminação dos HSH para a doação de sangue, o que foi seguido por diversos outros países, a exemplo da Itália, Espanha, Polônia, Portugal e Letônia (PLENO, 2017a).

A sustentação oral da Associação Nacional dos Defensores Públicos foi no sentido de que a ANVISA, no item 25 de sua manifestação⁵¹, disse que teria se baseado em estudo da Organização Mundial de Saúde - OMS que, em verdade, em nenhum momento fala de doação de sangue e que recomenda, pelo contrário, o respeito aos direitos humanos e a não discriminação nos atendimentos de saúde, não recomendando, de qualquer forma, interdição temporária de doação de sangue para os HSH (PLENO, 2017a).

O Relator, Min. Edson Fachin, votou pela procedência dos pedidos da ação por entender manifesta a violação do respeito à diversidade, que, aqui, traduz-se no respeito à dignidade da pessoa humana. Expôs que, apesar de não mais existir impedimento perpétuo (em tese) para doação de sangue por HSH, ao se exigir 12 meses de quarentena sexual, essa condição pode se revelar como uma restrição da possibilidade do exercício de alteridade. Entende, portanto, que é a conduta quem deve definir a inaptidão (ou não) para a doação de sangue, e que, impor a esse grupo um lapso temporal de 12 meses para a doação, é impor, também, à luz dessas normativas, que se abstenham de exercer a sua própria liberdade sexual (PLENO, 2017b).

50 O Boletim de Vacinas e Novas Tecnologias de Prevenção informa a exclusão de HSH como doadores de sangue na França foi fortemente criticada por algumas associações, até que, em julho de 2019, o Ministério da Saúde francês anunciou que o período de abstinência de um ano que atualmente deve ser respeitado pelos homossexuais para poder doar sangue na França será reduzido a 4 meses a partir de 1 de fevereiro de 2020 (GIV, 2019).

51 O item se refere a dois documentos, um da Organização Mundial da Saúde – OMS (Blood donor selection: guidelines on assessing donor suitability for blood donation) de 2012, e outro da Organização Pan-Americana de Saúde (Elegibilidade para doação de sangue: recomendações para educação e seleção de doadores de sangue potenciais), de 2009 (BRASIL, 2016a).

O Min. Alexandre de Moraes, divergindo do voto do relator, votou pelo reconhecimento parcial dos pedidos da ação pelas razões que se sucedem. Para ele, é necessário observar que as omissões impugnadas, se analisadas separadas do contexto da legislação de que trata a política nacional de sangue (Lei nº 10.205/2001 e Decreto nº 3.990/2001), podem levar à uma falsa interpretação, já que, desde 2001, as normas ora impugnadas vêm progredindo. Enfatiza que os dispositivos das normativas em questão estabelecem uma série de limitações a partir de estudos técnicos e científicos, apontando não se tratar de ato arbitrário e discriminatório. O ministro cita a legislação de alguns países, em sua maioria europeus, os quais determinam quarentena igual ou superior à exigida no Brasil. Em seguida, trouxe informações do Hemocentro de Ribeirão Preto (SP), que mostra que 15,4% das doações feitas por HSH apresentaram o vírus HIV, enquanto que no restante das doações esse índice ficou abaixo de 0,03%. Assim, votou para a retirada do prazo de 12 meses de abstinência e para dar interpretação conforme à Constituição à alínea 'd' da resolução, para dizer que é possível a doação por HSH, desde que o sangue somente seja utilizado após o teste imunológico, a ser realizado depois da janela sorológica definida pelas autoridades de saúde (PLENO, 2017c).

Acompanhando o voto do relator, o Min. Luís Roberto Barroso, votou pela inconstitucionalidade dos atos normativos questionados por considerá-los desproporcionais. Conclui que há evidente violação do mandamento da proporcionalidade, visto que a janela imunológica laboratorial é de 10 a 12 dias, não havendo, portanto, motivo razoável para a manutenção do período de abstinência sexual de 12 meses por parte dos homossexuais masculinos. Como reforço de sua tese, citou o exemplo do México⁵², onde não se restringe esse tipo de doação e desde 2009 não houve transmissão de HIV pela via sanguínea (PLENO, 2017d).

52 Desde 2012, com a Norma Oficial Mexicana NOM 253, o México não diferencia em razão da orientação sexual os doadores de sangue, deixando claro que se exclirão, por razões sexuais, tão somente os indivíduos com maior probabilidade de serem infectados pelo vírus da Aids, da hepatite B ou C ou outros agentes sexualmente transmissíveis enquanto o fator de risco persistir, sendo estes aqueles que realizam práticas sexuais de risco e os parceiros sexuais de pessoas infectadas por doenças sexualmente transmissíveis (MÉXICO, 2012).

A Min. Rosa Weber, ao também acompanhar o relator, fundamentando que tais normativas não atentam para determinados critérios, como por exemplo, o uso de preservativos ou não, o fato de o doador ter parceiro fixo ou não, sendo estes, na concepção da ministra, parâmetros relevantes para a aceção de conduta de risco (PLENO, 2017d).

Convergindo com o voto do relator, o Min. Luiz Fux se manifestou pela inconstitucionalidade das normas, alegando que os legisladores das ações impugnadas partem da premissa de que a maioria dos homossexuais teriam HIV, contrariando o que dizem as pesquisas e dados epidemiológicos. Adiante, julga ser desproporcional a manutenção da janela imunológica por 12 meses para os HSH. Acentua que criar obstáculos para a doação de sangue no Brasil, é algo extremamente deletério, visto a grande carência nos bancos de sangue (PLENO, 2017d).

3 JULGAMENTO DA ADI 5543/DF: ANÁLISE

É certo que a Administração Pública deve se pautar pela razoabilidade e proporcionalidade, que, como ensina Di Pietro (2017), exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. A razoabilidade, escreve a professora, veda a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Vejamos alguns números.

O argumento principal para tal restrição se centra no elevado número de infecções por HIV neste grupo. De acordo com o último Boletim Epidemiológico (BRASIL, 2019), no período de 2007 a junho de 2019, entre os homens maiores de 13 anos de idade, no período observado, verificou-se que 51,3% dos casos foram decorrentes de exposição homossexual ou bissexual e 31,4% heterossexual, e 2,0% se deram entre usuários de drogas injetáveis.

Em se tratando de doação de sangue, esse número seria mais alarmante caso o sangue doado não sofresse dupla triagem. O sangue doado passa pelo Teste de Ácido Nucleico (NAT) para detectar HIV, HCV e HBV, que diminuiu, em média, de 22 para 10 dias a janela imunológica nos casos de HIV (BRAZ, 2016), o que desmistifica o

discurso da necessidade de uma janela imunológica maior, ainda mais sem a distinção entre sexo protegido e desprotegido para os HSH.

Utilizando-se da experiência internacional para provar este ponto, a Agência de Saúde Pública da França (FRANÇA, 2018) publicou em novembro de 2018 os primeiros resultados da pesquisa *Complidon*, sobre o cumprimento dos critérios de seleção para doação de sangue de doadores. Quase 110.000 doadores de sangue foram entrevistados e revelou que a abertura da doação de sangue em julho de 2016 a HSH não aumenta o risco de transmissão do HIV por transfusão. Ainda de acordo com o estudo, o risco é estimado, durante o período 2015-2017, para uma doação positiva detectada de HIV em 5,2 milhões de doações.

Ademais, a necessidade de se aumentar as doações voluntárias de sangue na América Latina (OPAS, 2018) torna a medida adotada pelo Brasil ainda mais descabida. De acordo com um estudo realizado em 2010 pelo Instituto the Williams da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia estimou que se a atual proibição de HSH for completamente revogada nos Estados Unidos, cerca de 130.150 homens adicionais provavelmente doariam sangue a cada ano, o que poderia aumentar a oferta total anual de sangue nos EUA de 0,6% para 1,4% (GOLDBERG; GATES, 2010).

Noutro giro, instituições sérias, como o Instituto O'Neill de Direito Sanitário Nacional e Global (TSI, 2019), da Universidade de Georgetown, entendem que o período de adiamento deve ser baseado nos comportamentos individuais, em vez de orientação sexual e gênero; primeiro porque o adiamento geral dos HSH é discriminatório, uma vez que nem todos os HSH correm maior risco de infecção pelo HIV; segundo, o período de adiamento de 12 meses está cientificamente desatualizado, tendo em vista que os métodos de prevenção do HIV e os testes de triagem deram grandes saltos ao longo dos anos; e terceiro, porque o adiamento geral para os HSH agrava a escassez de suprimento de sangue nos EUA.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, buscou-se responder qual a plausibilidade da interdição para doação de sangue dos *homens-que-fazem-sexo-com-homens*

(HSH) pelo período de um ano. Nessa linha, objetivou-se, de maneira geral, entender as (des)razões que fundamentaram essa interdição que, na prática, faz-se por definitiva, a partir das teses levantadas no julgamento da ADI 5543/DF no Supremo Tribunal Federal.

Como objetivos específicos, teve-se: a) compreender, no plano dos direitos humanos, a forma como se efetivam os direitos de dignidade da pessoa humana na doação de sangue pelos homossexuais; b) verificar os argumentos da comunidade jurídica nacional acerca do tema, olhando para as discussões que permeiam o julgamento da ADI 5543/DF ainda em andamento; c) analisar, com os dados conseguidos, a razoabilidade da interdição e a proporcionalidade do período proibitivo.

A aplicação do direito internacional dos direitos humanos é guiada pelos princípios fundamentais da universalidade, igualdade e não discriminação, em que todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual têm o direito de usufruir da proteção da lei internacional de direitos humanos, tendo os Estados obrigações de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos de minorias como as dos homossexuais.

A afirmação da liberdade e da igualdade implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade. Entretanto, o tratamento diferenciado entre heterossexual e homossexual é apresentado como um indicador objetivo do sistema desigual de atribuição e de acesso aos bens culturais, embora o princípio da igualdade seja formalmente proclamado.

Nas atitudes discriminatórias do Estado e exclusão de determinados grupos da cidadania plena e ativa, insere-se a proibição da doação de sangue por homossexuais, rotulados historicamente como *grupos de risco*. A discriminação contida nesta proibição é facilmente verificável, tendo em vista que a visão de que a prática de sexo anal eleva o risco de contágio por doenças sexualmente transmissíveis sequer questiona se o sujeito é ativo ou passivo na referida prática, como se heterossexuais também não realizassem coito anal.

Na ADI 5543/DF, a defesa pela doação de sangue dos HSH, fez-se, dentre outras razões, pelo seguinte: a) o HIV é transmissível independentemente da orientação sexual do indivíduo; b) os bancos de

sangue brasileiros são escassos, o que não se coaduna com a interdição de voluntários tão somente por sua orientação sexual; c) o art. 1º, §5º, da Portaria nº 1.353/2011 do Ministério da Saúde diz que a orientação sexual não deve ser utilizada como critério para seleção de doadores de sangue por não constituir risco em si próprio; d) a doação de sangue é um direito da cidadania; e) os direitos LGBTQIA+ são direitos humanos; f) deveria se utilizar os mesmos critérios para todos, independentemente da orientação sexual; g) está se utilizando de um estereótipo estatístico, quando se atribui a um indivíduo certa característica que se acredita pertinente ao grupo social do qual faz parte; h) a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) recomendam o respeito aos direitos humanos e a não discriminação nos atendimentos de saúde, não recomendando, de qualquer forma, interdição temporária de doação de sangue para os HSH para doação de sangue por 12 meses.

Os votos dos ministros convergiram pela procedência dos pedidos da ação, por entenderem que: a) o estabelecimento de um *grupo de risco* com base em sua orientação sexual não é justificável; b) os atos normativos questionados são desproporcionais, uma vez que restringem direitos fundamentais dos homossexuais masculinos; c) as normas questionadas promovem um tratamento discriminatório quando elegem como critério de inaptidão para doação de sangue a orientação sexual do doador, desconsiderando, por exemplo, o uso de preservativo ou não e o fato de o doador ter parceiro fixo ou não; d) elegeram um grupo de risco exatamente por sua orientação sexual, enquanto que pesquisas dizem que atualmente os homossexuais são bem mais cuidadosos, e que o citado aumento de infectados estaria ocorrendo entre homens heterossexuais.

A divergência se deu no voto do Min. Alexandre de Moraes, que votou pela declaração parcial de nulidade, para retirar o prazo de 12 meses de abstinência, mas autorizar que a doação de sangue somente seja utilizada depois do teste sorológico realizado após a janela imunológica definida pelas autoridades de saúde. Dentre seus argumentos estão: a) a legislação que trata da política nacional de sangue aponta a necessidade de proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos; b) desde 2001 as normas sobre essa questão

vêm progredindo, limitando restrições a partir de estudos técnicos e não por conta de orientação sexual; c) a possibilidade de transmissão do vírus nas relações sexuais entre homens é muito maior do que nas relações entre homens e mulheres.

A Administração Pública deve se pautar pela razoabilidade e proporcionalidade, o que exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar e, aplicando-se estas premissas à proibição da doação de sangue por HSH, a medida não se sustenta, uma vez que o sangue doado passa pelo Teste de Ácido Nucleico (NAT) para detectar HIV, HCV e HBV, que diminuiu, em média, de 22 para 10 dias a janela imunológica nos casos de HIV.

A Agência de Saúde Pública da França, por meio da pesquisa *Complidon*, concluiu que a abertura da doação de sangue naquele país a HSH não aumenta o risco de transmissão do HIV por transfusão, sendo o risco estimado, durante o período 2015–2017, de 1 (uma) doação positiva detectada de HIV para cada 5,2 milhões de doações.

Por fim, o período de adiamento deve ser baseado nos comportamentos individuais, em vez de orientação sexual e gênero, porque o adiamento geral dos HSH é discriminatório, uma vez que nem todos os HSH correm maior risco de infecção pelo HIV. Além do mais, o adiamento geral para os HSH agrava a escassez de suprimento de sangue, que é insuficiente na América Latina, de acordo com informações da OPAS.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Lawrence K. New homosexual disorder worries health officials. **The New York Times**, Nova Iorque, 11 maio 1982. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1982/05/11/science/new-homosexual-disorder-worries-health-officials.html>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

AYRES, José Ricardo Carvalho Mesquita *et al.* Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al.* (Orgs.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006. Dis-

ponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4924370/mod_resource/content/1/Ayres%20e%20colaboradores.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Nota Técnica n. 012/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA**. Brasília, [s.n.], 14 jun. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4996495>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

_____. Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução n. 34, de 11 de junho de 2014**. Brasília, DF, 11 jun. 2014. Disponível em: <<https://inc.saude.gov.br/download/resolucao-rdc-n-34-de-11-de-junho-de-2014.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n. 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, ed. 25, seção 01, p. 37, 05 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-158-de-4-de-fevereiro-de-2016-22301274>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico de HIV e Aids**. Brasília, dez. 2019. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/system/tdf/pub/2016/67064/boletim_hivaid_2019.pdf?file=1&-type=node&id=67064&force=1>. Acesso em: 14 mar. 2020.

- BRAZ, Erika. Doação de sangue: métodos de coleta e testagem garantem segurança ao doador. **Blog da Saúde**, Brasília, DF, 25 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/materias-especiais/52017-doacao-de-sangue-metodos-de-coleta-e-testagem-garantem-seguranca-ao-doador>>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Vozes, 2014.
- COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-248/12**. Bogotá: [s.n.], 2012. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- CARBONARI, Pâmela. Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito. **Superinteressante**, São Paulo, 18 maio 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdica-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito/>>. Acesso em: 27 fev. 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões e Revisão Técnica e da Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- FRANÇA. Agência de Saúde Pública. Respect des critères de sélection des donneurs de sang: 1ers résultats de l'enquête Complidon réalisée auprès de 110 000 donneurs. **Santé Publique France**, [S.l.], 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.santepublique-france.fr/presse/2018/respect-des-criteres-de-selection-des-donneurs-de-sang-1ers-resultats-de-l-enquete-complidon-realisee-aupres-de-110-000-donneurs>>. Acesso em: 01 mar. 2020.

- GIV. Grupo de Incentivo à Vida. Doação de sangue por homens que fazem sexo com homens. In: **Boletim de Vacinas e Novas Tecnologias de Prevenção**, São Paulo, n. 33, nov. 2019, p. 40-42.
- GOLDBERG, Naomi G. GATES, Gary J. Effects of Lifting Blood Donation Bans on Men Who Have Sex with Men. **The Williams Institute**, Los Angeles, jun. 2010. Disponível em: <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Gates-Goldberg-MSM-Blood-Ban-Jun-2010.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2020.
- GRENFELL, P. et al. Views and experiences of men who have sex with men on the ban on blood donation: a cross sectional survey with qualitative interviews. **BMJ (Clinical research ed.)**, vol. 343, d5604, 07 set. 2011. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3168936/>>. Acesso em: 14 mar. 2020.
- LIMA, Andréa Moreira. **Política sexual**: os direitos LGBT entre o universal e o particular. Belo Horizonte: Relicário Edições, 2017.
- LOMANDO, Eduardo; WAGNER, Adriana. Reflexões sobre termos e conceitos das relações entre pessoas do mesmo sexo. In: **Revista Sociais e Humanas**, Santa Maria, v. 22, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/1184/699>>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia 2019**. Genebra: ILGA, 2019. Disponível em: <https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- MÉXICO. Secretaria de Saúde. **Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA1-2012**. Diário Oficial, Cidade do México, 26 out. 2012. Disponível em: <<http://www.cnts.salud.gob.mx/descargas/NOM-253-SSA1-2012.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2020.
- ONU. Conselho de Direitos Humanos. **Discrimination and violence against individuals based on their sexual orien-**

tation and gender identity. A/HRC/29/23, 4 maio 2015. Disponível em: <<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F29%2F23&Language=E&DeviceType=-Mobile>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

_____. **Nascidos livres e iguais:** orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Tradução da UNAIDS Brasil. Brasília: [s.n.], 2013. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual-LowRes_Portuguese.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. **Doação voluntária de sangue deve ser otimizada para garantir melhores resultados ao paciente.** Brasília, OPAS Brasil, 12 jun. 2018. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5698:doacao-voluntaria-de-sangue-deve-ser-otimizada-para-garantir-melhores-resultados-ao-paciente&Itemid=839>. Acesso em: 25 mar. 2020.

PLENO - Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (1/2). Brasília, DF: STF, 2017. Vídeo: 01h, 42min, 04s. Disponível em: <<https://m.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=Y19j6fGD37c>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PLENO - Iniciado julgamento de ADI sobre doação de sangue por homossexuais (2/2). Brasília, DF: STF, 2017. Vídeo: 01h, 01min, 33s. Disponível em: <https://youtu.be/-3KwYUS_Xms>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PLENO - Suspensão julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (1/2). Brasília, DF: STF, 2017. Vídeo: 01h, 20min, 20s. Disponível em: <<https://youtu.be/lz5Khv-3GyS4>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

PLENO - Suspensão julgamento de ação contra restrição a homossexuais na doação de sangue (2/2). Brasília, DF: STF, 2017. Vídeo: 01h, 09min, 26s. Disponível em: <https://youtu.be/_wAgtSYEJ-Qo>. Acesso em: 27 fev. 2020.

- SANBS. South African National Blood Service. **Guidelines for medical assessment of blood donors**. [S.l.: s. n.], 2016. Disponível em: <<https://sanbs.org.za/wp-content/uploads/2018/05/INF-MLD-004.3-Guidelines-for-Medical-Assessment-of-Blood-Donors-1.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITI-DIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOCIEDADE DA CRUZ VERMELHA DA REPÚBLICA DA CHINA. Serviço de Transfusão de Sangue da Cruz Vermelha de Hong Kong. Recent changes to donation criteria. **Hong Kong Red Cross Blood Transfusion Service**, Hong Kong, 11 mar. 2019. Disponível em: <<https://www5.ha.org.hk/rcbts/news/news20190310>>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- TSAI, Yi-Shen. Rethinking the deferral period on blood donation: a more tailored measure than general deferral on men who have sex with men. **The O’Neill Institute for National and Global Health Law**, Washington, DC, 30 ago. 2019. Disponível em: <<https://oneill.law.georgetown.edu/rethinking-the-deferral-period-on-blood-donation-a-more-tailored-measure-than-general-deferral-on-men-who-have-sex-with-men/>>. Acesso em: 02 mar. 2020.
- YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Trad. Ana Thorell. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

A IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NO ÂMBITO DO FINANCIAMENTO AGRÍCOLA

Luiz Alberto Pereira Ribeiro

Lucas Mantovani Chiquetti

Julia Lonardon Ramos

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto demonstrar ao leitor, os principais aspectos do instituto da impenhorabilidade da pequena propriedade rural e seus reflexos no âmbito jurisdicional, onde os princípios que regem este instituto são frequentemente discutidos pelos operadores do direito.

Analisar-se-á como o entendimento ofertado pela jurisdição do estado, influência nas relações de negócios agrícolas, em especial, aos financiamentos rurais e na posição em que as instituições que fornecem referidos créditos tomam diante da impenhorabilidade de pequena propriedade rural, vez que, é comum o oferecimento destas propriedades, em tese, impenhoráveis para concessão de créditos.

Também serão abordados os entendimentos pela relativização destes preceitos constitucionais, à luz da boa-fé contratual, uma vez que a guarida constitucional, para alguns doutrinadores, não pode se tornar uma blindagem patrimonial em ocasiões específicas.

O objetivo geral deste trabalho consiste em abordar impenhorabilidade da pequena propriedade rural, para tanto foi necessário: a) expor a evolução da propriedade agrária; b) analisar as características que corroboram com a situação; e, c) desenvolver a tese ora abordada.

Nesse cenário, surgem as controvérsias que serão debatidas acerca da pequena propriedade rural, de forma que este estudo passará a observar de forma minuciosa as questões que convergem com a necessidade de relativização do instituto no caso concreto, bem como as posições pacificadas que firmam o entendimento que esta garantia constitucional não deve ser relativizada.

1 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE AGRÁRIA NO BRASIL E SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Para aquisição de implementos agrícolas, essenciais para o desenvolvimento de suas atividades, os agricultores buscam o financiamento de produtos junto às instituições financeiras, mediante o oferecimento de garantias reais nas quais, a maioria das vezes recai sobre a própria produção financiada, ou a propriedade onde são produzidas. Neste caso, é muito comum a formalização de hipoteca sobre a propriedade rural trabalhada, que por muita das vezes, não ultrapassa o limite de 4 módulos rurais, sendo, portanto, considerada como pequena propriedade rural, segundo a Lei. 8.629/93 em seu art. 4º, inciso II, protegida pela impenhorabilidade

Desta forma, verifica-se que o próprio texto de lei estabeleceu acerca dos conceitos para que não ocorra lacunas de interpretação. Acerca da função social da propriedade tem-se que:

Art. 2º A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais. (Regulamento)

§ 1º Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

§ 2º Para os fins deste artigo, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de pro-

priedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 3o Na ausência do proprietário, do preposto ou do representante, a comunicação será feita mediante edital, a ser publicado, por três vezes consecutivas, em jornal de grande circulação na capital do Estado de localização do imóvel. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 4o Não será considerada, para os fins desta Lei, qualquer modificação, quanto ao domínio, à dimensão e às condições de uso do imóvel, introduzida ou ocorrida até seis meses após a data da comunicação para levantamento de dados e informações de que tratam os §§ 2o e 3o. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 5o No caso de fiscalização decorrente do exercício de poder de polícia, será dispensada a comunicação de que tratam os §§ 2o e 3o. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 6o O imóvel rural de domínio público ou particular objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado, avaliado ou desapropriado nos dois anos seguintes à sua desocupação, ou no dobro desse prazo, em caso de reincidência; e deverá ser apurada a responsabilidade civil e administrativa de quem concorra com qualquer ato omissivo ou comissivo que propicie o descumprimento dessas vedações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 7o Será excluído do Programa de Reforma Agrária do Governo Federal quem, já estando beneficiado com lote em Projeto de Assentamento, ou sendo pretendente desse benefício na condição de inscrito em processo de cadastramento e seleção de candidatos ao acesso à terra, for efetivamente identificado como participante direto ou indireto em conflito fundiário que se caracterize por invasão ou esbulho de imóvel rural de domínio público ou privado em fase de processo administrativo de vistoria

ou avaliação para fins de reforma agrária, ou que esteja sendo objeto de processo judicial de desapropriação em vias de imissão de posse ao ente expropriante; e bem assim quem for efetivamente identificado como participante de invasão de prédio público, de atos de ameaça, seqüestro ou manutenção de servidores públicos e outros cidadãos em cárcere privado, ou de quaisquer outros atos de violência real ou pessoal praticados em tais situações. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 8o A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 9o Se, na hipótese do § 8o, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)(BRASIL, 1993)

Destarte, se por um lado o agricultor utiliza-se de sua única propriedade para obter o financiamento dos insumos necessários para o desenvolvimento de sua atividade, oferecendo-a em garantia, por outro lado, esta garantia se torna ineficaz em casos em que seja necessária a sua execução, pois, o preceito constitucional trazido pela impenhorabilidade da pequena propriedade rural, impede que o imóvel seja conscrito.

Nesse cenário, é evidente que o instituto da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, traz uma enorme insegurança às instituições financeiras, empresas\cooperativas agrícolas, pois, no ordenamento jurídico é sedimentado o entendimento de que mesmo oferecida em garantia, a pequena propriedade rural constitui em direito irrenunciável.

De um modo geral, precipuamente no âmbito do Direito Civil, o direito de propriedade é um dos institutos mais discutidos, que dentro da história caminhou por diversos tratamentos jurídicos e influências sociais e políticas.

No ordenamento jurídico brasileiro, com a vinda do Código Civil de 1916, pode-se observar que o legislador daquela época, adotou ou entendimento mais individualista, na medida em que a propriedade individual passava a ter maior valor dentro das relações jurídicas.

No advento do Código Civil de 2002, as diretrizes da Constituição Federal de 1988 foram incorporadas, de modo que os direitos fundamentais passaram a ter extrema importância no ordenamento civil, sobrevivendo regras mais específicas sobre o instituto da propriedade.

Nesse passo, a propriedade passou a ser incorporada pelo princípio geral da atividade econômica tida no art. 170, inciso II, da Carta Magna de 88, que além da sua função social, demonstrava uma visão mais econômica do estado sobre as propriedades particulares, na medida em que as funções sociais também foram extremamente valorizadas. (CAVEDON 2003)

No tocante ao desenvolvimento rural, a Constituição Federal de 1988 contemplou em seu bojo um capítulo tratando das políticas agrícolas e fundiárias. Partindo da premissa da propriedade familiar, o Estatuto da Terra, trouxe a limitação do módulo rural, que define a propriedade familiar, alvo da proteção social trazida na Constituição Federal.

Quanto ao módulo rural, este passou a ser delimitado e pelo INCRA, levando-se em consideração as características do imóvel, de modo que a apuração do módulo rural não seguia um padrão geral, variando de acordo com os critérios estabelecidos (MARQUES, 2011). Deste modo, a pequena propriedade rural foi delimitada entre um a quatro módulos fiscais (BRASIL, 1993).

Assim, tendo como base a pequena propriedade rural como a porção de terras que não ultrapasse quatro módulos fiscais, pode se dizer que impenhorabilidade da pequena propriedade rural é regida por vários princípios de ordem social, e dentre eles há um acato especial ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme sedimenta Humberto Theodoro Junior (2016, p. 453-454):

Não obstante essa regra de que são penhoráveis os bens alienáveis ou negociáveis do devedor, o certo é que, por razões de outra ordem que não apenas econômica, há, na lei que regula a

execução por quantia certa, a enumeração de bens que, mesmo sendo disponíveis por sua natureza, não se consideram, entretanto, passíveis de penhora, muito embora, ordinariamente, o devedor tenha o poder de aliená-los livremente e de, por iniciativa própria, convertê-los em numerário, quando bem lhe aprouver.

Nesta relação, a expressão trazida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXVI, trata a pequena propriedade rural como impenhorável, quando trabalhada pela família (BRASIL, 1988).

Na leitura do Artigo 5º, inciso XXVI, da CF, verifica-se que o legislador estabeleceu que para que seja impenhorável, o imóvel não pode ser alvo de crédito exequendo pela aquisição do próprio bem, inclusive destacado no Código de Processo Civil em seu Art. 833. Isto porque significaria um evidente enriquecimento ilícito por parte do adquirente do imóvel.

De mais a mais, há de se observar o cuidado em que o legislador tomou em reger impenhorabilidade da pequena propriedade, para que não fosse um instrumento utilizado para adquirentes locupletarem o instituto.

Por outro lado, apesar da exceção supramencionada a jurisprudência é pacífica no sentido de que a pequena propriedade rural é matéria de ordem pública, que pode ser arguida a qualquer momento no processo de execução, inclusive por simples petição nos autos, visto a prevalência do interesse público.

Se afigura visível que que os Tribunais sopesem o direito creditório e o direito do pequeno agricultor rural, porquanto a exclusão da constrição do imóvel não lhe retira o credor o direito de exigir a dívida, mas apenas ao que cinge sobre o imóvel caracterizado como pequena propriedade rural, elevando interesse social a um patamar superior ao direito de crédito. (SANTOS, 2011)

Seguindo o mesmo entendimento, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 280), ao se referir ao inciso VII do artigo 833 do Código de Processo Civil, assevera que “nem a hipoteca permite a quebra da impenhorabilidade incidente sobre a pequena propriedade rural trabalhada pela família”.

2. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL

Consoante o capítulo anterior, aborda-se a legislação pertinente à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, em especial, na relação com o Código de Processo Civil de 2015.

In verbis, aduz o art. 917, CPC:

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

- I - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- II - penhora incorreta ou avaliação errônea;
- III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

§ 1º A incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da ciência do ato.

§ 2º Há excesso de execução quando:

- I - o exequente pleiteia quantia superior à do título;
- II - ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;
- III - ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título;
- IV - o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado;
- V - o exequente não prova que a condição se realizou.

§ 3º Quando alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à do título, o embargante declarará na petição inicial o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 4º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos à execução:

I - serão liminarmente rejeitados, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento;

II - serão processados, se houver outro fundamento, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

§ 5º Nos embargos de retenção por benfeitorias, o exequente poderá requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou dos danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, observando-se, então, o art. 464 .

§ 6º O exequente poderá a qualquer tempo ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

§ 7º A arguição de impedimento e suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148 (BRASIL, 2015).

Desta forma, o artigo acima supramencionado elenca o rol de matérias a serem arguidas quando do embargo a execução, no que tange ao instituto da impenhorabilidade de imóvel, tem-se o inciso dois, o qual fala sobre a incidência errônea de penhora.

Primeiramente vale ressaltar, que a penhora é ato executório intrínseco à execução, em verdade é o primeiro ato executório, que possibilita a individualização dos bens que serão expropriados, a fim de se satisfazer o crédito executado.

A penhora constringe os bens do executado, de modo que os mesmos são basicamente apreendidos ou depositados. Conforme preceitua Carvalho (2008, p. 56) acerca do imóvel rural:

Imóvel agrário é o prédio, em regra rústico, dotado de continuidade físico-econômica e localizado em zona rural ou urbana, que se destine ou se possa destinar à atividade agrária, desde que sobre ele não incida – ou deva incidir – outra atividade preponderante, permitida – ou determinada – em lei e autorizada pelos competentes agentes governamentais.

Entende-se por imóvel agrário, o imóvel antigo, via de regra, com localização em zona urbana ou rural, que é usado para o labor agrário, desde que permitida em lei. O que se entende por módulo rural:

Do módulo rural trata o inciso III do artigo 4o do Estatuto da Terra: a área de terra que, trabalhada e explorada economicamente, direta e pessoalmente pelo agricultor e sua família, e eventualmente com ajuda de terceiros, absorva toda a força de trabalho, revelando-se o quanto baste às necessidades de subsistência, promovendo fundamentalmente o progresso social e econômico do referido conjunto familiar. Significa a área de terra necessária para determinada atividade agrícola, e suficiente para dela extraírem-se os meios necessários para subsistência.

Varia o tamanho em consonância com a atividade desenvolvida no aproveitamento da área. Sendo o imóvel destinado à produção de hortaliças, de frutos e à criação de aves, é bem menor do que aquele onde se desenvolve a pecuária. Entende-se, ainda, como a quantidade mínima de terras admitida no imóvel rural, a unidade básica da terra, equivalendo a área da propriedade familiar, variável de região para região, conforme o tipo de exploração da gleba [...](GRAZIANO, 2004, p. 235)

Acerca do módulo rural, é o perímetro que se utiliza de forma a gerar riquezas ao seu proprietário, desde que o exerce por si ou seus familiares, não permitindo o uso de empregados para tanto, podendo que de forma esporádica outros o auxiliem nas lides agrárias. Seria em regra o pedaço rural onde uma família explora para prover sua subsistência, podendo o tamanho variar a depender da atividade que se trabalha naquele local.

Há um limite mínimo acerca do tamanho, sendo este o ambiente de convívio familiar, ou seja, aquela parte referente a que se destina a moradia da família.

O código que conhece por Estatuto da Terra, valendo-se de outra terminologia, alude que o módulo rural seria uma parcela mais parca do solo, porém, será possível que o trabalhador rural, bem como sua

família procedam com o desenvolvimento necessária a sua subsistência (FERREIRA, 1998).

O módulo rural corresponde ao tamanho mínimo da propriedade no campo, suficiente para garantir o progresso do agricultor e sua família. É o parâmetro básico para dividir a terra, garantindo-se um sítio ideal para cada família. Assim está baseado o módulo rural: no tamanho da propriedade. Menor que o módulo, torna-se incapaz de gerar progresso: surge o minifúndio. Maior, pode se transformar empresa rural. Demasiado, acima de 600 módulos, configura o latifúndio por dimensão. Assim estabelecia o Estatuto da Terra, em 1964. Ora, é fácil argumentar que esses conceitos estão ultrapassados. Progressivamente, as limitações naturais da produção foram sendo rompidas pelo avanço tecnológico. No passado, quando a produção rural estava incipiente, sem uso de máquinas nem insumos químicos, sem melhoramentos genéticos, a terra era o fator fundamental. Quanto mais, melhor. Hoje, entretanto, acabou a relação direta entre tamanho da área e rentabilidade na agricultura. Isso é sensacional. No campo, agora, o que manda é a tecnologia, não a quantidade de terra. Com técnica adequada, um pequeno sítio pode ser mais produtivo e rentável que uma enorme e perdulária fazenda de gado. A adubação de pastagens, impensável no passado, as cercas elétricas, a suplementação alimentar, a precocidade do rebanho e o controle de parasitas configuram novos processos de produção, de elevada produtividade. Acabou a vez do coronel na agropecuária (GRAZIANO, 2004, p. 320).

Assim, módulo rural seria o perímetro rural mínimo, utilizado para o trabalho rural do proprietário e sua família, essa medida é a que se usa para separação e delimitação de terras de cada proprietário. Considerando que uma área que seja inferior a um módulo, esta não poderá auxiliar o proprietário a progredir, devendo assim, ser reconhecida pela nomenclatura de minifúndio. Antigamente, quando não havia a ajuda dos recursos tecnológicos de hoje em dia, a terra era o recurso mais importante da época, por esse motivo argumenta-se que os termos

utilizados no estatuto da terra, promulgada em 1964 são considerados ultrapassados.

A produtividade da propriedade está umbilicalmente ligada ao seu tamanho, todavia, com os avanços tecnológicos, uma parca quantia de terra pode ter surpreendentes ganhos.

Conforme explicita Ciecz (2008, p. 7) a definição de pequena propriedade será definida por região seguindo os seguintes requisitos:

I - a área total em cada região não pode ultrapassar o respectivo limite da pequena gleba rural;

II - o conjunto de imóveis deve ser explorado pelo produtor só ou com sua família, admitida ajuda eventual de terceiros; e

III - o produtor não pode possuir imóvel urbano. Assim, as áreas rurais que não ultrapassarem o limite de sua gleba rural, que os imóveis lá situados sejam somente explorados por seu proprietário e familiares, bem como não seja possuidor de imóvel rural, será considerado pequena propriedade rural.

A jurisprudência caminha no seguinte sentido:

RESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 917, CPC. ÔNUS PROBATÓRIO. JULGAMENTO COM BASE NA VERDADE FORMAL.

1. A ação de prestação de contas tem procedimento especial e restrito, dividindo-se em duas fases distintas, sendo na primeira verificada a possibilidade de apresentação das contas pelo requerido e, na segunda, se procedente a primeira, a análise da regularidade das contas prestadas, ocasião em que ocorre a definição sobre eventual existência de crédito e sua titularidade. 2 - As contas hão de atender as exigências do artigo 917, Código de Processo Civil/1973, sob a forma mercantil, com observância a quatro requisitos: 1) identificação das receitas; 2) aplicação das despesas; 3) demonstração do respectivo saldo; 4) comprovação de todos os elementos anteriores, por meio de documentos que os justifiquem. 3 - As contas desacompanhadas dos documentos que justificam os lançamentos de débitos e

créditos, e divergentes daqueles jungidos ao feito, não prestam ao fim colimado. Igual sorte atribui-se à perícia alicerçada nestes lançamentos. 4 - A imprestabilidade das contas trazidas pela ré e a inutilidade da perícia contábil, limitada aos documentos dos autos, não significa o acolhimento, às cegas, do cálculo informado pelos autores. Há de se buscar a verdade mediante os elementos probatórios dos autos e, se ausentes, desacolher a pretensão de reconhecimento do crédito, por inobservância ao artigo 333, Código de Processo Civil/1973. 5 - Apelo parcialmente provido. Declaradas insubsistentes as contas prestadas pela ré e inexistente crédito em favor de qualquer das partes. (TJ-GO - AC: 03094056520028090074, Relator: DES. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, Data de Julgamento: 09/08/2016, 3A CAMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2102 de 01/09/2016) (BRASIL, 2016)

Em contrapartida, tem-se que a impenhorabilidade por ser alegada nos embargos conforme artigo 917 do CPC, ou até mesmo por simples petição de “impugnação” (THEODORO JUNIOR, 2016), dependendo da fase processual em que se encontra a execução. E, ainda:

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – VIOLAÇÃO DO ART. 917, CPC – APRESENTAÇÃO DE FORMA CONTÁBIL – PRECLUSÃO – COMPLEXIDADE DOS CÁLCULOS – AGRAVO DESPROVIDO. A prestação das contas deve obedecer a forma mercantil em valores certos e exatos, donde há como se apurar tanto o passivo ou ativo das contas (art. 917, CPC) A jurisprudência tem possibilitado a prestação de contas de maneira simplificada, contudo tal relativização somente é possível quando as contas apresentadas se mostrem suficientes a elucidar as contas, registros e demais atos e fatos contábeis. Encontra-se preclusa a discussão quanto a forma da prestação de contas, uma vez que em razão da complexidade dos cálculos, a magistrada já havia determinado que a prestação ocorresse de forma mercantil, indicando que não aceitaria a apresentação de livros e balancetes, sendo certo que contra essa decisão não houve a interposição de recurso (BRASIL, 2015).

O rol do art. 833 do CPC/2015, contempla as hipóteses em que a lei considera quais bens são impenhoráveis ou inalienáveis, e em especial no inciso VII do referido artigo traz a impenhorabilidade da pequena propriedade rural definida em lei, desde que trabalhada pela família.

A partir daí que se tem a ideia da impenhorabilidade absoluta, ainda que inexistam demais bens do devedor passíveis de penhora. É visível que o legislador ao adotar a taxatividade no art. 833 do CPC/2015 buscou contemplar as os preceitos constitucionais nas hipóteses em que eventual penhora causasse dano à dignidade do devedor, inclusive, em relação à pequena propriedade rural e sua função social no ordenamento jurídico.

Embora a impenhorabilidade a que se refere o art. 833, CPC seja de caráter absoluto, referida proteção vem sendo afastada com a analogia da proteção dada por bem de família contida na lei 8.009/1990, na qual há a salvaguarda quanto à impenhorabilidade no caso em que o imóvel seja oferecido em hipoteca com garantia real, na forma do Art. 3º, inciso V da referida lei.

Assim a jurisprudência vem afastado a impenhorabilidade sobre a pequena propriedade rural quando dada em hipoteca, seguindo a lógica da Lei 8.009, permitindo a penhora sobre a pequena propriedade rural.

3 IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

A constituição Federal, como já explicitado entende como impenhorável a pequena propriedade agrícola, ademais a Lei 8.629 de 1993 trouxe parâmetros para averiguar qual o tipo de propriedade rural que irá se beneficiar dessa imunidade concedida pelo constituinte. Desta forma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA - ENQUADRAMENTO DO IMÓVEL COMO PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - LEVANTAMENTO DA PENHORA. I - A Constituição Federal dá como impenhorável a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que

trabalhada pela família. A Lei 8.629/93, que trouxe definição acerca do que seria a pequena, média e grande propriedade rural para fins de reforma agrária, supre a lacuna conceitual, servindo de parâmetro para o fim de se averiguar, objetivamente, se uma propriedade rural se enquadra como pequena e, portanto, sendo protegida Constitucionalmente pela impenhorabilidade. II - Classifica-se como pequena propriedade rural, nos termos do art. 4º da Lei 8.629/93, o imóvel rural de área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) ”módulos fiscais”. No caso, o imóvel possui área correspondente a um módulo fiscal (BRASIL, 2019).

A questão concernente ao artigo 333, I, CPC, trata-se do ônus da prova no que tange ao enquadramento da propriedade rural, o qual a lei de 1993 supre entendendo que se trata de propriedade de até 4 módulos fiscais, poderá ser entendida como pequena propriedade rural. Assim a jurisprudência tem entendido neste sentido:

RECURSO ESPECIAL - ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL -PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL -PROPRIEDADE RURAL - CONCEITO - MÓDULO RURAL - IDENTIFICAÇÃO -NECESSIDADE - PEQUENA PROPRIEDADE RURAL UTILIZADA POR ENTIDADEFAMILIAR - IMPENHORABILIDADE - RECONHECIMENTO - RECURSO ESPECIALIMPROVIDO. I - A questão relativa ao artigo 333, I, do Código de Processo Civil, relativo ao ônus da prova, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do enunciado 211 da Súmula desta Corte. II - Para se saber se o imóvel possui as características para enquadramento na legislação protecionista é necessário ponderar as regras estabelecidas pela Lei n.º 8629/93 que, em seu artigo 4º, estabelece que a pequena propriedade rural é aquela cuja área tenha entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais. Identificação, na espécie. III - Assim, o imóvel rural, identificado como

pequena propriedade, utilizado para subsistência da família, é impenhorável. Precedentes desta eg. Terceira Turma. IV - Recurso especial improvido (BRASIL, 2011).

Ainda, a Lei de 1993 abordou o assunto da reforma agrária trazendo em seu bojo requisitos para não desapropriação, desde que siga todos os elementos dispostos no corpo da legislação, *in verbis*:

Art. 7º Não será passível de desapropriação, para fins de reforma agrária, o imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico que atenda aos seguintes requisitos:

I - seja elaborado por profissional legalmente habilitado e identificado;

II - esteja cumprindo o cronograma físico-financeiro originalmente previsto, não admitidas prorrogações dos prazos;

III - preveja que, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da área total aproveitável do imóvel seja efetivamente utilizada em, no máximo, 3 (três) anos para as culturas anuais e 5 (cinco) anos para as culturas permanentes;

IV - haja sido registrado no órgão competente no mínimo 6 (seis) meses antes do decreto declaratório de interesse social

IV - haja sido aprovado pelo órgão federal competente, na forma estabelecida em regulamento, no mínimo seis meses antes da comunicação de que tratam os §§ 2o e 3o do art. 2o. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Parágrafo único. Os prazos previstos no inciso III deste artigo poderão ser prorrogados em até 50% (cinquenta por cento), desde que o projeto receba, anualmente, a aprovação do órgão competente para fiscalização e tenha sua implantação iniciada no prazo de 6 (seis) meses, contado de sua aprovação (BRASIL, 1993).

O entendimento é de que não será objeto de desapropriação, quando de uma reforma agrária imóvel onde esteja funcionando projeto

técnico, todos os prazos estabelecidos, serão prorrogados por até 50%, desde que aprovados pelo órgão competente (MARQUES, 2011).

Será considerado como sendo cumprido os requisitos da propriedade rural quando ocorre o aproveitamento equilibrado, neste ponto entende-se todo e qualquer recurso ambiental disponível.

A terra deverá ser viabilizada para todos, desde que seja cumprida sua função social, podendo permanecer em sua terra desde que trabalhe e viva naquele ambiente. Assim, os tribunais vêm entendendo pela impenhorabilidade da propriedade rural para que os pequenos produtores rurais não percam seu meio de subsistência e de sua família.

Também merece destaque o limitador estabelecido pela legislação de que a impenhorabilidade em questão não é oponível à cobrança do crédito em relação à aquisição do próprio imóvel, além da necessidade de prova clara e objetiva de que o imóvel produz em regime de agricultura familiar. Tais contornos evidenciam a importância da agricultura familiar para o país e demonstram que o Judiciário em suas instâncias vem, em regra, participando da manutenção do agricultor familiar em sua pequena propriedade rural, sem perdê-la em favor de débitos constituídos em razão de sua atividade produtiva, aplicando não só os ditames constitucionais, mas também a legislação infraconstitucional (HAMMES e DEPONTI, 2017, p. 23).

Desta feita, restou evidenciado que quando atendido aos requisitos, quais sejam, do tamanho da propriedade rural, da vivência em regime de economia familiar, onde plantam e vivem naquela terra, e da inexistência de posse de imóvel urbano, não serão objeto de penhora, a propriedade rural.

CONCLUSÃO

Restou evidenciado, portanto, que para aquisição de implementos agrícolas, essenciais para o desenvolvimento de suas atividades, os

agricultores buscam o financiamento de produtos junto às instituições financeiras, mediante o oferecimento de garantias reais nas quais, a maioria das vezes recai sobre a própria produção financiada, ou a propriedade onde são produzidas.

Ainda, tendo como base a pequena propriedade rural como a porção de terras que não ultrapasse quatro módulos fiscais, pode se dizer que impenhorabilidade da pequena propriedade rural é regida por vários princípios de ordem social, e dentre eles há um acato especial ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Acerca da pequena propriedade rural e a impenhorabilidade, vale ressaltar, que a penhora é ato executório intrínseco à execução, em verdade é o primeiro ato executório, que possibilita a individualização dos bens que serão expropriados, a fim de se satisfazer o crédito executado. A penhora constringe os bens do executado, de modo que os mesmos são basicamente apreendidos ou depositados.

Demonstrou-se que a produtividade da propriedade está umbilicalmente ligada ao seu tamanho, todavia, com os avanços tecnológicos, uma parca quantia de terra pode ter surpreendentes ganhos.

Por fim, resta claro o entendimento de que a propriedade rural não será objeto de desapropriação, quando existir uma reforma agrária imóvel onde esteja funcionando projeto técnico, sendo todos os prazos estabelecidos, prorrogados por até 50%, desde que aprovados pelo órgão competente.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.629, de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Casa Civil. Subchefia para assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 25 fev. 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás – **Apelação Cível 03094056520028090074**, Relator: DES. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, Data de Julgamento: 09/08/2016, 3A CÂMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2102 de 01/09/2016..

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso – **Apelação: 00623866420158110000 62386/2015**, Relator: DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, Data de Julgamento: 19/08/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/08/2015.

BRASIL. TJ-MT - AI: **00623866420158110000 62386/2015**, Relator: DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, Data de Julgamento: 19/08/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/08/2015

BRASIL. TRF-4 - AG: **5035774-27.2018.4.04.0000**, Relator: LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Data de Julgamento: 21/03/2019, SEGUNDA TURMA.

BRASIL. STJ - **REsp: 1284708 PR 2011/0202500-5**, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 22/11/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/12/2011

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**. Salvador: Juspodium, 2008.

CAVEDON, F. de S. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

CIECZ – Ciência e Comunicação na Amazônia. **Guia de legislação ambiental para o pequeno produtor rural**. ALMEIDA et al. Série Boas práticas. V. 5. Sá. 2008.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRAZIANO, Xico. **O carma da terra no Brasil**, Editora A Girafa, São Paulo, 2004.

HAMMES, Elia Denise, DEPONTI, Cidonea Machado. **Aspectos da Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural e o Desenvolvimento Rural**. Unijuri. 2017

JUNIOR, H. T. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARQUES, B. F. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, E. F. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: DIREITOS E GARANTIAS

Fernanda de Carvalho Dantas

Claudia de Carvalho Dantas

1. Introdução

O Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) não é normatizado no Brasil. Embora a República Federativa do Brasil não tenha positivado esse instituto, a Diretiva Antecipada de Vontade é uma realidade em alguns países, tais como: França, Espanha, Estados Unidos, Austrália e Inglaterra.

As DAV não devem ser entendidas apenas como escolhas no momento de terminalidade vital, até porque, dadas as especificidades envolvidas a essa problemática, a pessoa precisa dispor de alguns atributos e, dentre eles, a consciência livre e autônoma, devendo manifestar de forma expressa e prévia a respeito de cuidados e tratamentos que desejará ser submetida, ou não, no momento em que estiver incapacitada de fazê-lo. Logo, a DAV é um instituto para ser feito quando a pessoa estiver em pleno gozo de sua autonomia e capacidade.

Considerando os inúmeros processos judiciais que versam sobre escolha de tratamento; entendendo pela importância de resguardar a autonomia do paciente conforme consta na Constituição Brasileira; e, somado a inexistência de positivação em um dispositivo legal brasileiro, o Brasil possui duas propostas de lei com vistas à regulamentação: uma no Congresso Nacional e a outra na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Até o momento, dada a inexistência de norma específica, o magistrado recorre, primordialmente, aos princípios constantes na Carta Magna, bem como, em alguns dispositivos infraconstitucionais, sendo um deles, de órgão desprovido de autonomia legiferante, no caso, a Resolução do CFM 1.995/12. Apesar da presente resolução do Conselho de Medicina não possuir efeito *erga omnes* (DADALTO, 2013; PITELLI, 2002), é o dispositivo mais utilizados para respaldar as sentenças dos magistrados que parecem desconhecer as demais normatizações da área da saúde que tratam da autonomia de usuários desses serviços no que tange ao aceite ou à recusa de tratamentos em geral. Tais normatizações serão listadas em momento posterior.

A vida e a saúde, bases dos mais nobres direitos fundamentais, confronta-se, cotidianamente, nos tribunais de justiça em postulações que ora requerem a garantia do tratamento de saúde, ora requerem o direito à recusa/restrição deste. Neste ínterim, é razoável encontrar processos arquivados por falta de interesse de agir, no qual o magistrado, em respeito ao Princípio do Impulso Oficial, extingue o processo sem resolução de mérito. O que se observa é que, geralmente, as pessoas possuem suas certezas e vontades momentâneas e mudam de posicionamento/opinião conforme as circunstâncias.

Destarte, conforme avançam os dias/meses/anos; conforme avançam as relações interpessoais; conforme avançam as inovações tecnológicas e possibilidades de usufruto, as pessoas tendem a mudar suas opiniões e desejos. Essa transição é tratada de forma salutar por um importante sociólogo, Zygmunt Bauman, que a denominou de modernidade líquida, que será detalhado mais adiante neste artigo.

Nesse sentido, justifica-se o presente artigo tendo em vista a possibilidade de ampliar o debate acerca da autonomia com foco nos conceitos de modernidade líquida de Zygmunt Bauman. Outra justificativa repousa na demanda crescente de processos judiciais em prol da autonomia de vontade frente a tratamentos e recusa de cuidados; bem como, pela oportunidade de conhecer normas positivadas existentes sobre o instituto em questão.

Isto posto, o presente artigo tem por objetivos: listar normas brasileiras que contemplam questões relacionadas à autonomia do paciente no âmbito da saúde; e analisar as vertentes das DAV tendo como norte

os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federativa do Brasil, com foco na autonomia do paciente, correlacionando-as à Teoria de Zygmunt Bauman.

Como forma de alcançar os objetivos supracitados, foi realizada pesquisa fundamentada no método dedutivo e, como referencial teórico adotou-se a Teoria da Modernidade Líquida de Zygmunt Bauman. Como técnica de pesquisa foi realizado um levantamento bibliográfico no Portal Capes; levantamento da legislação brasileira constitucional e infralegal sobre autonomia; e leitura de livros sobre o referencial teórico que embasam o presente artigo.

2. A autonomia sob a ótica constitucional: direitos e garantias fundamentais correlatas

Um direito, em sentido lato, pode ser entendido como algo que não pode ser negado ao ser humano, caso se tenha como base o ordenamento jurídico no qual esse indivíduo se encontra submetido. Nesse sentido, pode-se dizer que direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição. Esse entendimento é ancorado em George Mar-melstein (2014, p.17) que elucida que:

[...] direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

De acordo com Abrantes (2016, p.135) “a proteção dos direitos fundamentais constitui a base do sistema jurídico brasileiro, o qual tem como premissa fundamental assegurar o respeito à dignidade humana”, Grando e Lucion (2016, p.11) complementam lembrando que “os direitos fundamentais constituem-se em uma das maiores conquistas dos cidadãos brasileiros”. Por conseguinte, dada a sua importância para a sociedade, têm sido estudados ao longo dos tempos e muitos autores/ doutrinadores/ pesquisadores buscaram atribuir características aos direitos fundamentais.

A esse respeito, evocamos Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 3-39), que enumerou tais atributos da seguinte forma:

[...] a) fundamentalidade; b) universalidade e internacionalização; c) autonomia; d) indivisibilidade; e) historicidade; f) positividade; g) sistematicidade; h) abertura e inexauribilidade; i) projeção positiva; j) perspectiva objetiva; k) dimensão transindividual; l) aplicabilidade imediata; m) concordância prática ou harmonização; n) restringibilidade excepcional; o) eficácia horizontal ou privada; p) proibição de retrocesso; q) maximização (otimização).

No tocante à lista proposta pelo Professor Rothenburg, é de relevância destacar a autonomia. A autonomia encontra-se presente em todas as demandas que visam pleito de algo ou de alguma coisa e, neste artigo, é de vital importância seu entendimento para compreender o tema das Diretivas Antecipadas de Vontade, bem como compreender, à luz da modernidade líquida, a forma como se comporta os desígnios de autonomia ao longo de nossa existência para a coerente tomada de decisão.

A razão humana, aliada à liberdade de agir, solidifica o entendimento da autonomia como presença prática diária. A reflexão permanente da condição de sujeito coloca o exercício da liberdade conjuntamente ao dever ser, logo, as motivações que se está a investigar complementam-se, validando o ato justo e manifestando o comportamento de agir conforme a razão. Mediante decisões individuais e de encontro a intenções que realcem a produção de reflexões, o sujeito racional prospera em aliar livremente suas atitudes para melhorar ações futuras (ZAMBAM; ANTUNES, p.17, 2018).

Para todo aquele que deseja manifestar uma declaração de vontade é de salutar importância o entendimento sobre a autonomia. A autonomia pode ser compreendida como uma faculdade que o indivíduo tem de manifestar suas escolhas, escolhas essas que devem estar em consonâncias aos preceitos constitucionais quando se deseja pleitear algo

na esfera do erário. No entendimento de Moreira e Degrava (2018) a autonomia é destacada da seguinte forma:

[...] é a capacidade de os seres humanos agirem conforme a sua vontade, alguns autores entendem que os direitos fundamentais devem ser exercidos com autonomia por seu titular, que deve saber o poder do seu alcance, ou seja, o direito deve conferir um estatuto que preserve e promova a autonomia.

Contudo, conforme ainda destacam os advogados anteriormente citados, “é necessário analisar que essa autonomia pode ser mitigada para proteger a pessoa de situações sociais opressivas e até mesmo proteção da pessoa contra si mesma”. É dentro desse contexto que, entende-se que o fato de uma pessoa constituir suas Diretivas Antecipadas de Vontade, não significa dizer que será atendida. O atendimento para liquidar as demandas autonomamente expressas do que deseja ou não receber em termos de tratamento, por exemplo, quando do momento de terminalidade, deverá estar em consonâncias aos preceitos constitucionais. Caso contrário, a autonomia poderá ser mitigada em razão do bem comum e do próprio bem daquele que a registrou.

Neste momento do debate, é tempestivo esclarecer a diferenciação da autonomia privada da autonomia de vontade. Inicialmente, apresenta-se o entendimento de Pinto (2006, p.378) que afirma que a autonomia privada “consiste na possibilidade de os sujeitos jurídicos privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições reconhecidas pela ordem jurídica” (2006, p. 378). Corroborando às palavras de Pinto, o Professor Steinmetz (2004, p. 190-191) complementa elucidando que a “autonomia privada pode ser definida como o poder conferido pela lei aos particulares para que, livres e soberanamente, auto regulamentem os próprios interesses.”

Cabe ainda apresentar o entendimento de Moreira e Degrava (2018) a respeito desses dois tipos de autonomia:

Não se pode confundir autonomia privada com autonomia da vontade – autonomia da vontade dá ênfase, dá destaque à von-

tade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação da vontade, fonte de efeitos jurídicos.

Nesse contexto, é possível concluir que a autonomia de natureza privada pode ser mitigada, cujos limites são impostos pelos direitos fundamentais, ou seja, direitos esses positivados na Constituição Federal, o que confere segurança para todos os envolvidos nessa relação entre particulares, de modo a fornecer equilíbrio na relação entre sujeitos, como é o caso do que é estabelecido nas Diretivas Antecipadas de Vontade.

Ao invés do juiz, por meio de uma decisão heterônoma nomear um curador, por meio de uma decisão pessoal, atualmente uma pessoa pode designar, por meio de um documento, registrando quem deseja que tome as decisões por si, quando houver um momento em que se encontrar incapaz de fazê-las. Assim, por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade, o paciente pode deixar expressa essa sua vontade, informando o nome de alguma pessoa que, certamente, tenha o conhecimento de sua filosofia de vida, seus projetos, suas vontades, que conheça mais em particular sua forma de tomar decisão para que, em momento onde perder sua autonomia, essa pessoa possa ocupar a representação e agir em seu nome, de modo que sua dignidade não seja aviltada.

Do exposto, a partir de tais reflexões, cabe elucidar que, para o enfrentamento do poder judiciário na composição de lides dessa natureza, a interpretação do caso concreto deverá abarcar, minimamente, três importantes princípios estatuídos na Carta Magna, a saber: Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, CFB), da Autonomia Privada (princípio implícito no art. 5o) e a proibição constitucional de tratamento desumano (art. 5o, III, CFB). Significa dizer que a Lei Maior do Brasil reconhece o direito à vida desde que esta seja digna e mais, reconhece a autonomia da pessoa. Assim, obrigar uma pessoa a se submeter a um tratamento que ele não deseja quando este não terá função de lhe devolver uma vida plena é degradante.

Existem normas infraconstitucionais que pouco são referenciadas pelo Magistrado e que gozam, em termos de hierarquia legal, de maior

destaque quando comparadas a resolução de uma entidade de classe, que não possui poder legiferante, embora seja reconhecida a sua importância por suscitar provocações ao poder legislativo para cumprir com uma de suas essenciais funções que é o de criar as leis. A seguir, são listados documentos e alguns fragmentos que dão guarida para autonomia da pessoa no tocante à tratamento e serviços de saúde, que poderiam ser evocados por magistrados quando da fundamentação de suas sentenças:

Lei Nº 8.080/1990

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

Lei 10.406/2002

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Lei 10.741/2003

Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Lei 8448/2019 altera a Lei 3613/2001

Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no estado do rio de janeiro e dá outras providências

Art. 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado do Rio de Janeiro:

VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem realizados;

Lei 10.241/1999

Regula sobre os direitos dos usuários dos serviços de saúde

Artigo 2º - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;

Lei 16.279/2006

Art. 2º São direitos do usuário dos serviços de saúde no Estado (Minas Gerais):

XVI - ser atendido em local digno e adequado;

XVII - receber ou recusar assistência moral, psicológica, social ou religiosa;

XX - recusar tratamento doloroso ou extraordinário.

Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) Nº 553/2017

§11 É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe:

VI - a informação a respeito de diferentes possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado em evidências e a relação custo-benefício da escolha de tratamentos, com direito à recusa, atestado pelo usuário ou acompanhante;

VII - a escolha do local de morte;

VIII - o direito à escolha de tratamento, quando houver, inclusive as práticas integrativas e complementares de saúde, e à consideração da recusa de tratamento proposto;

Apesar das normas que foram listadas anteriormente, algumas serem de natureza ordinária, muitos magistrados parecem desconhecer, pois o que se percebe na motivação das decisões são os documentos, em sua grande maioria, pertencente a entidade de classe da medicina, a qual não possui efeito *erga omnes*, conforme, também defendido por Dadalto (2013) e Pitelli (2002). Tais documentos e fragmentos são apresentados, a seguir.

Resolução CFM 1931/2009

É proibido ao médico

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Resolução CFM 1.805/2006

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Resolução CFM 1.995/2012

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

É razoável a compreensão de que, a autonomia não é um simples querer do paciente, não é uma folha em branco conforme já dito pelo educador Paulo Freire. Só será legitimado e terá o merecimento se o ato de autonomia se conformar por outros princípios existentes no ordenamento jurídico. Se for incluído nas declarações prévias, vontades de encontro ao estatuído na Carta Magna, elas serão ignoradas/invalidadas pelo ordenamento jurídico, ou seja, serão desconsideradas por ofensas a direitos fundamentais ou a outros princípios que estão na constituição. O fato de registrar em documento vontades não significa dizer que será atendido. A autonomia pode ser entendida como um valor e tem dignidade constitucional, fazendo parte de um dos valores preconizados pela Constituição Federal, assim como a dignidade da pessoa humana. Logo, o que se deseja, deve sempre encontrar guarida na Carta Cidadã, em conformidade aos princípios desta constituição.

O respeito a regras de razoabilidade para o ato de autonomia é condição *sine quo non*. Por exemplo: se uma pessoa colocar em suas Diretivas Antecipadas de Vontade o pedido de tornar célere a sua morte tão logo seja internado em estabelecimento assistencial de saúde, essa pessoa terá sua vontade atendida? Jamais! A autonomia não é um cheque ou uma folha qualquer em branco assinada. Não seria possível pela ilicitude do objeto, uma vez que tal pedido se configura em eutanásia e no ordenamento jurídico brasileiro a pessoa que o der causa responderá por homicídio privilegiado. Se ao contrário, a pessoa em suas Diretivas Antecipadas de Vontade pedir que os profissionais de saúde mantenham sua vida a todo custo? Essa situação seria, portanto, acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro? A resposta é: Não! Pois estaríamos diante de uma vontade que se caracteriza como distanásia o que também contraria a constituição federal que defende a dignidade da pessoa humana e ratifica que não se pode ser submetidos a tratamentos degradantes e tortura. Logo, ao solicitar ações que configurem

a distanásia ou eutanásia, estaremos diante de uma diretriz nula por força de objeto ilícito.

Por fim, a reflexão final que se faz relevante pontuar é: conforme as normas constitucionais, não são possíveis e nem lícito dispor de técnicas excessivas que fere a razoabilidade sem resultado prático relevante, como também não é possível abreviar a vida, havendo possibilidade de investimento. O maior desafio, e fica a provocação, é o limiar que define o que é técnicas excessivas que fere a razoabilidade e o que seria sofrimento desnecessário quando se trata das tecnologias que muitas das vezes trazem conforto para o final de vida do ser humano, ao contrário do que se defende em termos jurídicos.

4. A autonomia à luz da modernidade líquida.

Bauman (2018) em seu livro *Modernidade Líquida* descreve que “houve um tempo em que conceitos eram sólidos: ideias, ideologias, relações, blocos de pensamento moldando a realidade e a interação entre as pessoas”. Este respeitado sociólogo e professor da Faculdade de Economia de London contextualiza o Mundo Líquido destacando que o século XX foi de muitas conquistas tecnológicas, guerras e questões de ordem política que aos poucos foi possível perceber a desconstrução do mundo sólido. Bauman (2018) elucida ainda que a “pós-modernidade trouxe com ela a fluidez do líquido, ignorando divisões e barreiras, assumindo formas, ocupando espaços diluindo certezas, crenças e práticas”. Assim, a antinomia estabelecida entre o mundo sólido e o mundo líquido é a âncora do pensamento de Zygmunt Bauman.

Isso significa dizer que posicionamentos, decisões, crenças, valores dentre outras especificidades inerentes à faculdade humana que hoje, uma pessoa possa entender como certa, amanhã pode ser o oposto de suas percepções. Ou seja, saímos de estados aparentemente “sólidos” para “líquidos” em questão de minutos, horas, dias, semanas meses ou anos. Por exemplo, com uma simples conversa onde um dos comunicantes passe confiança e apresente argumentos persuasivos, uma pessoa muda sua forma de pensar e agir. Antigamente, por exemplo, os contratos expressos eram des-

necessários, pois bastava “dar a palavra” para selar um contrato de forma tácita. Hoje, os mesmos são cada vez mais fugazes e, mesmo havendo cláusulas milionárias, muitas pessoas descumprem acordos expressos por puro capricho ou por entenderem que não querem mais cumprir a obrigação e, depois, algumas chegam a se arrependem e alegam o seu desconhecimento.

Na atualidade, tudo é passível de mutação e transformação no tocante às condutas e aos humanos que, a todo momento, há avanços/descobertas e o direito tenta acompanhar essa evolução criando leis ou vetando leis, para se ajustar aos desígnios da sociedade uma vez que, de acordo com o Ministro Luiz Fux “É o direito que deve servir à pessoa, não o contrário” (STF, 2016). Assim, conhecer tais causas e acompanhar a frequência que aparecem nos tribunais e em trabalhos científicos é uma forma de fazer o direito, ajustando-o aos anseios da sociedade.

Silva, Mendes e Alves (2015) referem que na modernidade “tudo é volátil, as relações humanas e a vida em conjunto (como as relações familiares, de casais, de grupos de amigos, de afinidades políticas e assim por diante), perdem consistência e estabilidade”.

No sentir de Furlan e Maio (2016) “a vida líquido-moderna presuppõe a transitoriedade universal, a fluidez instantânea das coisas, dos conhecimentos, das relações humanas”. E assim, as discussões acerca de determinado tema que hoje podem ser encaradas como sólidas, em questão de tempo pode perder sua solidez. A sociedade é suscetível a influências sociais que em alguns casos, somam-se às influências biológicas intrínsecas, como é o caso dos transtornos mentais que, mal diagnosticado e sem tratamento adequado, impede o indivíduo de tomar decisões conscientes.

É nesse âmbito de discussão que se insere o importante instituto da Diretiva Antecipada de Vontade. Até que ponto a pessoa está certa de suas vontades? Qual a garantia que uma pessoa tem ao constituir sua Diretiva Antecipada de Vontade e, ao se encontrar enfermo, sem interação verbal e visual, mas com cognição preservada, muda a sua forma de pensar e, portanto, não deseja mais os efeitos expressos em suas declarações prévias? Isso seria possível? Pela área da saúde sim!

Uma outra situação é aquela dos pais que não autoriza o tratamento com sangue em seu filho absolutamente incapaz e diante de tal situação torna-se necessário recorrer ao juízo. Suponha que seja dada sentença em favor desses pais e, portanto a criança faleça por falta do sangue. Suponha que, mais tarde, esses pais que não autorizaram tratamento com sangue em função de crença religiosa, hoje sem o filho que faleceu, muda sua forma de ver o mundo e deixa de seguir os preceitos dessa crença religiosa. Ao contrário, suponha que o juízo tenha autorizado o sangue que foi, tempestivamente, administrado e a criança se curou, e ao chegar a maioridade, professa crença religiosa onde não é previsto se abster de sangue? Caso o Juízo desse sentença a favor da vontade dos pais, a criança não chegaria a fase adulta para exercer seu poder de escolha, ou seja, sua autonomia. Como refletir sobre situações como essa para compor da melhor forma possível as sentenças?

De acordo com Bauman, o ser humano tem a capacidade de mudar seus posicionamentos a partir da interação social, pelo que ouve, vê, fala e passa. No primeiro exemplo, considerando que, pela ciência, o último sentido a se extinguir é a audição, o que não garante que uma pessoa que constituiu suas Diretivas Antecipadas de Vontade, ao se encontrar nessa situação, embora sem interação (visual e verbal) com a equipe de saúde que diariamente a assiste, apenas ouvindo as conversas ao seu redor (seja da equipe, seja durante a visita) não desejaria mudar sua Diretiva Antecipada de Vontade? Como lidar com as situações em que a pessoa acaba por ouvir tudo aquilo que está ao seu redor, mas que não consegue se comunicar por uma incapacidade “momentânea” biológica e, em função do que ouve não passa a almejar os tratamentos que a própria registrou não desejar? É sabido que, as Diretivas Antecipadas de Vontade podem ser revogadas a qualquer momento, logo como revogar em situações como essa?.

A ciência já provou que o último sentido a se extinguir é a audição. Logo, situações como essa é perfeitamente possível. Mas como tratar casos concretos dessa natureza? O estudo do biodireito, mas especificamente na área da linguagem não verbal se faz indispensável para a correta composição do caso concreto. O olhar apenas jurídico no âmbito da autonomia da pessoa não é o suficiente devendo ser acompanhado do olhar psicológico, social e biológico.

5. Conclusão

É possível concluir que a dificuldade em abordar o tema da autonomia da pessoa, em especial, quando envolve a abreviação da vida desta, está associada à dificuldade de lidar com o ônus da responsabilidade pessoal/moral de se envolver contribuindo com essa terminalidade.

Conforme observado nas discussões desse artigo, o magistrado dispõe de três importantes princípios estatuídos na Carta Magna, a saber: Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia Privada e a proibição constitucional de tratamento desumano. Significa dizer que a Lei Maior do Brasil reconhece o direito à vida desde que esta seja digna e mais, reconhece a autonomia da pessoa. Assim, obrigar uma pessoa a se submeter a um tratamento que ela não deseja, quando este não terá função de lhe devolver uma vida plena, é degradante.

Considerando a existência de órgãos que legislam sem efeito *erga omnes*, bem como, a existência de diversos países com normas positivadas sobre as DAV, em função da importância do tema e da demanda social, depreende-se pela necessidade de edição de uma lei para dispor das especificidades necessárias que garantam e regulamentem a devida Diretiva Antecipada de Vontade com vistas a nortear a comunidade jurídica e membros da sociedade que desejarem dispor desse direito subjetivo.

A esse respeito, vale destacar que, as Diretivas Antecipadas de Vontade de uma pessoa, em breve, será uma realidade positivada no cenário Brasileiro, conferindo maior segurança jurídica para aquele que pleiteia e para aquele que prolata a sentença. Contudo, considerando a repercussão do tema, em especial por necessitar de uma análise interdisciplinar para a garantia da melhor resolução para o caso concreto, se faz indispensável um olhar jurídico, psicológico, social e biológico, no sentir das autoras.

6. Referências

ABRANTES, L. M. Democracia e estado de direito no Brasil: o problema da inefetividade dos direitos fundamentais no país. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 4, n. 8, p. 117-140, 17 dez. 2016.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 278p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 10406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm . Acesso em: 15 dec. 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8080/1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 15 dec. 2019.

BRASIL. **Lei 10.741/2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm . Acesso em: 15 dec. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado Federal 149/2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 10 dec. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1931/2009**. Código de ética médica. Disponível em: http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/cem_e_cpep.pdf. Acesso em: 10 dec. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 10 dec. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM 1.805/2006**. Ementa: Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, ga-

rantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Disponível em: <https://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2014/10/tratamentos-na-terminalidade-da-vida.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAUDE. **Resolução CNS Nº 553/2017**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso553.pdf>. Acesso em: 20 dec. 2019.

DADALTO, L. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Rev bioét (Impr.)**, v.1, n.21, p.106-12, 2013.

FURLAN, C.C.; MAIO, E.R. Educação na Modernidade Líquida: Entre Tensões e Desafios. **Mediações**, Londrina, v. 21 n. 2, p. 278-302, Jul/Dez. 2016.

FUX, L. **Sobre voto: Notícias**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 13 nov. 2019.

GRANDO, J.B.; LUCION, M C.S. O Direito Fundamental À Saúde e E (Des) Respeito Dos Planos De Saúde. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 46, p. 3-22, 10 mar. 2017.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAS GERAIS (Estado). **Lei 16.279/2006**. Dispõe sobre os direitos dos usuários das ações e dos serviços públicos de saúde no estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=16279&comp=&ano=2006> . Acesso em: 20 nov. 2019.

MOREIRA, J.C.D.; DEGRAVA, A.C. da S. **Autonomia privada como fundamento constitucional**. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/anadegrava/artigos/autonomia-privada-como-fundamento-constitucional-4851>. Acesso em: 12 dec. 2019.

PINTO, P.M. **Autonomia Privada e Discriminação**: Algumas Notas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PITTELLI, SD. O poder normativo do conselho federal de medicina e o direito constitucional à saúde. **Revista do Direito Sanitário**, São Paulo, v.3, n.1, p. 38-59, mar. 2002.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 3613/2001**. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90717/lei-3613-01>. Acesso em: 13 dec. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 8448/2019**. Altera a Lei nº 3.613, de 18 de julho de 2001, que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no estado do rio de janeiro e dá outras providências. Disponível em: http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&url=L-3NjcHJvMTUxOS5uc2YvMGM1YmY1Y2RlOTU2M-DfMOTAZmJmZTgzMjU4MWFmMDA2YjA3NmY/T3BlbkRvY3VtZW50JkhpZ2hsaWdodD0wLDM0O-DA1MkYyMDE3P09wZW5Eb2N1bWVudCZFHBhb-mRWaWV3. Acesso em: 18 nov. 2019.

ROTHENBURG, W.C. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

SÃO PAULO (Estado). **Lei 10.241/1999**. Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SÃO PAULO (Estado). **Projeto de Lei 281/2018**. Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000211570>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SILVA, R.B.; MENDES, J.P.S.; ALVES, R. dos S.L. O conceito de líquido em Zygmunt Bauman: Contemporaneidade e produção de subjetividade. **Athenea Digital**, v. 15, n. 2, p.249-264, 2015.

STEINMETZ, W. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAMBAM, N.; SPIAZZI, L. O agir justo segundo immanuel kant: considerações acerca das motivações. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 11, p. 3-30, 20 abr. 2018.

OS DIREITOS HUMANOS E O FEMINISMO NEGRO

Flávia Helena Santos da Silva

INTRODUÇÃO

O trabalho analisa, de maneira breve, os direitos humanos e sua relação com o movimento feminista, compreendendo de que forma foram e são estruturados, além de verificar se têm apresentado uma perspectiva interseccional. A necessidade dessa análise deriva de um histórico de invisibilização das mulheres, principalmente as mulheres negras, dentro de uma pauta universalizante dos direitos humanos, que muitas vezes não se viram representadas nesses movimentos de luta por direitos.

Inicia-se pelos dados estatísticos demonstrados pelos fundamentos e reflexos do racismo, também pela ótica de gênero, perpassando pelas suas consequências, na educação e no trabalho através de pesquisa dos órgãos do IPEA, IBGE, DIEESE e a ONU), bem como o que a desigualdade das oportunidades pode acarretar, em termos de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que, conseqüentemente, priva o indivíduo da liberdade plena, que resulta o subdesenvolvimento do país.

Acrescenta-se que a pesquisa visa demonstrar o protagonismo e resistência das mulheres negras, as quais por muito tempo tiveram suas vozes silenciadas, seus corpos estigmatizados e suas vivências (apesar de sempre construir espaços de fortalecimento e de luta) foram omitidas desde o período escravagista.

Consubstancia-se que, historicamente, as mulheres negras possuíam valor e identidade que lhes foram atribuídas e não as que lhes

pertenciam verdadeiramente. Apesar de possuírem todo arcabouço rico de cultura, religião e costumes que foram apagados ou silenciados através das atitudes racistas da sociedade brasileira. Por esse viés, o movimento feminista negro é de suma importância para a afirmação da identidade das mulheres negras.

Dessa forma, entende-se que as discriminações estruturais existentes na sociedade são refletidos na aplicação desses direitos, fazendo-se necessário o debate sobre a discriminação por gênero e raça e suas consequências na reivindicação e concretização dos direitos humanos.

DADOS ESTATÍSTICOS DAS MULHERES NEGRAS NO BRASIL

Segundo o censo demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), o Brasil contava com uma população de quase 191 milhões de habitantes, dos quais cerca de 15 milhões se declararam como pretos (7,6% do total) e 82 milhões com pardos (43,1% do total). E aproximadamente 50 milhões são mulheres negras.

Dados do estudo *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*, do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA, 2015) revelam que um dos indicadores selecionados é a taxa de analfabetismo, que vem caindo de maneira importante no Brasil nas últimas décadas, mas que ainda não atingiu os patamares ideais e, nesse caso, apresenta um diferencial racial importante: em 2015, entre as mulheres com 15 anos ou mais de idade brancas, somente 4,9% eram analfabetas; no caso das negras, este número era o dobro, 10,2%. Entre os homens, a distância é semelhante.

O estudo também apontou que apesar dos avanços nos últimos anos, com mais brasileiros e brasileiras chegando ao nível superior, as distâncias entre os grupos perpetuam-se. Entre 1995 e 2015, duplica-se a população adulta branca com 12 anos ou mais de estudo, de 12,5% para 25,9%. No mesmo período, a população negra com 12 anos ou mais de estudo passa de 3,3% para 12%, um aumento de quase 4 vezes, mas que não esconde que a população negra chega somente agora ao patamar de vinte anos atrás da população branca;

Se no campo educacional, as mulheres encontram-se, em geral, em melhor posição que os homens, esta vantagem não se reflete no mercado de trabalho, onde a maior parte dos indicadores mostra uma hierarquia estanque, na qual o topo é ocupado pelos homens brancos e a base pelas mulheres negras.

No que concerne ao trabalho, o primeiro indicador examinado é a taxa de participação, que mostra a parcela da população em idade ativa (16 a 59 anos) que está trabalhando ou à procura de trabalho. Este é um indicador em que o viés de gênero é bastante claro: as barreiras para as mulheres entrarem no mercado de trabalho se mostram presentes, apesar dos avanços das décadas passadas. Os últimos vinte anos parecem indicar que as brasileiras atingiram um “teto” de participação difícil de ser ultrapassado. Entre 1995 e 2015, a taxa de participação feminina pouco oscilou em torno dos 54-55%, não tendo jamais chegado a 60%. Isto significa que quase metade das brasileiras em idade ativa está fora do mercado de trabalho. O percentual masculino chegou a 85% e vem caindo, tendo alcançado menos de 78% no último ano da série. (IPEA, 2015)

Aquelas que se lançam no mercado de trabalho muitas vezes se deparam com a barreira de encontrar posição. Essa é uma dificuldade maior para as mulheres que para os homens. Em 2015, a taxa de desocupação feminina era de 11,6% – enquanto a dos homens foi de 7,8%. No caso das mulheres negras, a proporção chegou a 13,3% (a dos homens negros, 8,5%). Os maiores patamares encontram-se entre as mulheres negras com ensino médio completo ou incompleto (9 a 11 anos de estudo): neste grupo, a taxa de desocupação em 2015 foi 17,4%. (IPEA, 2015)

Uma importante ocupação feminina continua sendo o emprego doméstico, ao lado do serviço público e do emprego com carteira de trabalho assinada, que cresceu mais fortemente nos últimos vinte anos (respondia por 24% das ocupadas em 1995 e por 36% em 2015).

As curvas que ilustram a flutuação do rendimento médio do trabalho da população brasileira mostram uma queda na primeira década da série histórica – entre 1995 e 2005 – e um aumento na década seguinte, com uma nova redução nos anos finais, que correspondem ao início da atual crise econômica. As distâncias entre os quatro grupos

populacionais não se alteram expressivamente ao longo do período. Apesar de, proporcionalmente, o rendimento das mulheres negras ter sido o que mais se valorizou (80%), enquanto o dos homens brancos foi o que menos cresceu (11%), é possível observar a manutenção da mesma ordem – homens brancos, mulheres brancas, homens negros, mulheres negras – do maior para o menor rendimento ao longo de toda a série histórica.

O indicador da proporção da população sem renda própria ilustra uma dinâmica interessante ao longo das últimas décadas. Neste caso, o viés de gênero é bastante evidente, fazendo com que, entre as mulheres, seja muito maior a proporção de pessoas sem renda, o que está diretamente relacionado à menor participação feminina no mercado de trabalho. Percebe-se, no entanto, uma redução importante nessa proporção ao longo do período analisado: entre as mulheres negras, por exemplo, 46,7% não possuíam renda própria em 1995, comparados a 27,3% em 2015. Esta redução possivelmente se deve à ampliação do acesso a benefícios assistenciais especialmente por parte das mulheres. (IPEA, 2015)

O estudo é baseado na comparação entre os dados entre 1995 e 2015, analisando temas como chefia de família, mercado de trabalho, trabalho doméstico, distribuição de renda e uso do tempo.

Já o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2017) aponta que mulheres negras são as que mais sofrem por existir evidência da desigualdade de gênero somada à racial, mostra as condições socioeconômicas em que vivem, acrescentada da negação cotidiana, pelo racismo e sexismo.

O IBGE (2019) publicou a pesquisa sobre desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil, onde se constatou que a sociedade formada por pessoas brancas e pretas ou pardas totalizam 99% da população no ano de 2018, sendo: 43,1% brancos; 9,3% pretos e 46,5% pardos. Desse total verificou-se que a população negra permanece em desigualdade no tocante ao trabalho, moradia, renda e aumento também na violência. A renda, por exemplo, para os brancos foi o valor de R\$ 2.796,00(dois mil setecentos e noventa e seis reais; enquanto para negros e pardos foi de R\$ R\$ 1.608,00(um mil seiscentos e oito reais). Foi constatado também que a mulher negra recebe 44% a menos que a renda do homem branco, qual seja, não chega nem a metade.

Se levarmos em conta a representatividade política, as mulheres pretas e pardas nas eleições de 2018, representaram 2,5% dos deputados federais e 4,8% dos deputados estaduais. E em 2016, representaram 5% dos vereadores.

Indaga-se o que fazer para alterar as realidades demonstradas em estatísticas para promover a igualdade da população negra e em especial de mulheres negras?

No Brasil, além do racismo social, as mulheres negras sofrem com o racismo institucional, que inviabiliza o acesso aos instrumentos do Estado e dificulta o combate ao preconceito no país. Além disso, elas têm o pior acesso aos serviços públicos, tais como saúde, trabalho e educação. (SANTOS, 2014).

Com base no mesmo estudo, as mulheres negras estão no índice de maior pobreza, possuem menor escolaridade e menor expectativa de vida. São trabalhadoras informais sem acesso à previdência, residentes em ambientes insalubres e responsáveis pelo cuidado e sustento do grupo familiar.

As empresas não contratam mulheres negras para cargos de representação, como direção, seja na área pública ou privada, apesar de competência ou mérito (ROCHA *et alii*, 2014).

No mesmo sentido Almeida (2018, p.85):

(...) No caso do Brasil, um país de maioria negra, a ausência de representantes da população negra em instituições importantes já é motivo de descrédito para tais instituições., vistas como infensas à renovação, retrógradas, incompetentes e até antidemocráticas(...). A falta de diversidade racial e de gênero é motivo de constrangimento, deslegitimação e pode até gerar prejuízos econômico-financeiros.

E continua seu raciocínio dizendo que:

Porém, por mais importante que seja, a representatividade de minorias em empresas privadas, partidos políticos, instituições governamentais não é, nem de longe, o sinal de que o racismo e/ou sexismo estão sendo ou foram eliminados. Na melhor

das hipóteses, significa que a luta antirracista e antissexista está produzindo resultados no plano concreto, na pior, que a discriminação está tomando novas formas(ALMEIDA, 2018,p.86).

Analisando-se todos os dados estatísticos relatados acima do ano de 2010 até o de 2018, percebe-se que a mulher negra ainda se encontra nos piores índices e a superação das desigualdades de gênero e raça permanece um desafio.

Não é possível pensar em direitos humanos sem refletir, que muitas vezes não se atentam às especificidades das demandas das mulheres negras. Dessa forma, entende-se que os preconceitos estruturais existentes na sociedade são refletidos na aplicação desses direitos, fazendo-se necessário o debate sobre a discriminação por gênero, raça e classe e suas consequências na reivindicação e concretização dos direitos humanos.

Direitos Humanos versus o Movimento Feminista Negro

Uma das heranças da escravidão foi o racismo. A influência da escravidão na sociedade brasileira não se apagou com o advento da abolição e deixou sequelas que se conservam até os dias atuais. Como bem observa Dovidio, Gaertner e Pearson (2016, p. 268), no que concerne ao racismo moderno, “o mesmo não desapareceu, apenas mudou suas principais manifestações”.

Além disso, a ausência de políticas reparatórias após os anos de escravidão, manteve-se gerações de negros nos piores índices estatísticos de pobreza.

E o que dizer da mulher negra, como ficou sua situação de trabalho e social, após a abolição? Cabe dizer se o homem negro sofre com o racismo, a mulher negra sofre o racismo e o sexismo.

Davis (2016, p.17) refere-se que a centralidade que o trabalho ocupa hoje na vida das mulheres negras reproduz um padrão original estabelecido no período da escravatura, pois eram vistas como unidades de trabalho tais como os homens negros, no entanto, sofriam também abuso sexual. Acrescenta que a origem da força dessas mulheres está

nas suas experiências concretas como escravas. Foi um legado de tenacidade, resistência e insistência na igualdade sexual.

E qual seria a importância dos Direitos Humanos no caso em tela? Melhor explicação traz Sen (2011, p. 392), que explica que a expressão advém da invocação de “direitos inalienáveis” na Declaração de Independência Americana e afirmações similares na declaração francesa sobre “os direitos do homem”, no século XVIII, mas também a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU, em 1948. Inclui que sua existência configura-se em declarações éticas fortes sobre o que deve ser feito, independentes desse direito já serem legais.

Piovesan e Sato (2013, pp. 300-301) afirmam que a ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social, a fim de que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude suas potencialidades, sem violência e discriminação. Neste sentido, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e outras práticas da intolerância.

Apesar dos conceitos acima, vale lembrar que, ao longo da história, várias foram as justificativas para colocar o homem em um lugar de superioridade: a força muscular, a fala, o domínio sobre a ferramenta; entretanto, o valor dessas coisas só se pode definir em um mundo de valores (BEAUVOIR, 2016), entendendo-se que esses valores são produzidos e reproduzidos com o objetivo de perpetuar relações de poder.

Assim, as revoluções durante muito tempo foram promovidas quase exclusivamente por homens, fazendo com que as reivindicações fossem levadas a efeito não só por eles, mas também para eles. Um notório exemplo disto é a Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789, que exclui completamente as mulheres, tanto na elaboração quanto na destinação.

Para Adichie (2014), o feminismo faz parte dos direitos humanos de uma forma geral — mas escolher uma expressão vaga como “direitos humanos” é negar a especificidade e particularidade do problema de gênero.

Evidenciou-se, então, a necessidade de essas mulheres reivindicarem seus próprios direitos. No Brasil, as reivindicações estão presentes desde a primeira metade do século XIX, sendo que no início do século

XX já existiam grupos autointitulados feministas, lutando pelos direitos trabalhistas das mulheres e pelo sufrágio feminino (COSTA, 2013).

Embora possa parecer contraditório fazer demarcações sobre categorias que se pretendem universais, deve-se notar que

Na base dessa contradição perdura uma questão essencial acerca dos direitos humanos: a prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros, o que, conseqüentemente, leva à naturalização da desigualdade de direitos. Se alguns estão consolidados no imaginário social como portadores de humanidade incompleta, tornando-se natural que não participem igualmente do gozo pleno dos direitos humanos (CARNEIRO, 2011, p. 15).

Do mesmo modo, até dentro dos movimentos de mulheres sempre se observou uma tendência universalizante, de modo que eram ouvidas majoritariamente as brancas e burguesas como se representassem todas as mulheres. Segundo Davis(2016, p.149): “o racismo operava de forma tão profunda no movimento sufragista feminino que as portas nunca se abriram de fato às mulheres negras.”

As teorias que refletem acerca das necessidades das pessoas negras devem incluir uma análise do sexismo e do patriarcado, assim como o feminismo deve incluir a análise racial e atender as aspirações das mulheres não-brancas (CRENSHAW, 1989).

Essas questões existem mais do que a inclusão das mulheres negras na estrutura de análise já existente:

I argue that Black women are sometimes excluded from feminist theory and antiracist policy discourse because both are predicated on a discrete set of experiences that often does not accurately reflect the interaction of race and gender. These problems of exclusion cannot be solved simply by including Black women within an already established analytical structure. Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the

particular manner in which Black women are subordinated (CRENSHAW, 1989, p. 140)⁵³.

Define-se o feminismo como movimento de mulheres que luta pelo alcance de uma sociedade igualitária. Através dele, as mulheres já conquistaram direitos no âmbito social e político. Mas pelo feminismo abordar de uma maneira geral a luta de mulheres, houve a necessidade de um recorte mais específico, no caso o feminismo negro. Este surgiu através das especificidades vivenciadas pelas mulheres negras e derruba padrões socialmente naturalizados.

No mesmo entendimento Collins (2017, p.51):

Usar o termo “feminismo negro” desestabiliza o racismo inerente ao apresentar o feminismo como uma ideologia e um movimento político somente para brancos. Inserindo o adjetivo “negro” desafia a brancura presumida do feminismo e interrompe o falso universal deste termo para mulheres brancas e negras. Uma vez que muitas mulheres brancas pensam que as mulheres negras não tem consciência feminista, o termo “feminista negra” destaca as contradições subjacentes à brancura presumida do feminismo e serve para lembrar às mulheres brancas que elas não são nem as únicas nem a norma “feministas”.

Como já defendia González (1984) sobre o feminismo afrolatinoamericano, percebeu-se nos estudos que as mulheres negras para além do compartilhamento de experiências baseadas na escravidão, racismo e colonialismo, bem como o enfrentamento do racismo e sexismo, partilham também processos de resistências. A Autora propõe a descolonização do conhecimento.

53“Eu argumento que as mulheres negras às vezes são excluídas da teoria feminista e dos discursos das políticas antirracistas, porque ambas são baseadas em um conjunto de experiências que frequentemente não refletem com precisão a interação entre raça e gênero. Esses problemas de exclusão não podem ser resolvidos simplesmente pela inclusão de mulheres negras dentro de uma estrutura analítica já estabelecida. Como a experiência interseccional é maior do que a soma do racismo e do sexismo, qualquer análise que não leve em conta a interseccionalidade não pode abordar suficientemente a maneira específica pela qual as mulheres negras são subordinadas.” (Tradução nossa).

Convém destacar que compartilham do entendimento acima, Hooks, 2013 e Ribeiro, 2017, ao considerarem que a linguagem é o fator primordial a ser analisado, pois constitui um instrumento de forma de manutenção de poder, uma vez que exclui indivíduos que foram afastados das oportunidades de um sistema educacional justo. Ademais, a depender da maneira como é utilizada poderá ser uma barreira ao entendimento, além de ser um impeditivo para uma educação transgressora.

Acrescenta-se ao contexto a reflexão de Alcoff (2016) sobre a necessidade de incluir em nossos currículos outros saberes, como o saber de mulheres de terreiros, das mulheres de do movimento por luta por creches, liderança comunitárias, irmandades negras, movimentos sociais.

Hooks (2013), fala sobre a importância da intelectualidade para a mulher negra, ou seja, sabe unir o pensamento à prática, já que em uma sociedade racista e sexista como a brasileira, mulheres negras foram construídas ligadas ao corpo e não ao pensar. Por isso a importância de se ater à identidade social, para demonstrar como essas identidades têm sido historicamente silenciadas e desautorizada no sentido epistêmico, ao passo que outras são fortalecidas (ALCOFF, 2016).

Todas essas abordagens das autoras acima citadas no faz pensar a respeito das resistências das mulheres negras e a entender a formação do feminismo negro além de passar todas as referências e valores para as futuras gerações.

Para a filósofa Beauvoir (1980), a mulher foi constituída como o *Outro*, pois é vista como um objeto. A mulher negra seria o Outro do outro, já que não são nem branca, nem homens como afirma KILOMBA (2012, p.56):

As mulheres negras foram assim postas em vários discursos que deturpam nossa própria realidade: um debate sobre o racismo onde o sujeito é homem negro; um discurso de gênero onde o sujeito é a mulher branca; e um discurso sobre a classe onde “raça” não tem lugar. Nós ocupamos um lugar muito crítico, em teoria. É por causa dessa falta ideológica, argumenta Heidi Safia Mirza (1997) que as mulheres negras habitam um espaço vazio, um espaço que se sobrepõe às margens da “raça” e do gênero, o

chamado “terceiro espaço”. Nós habitamos um tipo de vácuo de apagamento e contradição “sustentado pela polarização do mundo em um lado negro e de outro lado, de mulheres.”(MIRZA, 1997:4). Nós no meio. Este é, é claro, um dilema teórico sério, em que os conceitos de “raça” e gênero se fundem estreitamente em um só. Tais narrativas separativas mantêm a invisibilidade das mulheres negras nos debates acadêmicos e políticos.

Sobre as mulheres negras Collins (2016, p.105) aborda sobre a necessidade de se autodefiniram:

A insistência de mulheres negras autodefinirem-se, autoavaliarem-se e a necessidade de uma análise centrada na mulher negra é significativa por duas razões: em primeiro lugar, definir e valorizar a consciência do próprio ponto de vista autodefinido frente a imagens que promovem uma autodefinição sob a forma de “outro” objetificado é uma forma importante de se resistir à desumanização essencial aos sistemas de dominação. O status de ser o “outro” implica ser o outro em relação a algo ou ser diferente da norma pressuposta de comportamento masculino branco.

Nesse modelo, homens brancos poderosos definem-se como sujeitos, os verdadeiros atores, e classificam as pessoas de cor e as mulheres em termos de sua posição em relação a esse eixo masculino branco. Como foi negada às mulheres negras a autoridade de desafiar essas definições, esse modelo consiste de imagens que definem as mulheres negras como um outro negativo, a antítese virtual da imagem positiva dos homens brancos.

Portando definir-se é essencial para o fortalecimento e demarcação de possibilidades de transcendência da norma colonizadora.

Carneiro (2003, p.50-51) sobre o feminismo negro, demonstra o olhar sob a ótica das mulheres negras:

Quando falamos do mito da fragilidade feminina, que justificou historicamente a proteção paternalista dos homens sobre as mulheres, de que mulheres estamos falando?

Nós, mulheres negras, fazemos parte de um contingente de mulheres, provavelmente majoritário, que nunca reconheceram em si mesmas esse mito, porque nunca fomos tratadas como frágeis. Fazemos parte de um contingente de mulheres que trabalham durante séculos como escravas nas lavouras ou nas ruas, como vendedoras, quituteiras, prostitutas... Mulheres que não entenderam nada quando as feministas disseram que as mulheres deveriam ganhar as ruas e trabalhar. Fazemos parte de um contingente de mulheres com identidade de objeto. Ontem, a serviço de frágeis sinhazinhas e de senhores de engenho tarados.

São suficientemente conhecidas as condições históricas nas Américas que construíram a relação de coisificação dos negros em geral, e das mulheres negras em particular. Sabemos, também, que em todo esse contexto de conquista e dominação, a apropriação social das mulheres do grupo derrotado é um dos momentos emblemáticos de afirmação de superioridade do vencedor. Hoje, empregadas domésticas de mulheres liberadas e dondocas, ou de mulatas tipo exportação. Quando falamos em romper com o mito da rainha do lar, da musa idolatrada dos poetas, de que mulheres estamos falando? As mulheres negras fazem parte de um contingente de mulheres que não são rainhas de nada, que são retratadas como antimusas da sociedade brasileira, porque o modelo estético de mulher é a mulher branca. Quando falamos em garantir as mesmas oportunidades para homens e mulheres no mercado de trabalho, estamos garantindo emprego para que tipo de mulher? Fazemos parte de um contingente de mulheres para as quais os anúncios de emprego destacam a frase: “Exige-se boa aparência”.

Quando falamos que a mulher é um subproduto do homem, posto que foi feita da costela de Adão, de que mulher estamos falando? Fazemos parte de um contingente de mulheres originárias de uma cultura que não tem Adão. Originárias de uma cultura violada, folclorizada e marginalizada, tratada como coisa primitiva, coisa do diabo, esse também um alienígena para a nossa cultura. Fazemos parte de um contingente de mulheres ignoradas pelo sistema de saúde na sua especialidade, porque

o mito da democracia racial presente em todas nós, torna desnecessário o registro da cor dos pacientes nos formulários da rede pública, informação que seria indispensável para avaliarmos as condições de saúde das mulheres negras no Brasil, pois sabemos, por dados de outros países, que as mulheres brancas e negras apresentam diferenças significativas em termos de saúde.

Portanto, para nós se impõe uma perspectiva feminista na qual o gênero seja uma variável teórica, mas como afirmam Linda Alcoff e Elizabeth Potter, que não “pode ser separada de outros eixos de opressão” e que não “é possível em uma única análise. Se o feminismo deve liberar as mulheres deve enfrentar virtualmente todas as formas de opressão”. A partir desse ponto de vista, é possível afirmar que um feminismo negro, construído no contexto de sociedades multirraciais, pluriculturais e racistas – como são as sociedades latino-americanas –, tem como principal eixo articulador o racismo e seu impacto sobre as relações de gênero, uma vez que ele determina a própria hierarquia de gênero em nossas sociedades.

Sebastião (2010) suscita que feminismo negro seria um movimento político, intelectual e de construção teórica de mulheres negras que estão envolvidas no combate as desigualdades para promover uma mudança social de fato.

Um dos objetivos do feminismo negro é marcar o lugar de fala de quem as propõe, o que se torna necessário para se entender realidades que foram consideradas implícitas dentro da normatização hegemônica. Isto é, entender como o lugar social que certos grupos ocupam restringem oportunidades. Seria um debate estrutural (COLLINS, 1997; RIBEIRO, 2017).

Collins (1997) considera que mesmo pessoas negras de classe média não estão isentas dos efeitos da discriminação de oportunidades geradas pela segregação racial e, por conseguinte, pela discriminação de grupo.

O valor de lugar de fala se atribui como direito à existência digna à voz, de poder existir.

Spivak (2010, p.126) ensina que grupo subalternos não teriam voz, pois estão num lugar em que suas humanidades não são reconhecidas: “O subalterno não pode falar. Não há valor algum atribuído à “mulher, negra, e pobre” como um item respeitoso na lista de prioridade globais. A representação não definiu. A mulher como uma intelectual tem uma tarefa circunscrita que ela não deve rejeitar como floreio”.

Todas essas abordagens das autoras acima citadas no faz pensar a respeito das resistências das mulheres negras e a entender a formação do feminismo negro e sua importância como ferramenta nos Direitos Humanos. Além de passar todas as referências e valores dessas mulheres para as futuras gerações. Essa discussão se faz emergente, não só para destacar a situações das mulheres negras no Brasil, mas também para demonstrar/ressaltar seus movimentos de luta do cotidiano, principalmente na linha da intelectualidade.

Baseado nos conceitos acima, vale dizer que se torna insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades, o que exige uma resposta específica e diferenciada. Ao lado do direito à igualdade, surge como o direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade. As formas de (re)pensar os direitos humanos, sob uma perspectiva mais específica, exigem um deslocamento da visão universalizante, a fim de compreender de que forma esses direitos são (ou não) vividos por pessoas de diferentes contextos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo possibilitou uma maior compreensão sobre a realidade excludente, das mulheres negras, conforme demonstrado pelas bases de dados.

É necessário contemplar essas novas formas de pensar os direitos humanos, para além de uma perspectiva sustentada nos pressupostos do universalismo, de parâmetros generalizados e estáticos.

Dessa forma é significativa o movimento feminista negro,

pois o protagonismo e o empoderamento também são formas de enfrentamento, quando uma mulher negra ocupa um espaço que lhe é negado. Essas ações manifestam a possibilidade de que seus participantes tomem consciência da realidade em que vivem, dos alcances e limites de suas próprias forças, e, a partir desses movimentos, possam adquirir experiências, propondo novos modelos de organização e luta.

A compreensão do que é ser mulher negra, com olhar além das convenções historiográficas, é desconstruir as representações normativas a partir do lugar de fala dessas mulheres para entender os processos de produção e assimilação dos referenciais construídos por elas.

REFERÊNCIAS:

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2014.

ALCOFF, Linda. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Sociedade e estado*, Brasília, n.1, v.31, jan/abr., 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/bKi4Pu>>. Acesso em: 1 out. 2019.

ALMEIDA, S. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução de Sérgio Millet. 4. ed. São paulo: Difusão Européia do Livro, 1980a.

_____. *O Segundo Sexo: Fatos e Mitos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CARNEIRO, S. Estudos avançados. *Mulheres em movimento*. São Paulo: Set/Dez, vol.17, n.49, 15 nov 2003.

_____. *Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América latina a partir de uma perspectiva de gênero*. In: ASHOKA EMPREENDEDORES SOCIAIS; TAKANO CIDADANIA(Orgs.). *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro:

Takano Editora, 2003.(coleção valores e atitudes, série Valores; n.1. Não discriminação).

_____. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.

COLLINS, Patricia Hill. O que é um nome? Mulherismo, Feminismo Negro e além disso. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n51/1809-4449-cpa-18094449201700510018.pdf>>. Acesso em 23 fev.2020

_____. Aprendendo com a outsider within: a significação sociológica do pensamento feminista negro. Sociedade e Estado, v.31,n.1, p.99-127, 2016

COSTA, Ana Alice Alcantara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Revista Gênero, v. 5, n. 2, 2013.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. U. Chi. Legal F., p. 139, 1989.

DAVIS, A. Mulheres, Raça e Classe. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

DIEESE. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Inserção da População Negra nos Mercados de Trabalho Metropolitanos. Dieese,2017. disponível em: <https://www.dieeses.org.br>. Acesso em: 24 ago. 2018.

DOVIDIO, J. F.; GAERTNER, S. L.; PEARSON, A. R. Aversive Racism and Contemporary Bias. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/9781316161579.012>. Acesso em: 26 jun. 18.

GONZÁLEZ, L. O papel da mulher negra na sociedade brasileira: uma abordagem político econômica. Los Angeles, 1979. p.25.

- _____. Racismo e sexismo na cultura brasileira. revista Ciências sociais Hoje, Anpocs, 1984. Disponível em: <<https://goo.gl/VFd-jdq>>. Acesso em: 6 out.2019
- HOOKS, B. Intelectuais Negras. Estudos Feministas, n.2, p.464-478, 1995.
- _____. Ensinando a transgredir: a educação como prática da Liberdade. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicilio (PNAD), 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.
- _____. Estudos e Pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica. Desigualdades Sociais por Cor ou raça no Brasil. n.41. Rio de Janeiro, 2019.
- IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMICA APLICADA. Estudo mostra desigualdades de gênero e raça em 20 anos. Disponível em: www.ipea.gov.br. Acesso em 27. ago. 2018.
- KILOMBA, Grada. Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism. MUnster: Unrast Verlag, 2012.
- ONU. Organizações das Nações Unidas. Direitos Humanos das Mulheres. A Equipe das Nações Unidas no Brasil. Jul.2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em 27 ago. 2018.
- PIOVESAN, F; PIOVESAN L.; SATO, P.K. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e Perspectivas. In: Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RIBEIRO, Djamila. O que é lugar de fala? Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- ROCHA, C.D. *et alii*. O fenômeno teto de vidro na ascensão à posição hierárquica das mulheres no mercado formal. Barreiras: XI Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, 2014.

SANTOS, R. Cotas para Negros(as) em Concursos Públicos. Monografia (especialização). Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

SEBASTIÃO, A. A. Feminismo negro e suas práticas no campo da cultura. Revista ABPN, n.1, v.1, mar/jun., 2010.

SEN, A. Desenvolvimento Como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SPIVAK, Gayatri C. Pode o subalterno falar? Belo Horizonte: UFMG, 2010.

_____. A Ideia de Justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

A JUDICIALIZAÇÃO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SEUS ASPECTOS NEGATIVOS

Camila Santos Cury

Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, verificou-se o início de um processo de busca pela implementação de direitos fundamentais pelo cidadão. Embasado fortemente no princípio matriz da dignidade da pessoa humana, as demandas buscando a efetivação de direitos como fornecimento de medicamentos; busca de vagas em creche e leitos em hospitais, passaram a compor boa parte do acervo de demandas propostas perante os Tribunais do país.

Este fato está intimamente associado à mudança de visão no tocante ao papel Constituição, que antes era vista apenas como uma carta de intenções com metas traçadas para direcionar o Estado, passando então a ser enxergada como um documento com força normativa capaz de mover, de fato, toda a estrutura do país.

Contudo, muito embora presentes de forma expressa no texto constitucional, a concretização destes direitos em favor do cidadão, em diversas ocasiões, não ocorrerá de forma automática, dependendo da atuação do Poder Judiciário.

Por sua vez, o texto constitucional previu os direitos sociais fundamentais, garantindo o acesso à universal, sem trazer, contudo, os meios

pelos quais estes direitos seriam efetivados. Ou seja, haveria recursos financeiros para tal providência?

Diante disso, direitos sociais, quando judicializados se deparam com a reserva do possível. O fenômeno mencionado, principal argumento de defesa dos gestores públicos nos processos judiciais, é algo concreto.

Não há como fechar a conta: se faltam recursos financeiros, não há como se garantir direitos.

Ademais, a concessão de uma medida judicial em favor de um cidadão, na maioria das vezes, terá como consequência, a imposição aos gestores públicos, de uma escolha trágica. Ou seja, a decisão judicial será cumprida em favor de um, em detrimento do direito de tantos outros.

O desafio atual do ordenamento jurídico está aí: garantir o cumprimento do texto constitucional em favor dos indivíduos, por meio do acesso à Justiça, sem importar na omissão na efetivação dos direitos sociais fundamentais da grande maioria.

1. Dos direitos sociais

Os direitos sociais, no Brasil, ganharam papel de grande destaque a partir da Constituição Federal de 1988. Vale destacar que nas constituições brasileiras anteriores, respectivamente: 1934, 1946 e 1964, a saúde, por exemplo, sequer é mencionada como um direito.

O reconhecimento dos direitos sociais no texto constitucional decorre da Segunda Dimensão dos Direitos Humanos, em que se firmou, como objetivo a busca pela igualdade entre os indivíduos. Ademais, o Estado, antes visto como um ente abstencionista passou a ter papel de protagonismo, visto que, para a garantia de igualdade, deveria atuar ativamente em favor do seu povo.

Importa fazer uma pequena digressão sobre tal ponto. Os direitos humanos, embora componham um conjunto de direitos necessários para a vida do cidadão, foram divididos em dimensões ou gerações, conforme apresentado por Karel Vasak, na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979⁵⁴.

54 Menção feita por Paulo Bonavides na obra Curso de Direito Constitucional, 2019.

Referido professor trouxe importante marco para os direitos humanos, ao propor que em cada período, certa gama de direitos ganha destaque de acordo com a necessidade maior do ser humano em determinado momento histórico.

Assim, surgiu a chamada Primeira Dimensão dos Direitos Humanos em que, o valor liberdade tem seu papel fundamental, sendo, portanto, os direitos civis e políticos aqueles de maior destaque, pois são justamente aqueles que garantem o valor de maior importância mundial naquele dado momento.

Em seguida, de acordo com o contexto histórico vivenciado, a igualdade ganha destaque. Isso decorre de um momento pós-guerra mundial vivenciado pelo mundo, em que este valor tornou-se necessário para a busca de uma qualidade de vida digna para as pessoas.

Paulo Bonavides afirma que os direitos sociais:

Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula (BONAVIDES, 2019, p. 578).

Em razão disto, direitos econômicos, sociais e culturais ganharam grande destaque, pois, passou-se a enxergar que cabia ao Estado trazer a igualdade para o cidadão, de forma que, pudesse ter garantida a sua saúde, educação, segurança e moradia, dentre outros.

Como mencionado acima, os direitos sociais foram previstos expressamente, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1988, em seu art. 6º.

Assim, a partir daí as discussões passaram a ser em torno da eficácia destes direitos. É que a Constituição Federal, embora faça a previsão do direito, não traz mecanismos práticos para sua concretização.

Tal situação levou parte da doutrina a defender que o art. 6º trata-se de uma norma programática, cuja implementação não seria direta, mas progressiva, em consonância com as possibilidades do Estado.

Entretanto, não se pode perder de vista que a partir do movimento constitucionalista, não há que se dizer que a Constituição seja apenas um pedaço de papel, mas acima disso, trata-se de um documento que

vincula a atuação estatal, cujo cumprimento é necessário para a concretização de valores necessários para a vida humana digna.

Neste sentido, importante mencionar Konrad Hesse

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas (...) se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízes de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 1991, p. 19).

Assim, é possível perceber que a Constituição Federal assumiu papel de protagonista e sua implementação deixou de ser uma escolha para o administrador público, transformando-se em norte que vincula a atuação dos gestores públicos e do Estado como um todo.

Há que se considerar ter havido uma importante transformação social que conduziu à exigibilidade dos direitos sociais:

Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, (...), a relação entre o nascimento e o crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro é inteiramente evidente. (BOBBIO, 2004, p. 70).

O Estado social trazido pela Constituição Federal de 1988 foi o marco para que os direitos sociais fossem alçados ao grau de importância que fazem jus, o que trouxe a possibilidade na busca por sua implementação.

Paulo Bonavides afirma que:

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primordialmente com a função e fruição dos direitos fun-

damentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado (...) (BONAVIDES, 2001, p. 157).

Com o estabelecimento de um regime democrático em que há prevalência do Estado Social, os direitos sociais que até então eram vistos como normas programáticas, ganham efetividade.

Ademais, com o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do texto constitucional, se estabelece uma relação direta entre o alcance deste objetivo e a garantia de direitos sociais, tais quais: a educação e a saúde. A concretização e prestação adequada destes direitos é um dos maiores problemas da atualidade e que podem levar à inefetividade da Constituição Federal.

Embora o texto constitucional seja claro quanto ao rol dos direitos sociais, bem como sobre sua garantia ao cidadão, não há em seu conteúdo a fórmula que deve ser seguida pelo Poder Executivo para efetivo implemento destes direitos.

Diante disto, o administrador público, a quem cabe a efetivação dos direitos, nem sempre consegue, aliás, poucas vezes consegue com os recursos financeiros que dispõe oferecer os direitos sociais a todos os cidadãos.

Neste tocante, cabe enfatizar o caráter universal destes direitos. Assim, a qualquer pessoa que viva no Brasil, ainda que de forma provisória, é garantido, por exemplo, a concessão de um medicamento ou a vaga em uma instituição pública de ensino fundamental ou médio para seu filho.

A situação-problema, portanto, está configurada, pois os recursos não são suficientes para tanto.

Há que se destacar que desde o advento da Constituição Federal, em 1988, houve períodos de oscilação econômica no Brasil. Porém, desde então, não foi alcançado um período de extrema estabilidade que permita concluir que os direitos sociais fossem devidamente prestados.

Ademais, há cerca de dez anos houve uma considerável piora da situação econômica da população em geral, situação esta que associada ao aumento de medidas que permitiram o acesso à justiça, ocasionou uma crescente judicialização no tocante à efetivação dos direitos sociais, conforme a seguir melhor será abordado.

2. A busca pela implementação dos direitos sociais

Conforme visto acima, os direitos sociais ganharam papel de destaque a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição brasileira traz em seu bojo, no art. 6^º⁵⁵, o rol dos artigos sociais. À princípio, referido dispositivo foi entendido como uma norma programática, o que gera intenso debate em relação à implementação e efetivação destes direitos.

Paulo Bonavides afirma que:

Afigura-se, nos, assim, o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX o mais adequado a concretizar a universalidade dos valores abstratos das Declarações de Direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2001, p. 151/152).

Importa ainda dizer que referidos direitos, exigem uma prestação positiva do Estado, à medida que são entendidos como direitos pertencentes à Segunda Dimensão dos Direitos Humanos, cujo foco é a busca pela igualdade entre os indivíduos.

O reconhecimento dos direitos sociais teve como importante consequência, a intervenção do Estado, de forma que, antes abstencionista, agora deveria ter papel de protagonismo ao proporcionar, por meio de ações concretas, a superação da desigualdade entre as pessoas.

Seu reconhecimento remonta às Constituições: Mexicana e de Weimar, respectivamente datadas de 1917 e 1919.

Luís Roberto Barroso afirma que:

A consagração dos direitos sociais marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal do Estado. As sociedades ocidentais, quer pelo avanço da consciência social, quer pelo ímpeto de conter o apelo das ideias socialistas, passaram a incorporar à sua agenda política e institucional compromissos com a

55 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.

melhoria das condições de vida das pessoas, sobretudo as menos favorecidas. (BARROSO, 2019, p. 497).

Os direitos sociais têm importante papel na busca pela igualdade entre os indivíduos, garantindo a vida com dignidade.

Com o Constitucionalismo, movimento ocorrido pelo mundo que tornou a Constituição a norma máxima nos Estados, não há como se admitir, numa sociedade, o descumprimento de um direito. Houve, a partir de então, a superação da ideia de que a Constituição era considerada um documento escrito apenas e tão somente que norteasse a condução do Estado.

Com a conscientização cada vez maior, a implementação de direitos sociais não demorou a chegar ao Poder Judiciário.

Esta seria uma das causas que conduzem à intensa judicialização que vem ocorrendo em torno do direito à saúde, por exemplo. Somma-se a isto, o fato de que a população, hoje reconhece seus direitos e mais ainda, há uma conscientização coletiva com a implementação das Defensorias Públicas, por exemplo, que educam, divulgando a existência destes direitos e a possibilidade de buscar sua efetivação por meio de uma demanda judicial.

Hoje, o cidadão brasileiro não aceita mais de forma passiva, que os direitos a que faz jus na esfera social não sejam concretizados

Neste sentido, Mércia Miranda Vasconcellos Cunha e Amanda Querino dos Santos Barbosa também se posicionam:

Não obstante, embora a proteção dos direitos sociais tenha sido incorporada ao texto positivado da Constituição, em vários países do ocidente, a realização destes direitos tem sido vista com um olhar com viés liberal e, por isso, carente de efetivação. Na perspectiva de realização da dignidade, mediante realização dos direitos sociais, a função Judiciária do Estado tem-se revelado efetivadora de tais direitos [...]. (CUNHA; BARBOSA, 2015, p. 85).

Esta consciência do cidadão quanto à existência do direito, associada à crise econômica enfrentada pelo país, que decorre na dimi-

nuição dos recursos destinados à saúde e educação, tem como consequência, a procura pelo Poder Judiciário para a efetivação dos direitos relacionados à saúde.

Portanto, resta claro que, ao buscar a efetivação de um direito que não é cumprido de forma natural, não resta outra alternativa à pessoa se não socorrer-se do Poder Judiciário. Soma-se a isto o fato de que atualmente se tem uma consciência maior de direitos em razão da postura ativa das Defensorias Públicas dos Estados, bem como em virtude da ampla gama de informações que são disponibilizadas por meio da Internet.

Ainda, pontua Lênio Luiz Streck:

Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guarnecedores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista. (STRECK, 2016, p. 724).

Ocorre que a judicialização de um direito de esfera social ainda que tenha a intenção de efetivar uma disposição constitucional, poderá não ser o melhor caminho.

Isto porque há argumentos contrários à busca pela efetivação de um direito social junto ao Poder Judiciário. Dentre estes argumentos levantados estão: a natureza prestacional destes direitos. Diante disso, é necessário que haja uma disponibilidade de recursos para seu atendimento.

Esta questão encontra guarida na reserva do possível alegada como justificativa para não efetivação do direito pelo Poder Executivo, que será melhor abordada adiante.

Ademais, o que se enfatiza também é que o art. 6º da Constituição Federal é uma norma de natureza programática, e, portanto, sua efetivação vai depender da possibilidade do Estado, não podendo obrigá-lo a esta implementação.

Argumenta-se, inclusive, que nos documentos internacionais, os direitos sociais são definidos de forma que permita aos Estados sua realização de forma progressiva. Neste sentido, o já mencionado art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina que se garanta à pessoa, o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Esta expressão, aos olhos da administração pública, pode ser interpretada de forma bastante ampla, pois, podem entender como nível mais elevado, aquele que poderão proporcionar ao cidadão, o que na maioria das vezes, ao menos no caso brasileiro não se mostra nem de perto como o nível mais elevado ou aquele necessário para a vida com dignidade.

Não menos importante é a alegação de que a interferência por meio da judicialização na concretização de um direito social poderia gerar uma afronta ao princípio da separação dos poderes e, em consequência, o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

Ora, o Brasil por força do art. 1º da Constituição Federal é um estado democrático. Em virtude disto, o art. 2º prevê que os poderes da União são: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, sendo os três independentes e harmônicos entre si.

Desta forma, caberá a cada um dos poderes, funções típicas, cujo exercício é necessário para o regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos afirma que: “(...) o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins” (RAMOS, 2010, p. 112).

Ademais, referido princípio também se associa ao sistema de freios e contrapesos. Assim, para que o Estado funcione de forma regular e efetiva, cada poder deve exercer suas funções com exclusividade, sem que esta atuação interfira na atuação do outro.

Contudo, na prática, no dia-a-dia de um Estado, esta questão não se mostra tão simples.

No caso do Brasil, como mencionado acima, em diversas situações, para efetivação de direitos se recorre à judicialização. Este fato se justifica diante da omissão do Poder Executivo em suas funções

precípua de administração do Estado e cumprimento das disposições constitucionais.

Diante disto, se referido poder não realiza suas funções típicas da forma esperada, não há efetividade de direitos e, ato contínuo, não há respeito ao texto constitucional.

Sobre a efetividade constitucional Konrad Hesse afirma:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser [...]. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, 1991, p.15)

Dessarte, a atuação ativa do Poder Judiciário no sentido de determinar a concessão de um medicamento ou a realização de uma intervenção cirúrgica, ao mesmo tempo que constitui uma medida de eficácia constitucional, poderá ser vista como afronta à separação de Poderes.

Pois, ao obrigar um poder a realizar uma de suas funções, estaria intervindo em sua atuação, o que, aos olhos de alguns juristas, é uma afronta direta à separação de poderes constituindo ativismo judicial.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial o que se está a refletir é a ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa, mas também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. (RAMOS, 2010, p.116).

A questão é que a efetivação de um direito constitucionalmente previsto não pode ficar ao livre critério do administrador público. Afirmar que o direito à saúde é uma norma programática e de efetivação progressiva, é quase que semelhante a autorizar o gestor público a cumprir este direito, quando der, quando puder.

Enquanto isso, o cidadão se vê em uma situação de desespero e ao se deparar com uma situação de risco, encontra um Estado desprepara-

do que não tem condições de lhe fornecer uma condição de vida com dignidade também prevista no texto constitucional.

A judicialização é a saída encontrada e que, até o momento, parece ser a única alternativa para a efetivação de direitos sociais fundamentais como saúde e educação, que são indispensáveis para a vida com dignidade, compondo o mínimo existencial.

Contudo, ao se judicializar a implementação de um direito social, muito provavelmente aquele recebe a ordem judicial, para dar seu efetivo cumprimento, terá que fazer uma escolha entre a vida de um indivíduo em detrimento de outro ou mesmo a vaga de um aluno retirada para ser concedida a outro.

Assim, estar-se-á assim diante das escolhas trágicas.

3. As escolhas trágicas na implementação de direitos.

Sempre que se fala em implementação de direitos a partir da judicialização, surgem conceitos como reserva do possível e escolhas trágicas. Referidos conceitos se interligam, visto que um terá o outro como consequência.

Como visto, a Constituição de 1988 marcou o momento de Redemocratização vivenciado pelo Brasil. Diante disto, grandes consequências advieram como: a busca pela efetividade do texto constitucional e pela implementação de direitos decorrentes também de um conhecimento maior do cidadão a respeito dos seus direitos.

O processo de redemocratização trouxe a implementação das Defensorias Públicas, por exemplo, no âmbito dos Estados. Assim, o processo de educação em direitos ganhou grande destaque, passando a população a ser orientada a sair da inércia para buscar seus direitos.

É cediço também que o Brasil enfrentou, bem como enfrenta até hoje, dificuldades financeiras, especialmente que atingem grande parte da população que justamente se apresenta mais vulnerável e mais dependente do Poder Público para a implementação de direitos como a saúde e a educação, focos deste artigo.

Diante disto, o cenário que se tem é de dificuldade na entrega dos direitos sociais a que o indivíduo faz jus. Surge então, como forte argumento de defesa do ente público, a reserva do possível.

Segundo esta ressalva, um direito não é implementado não por falta de vontade ou incompetência dos gestores públicos, mas sim, pela absoluta falta de recursos.

Ademais, há que se considerar que a reserva do possível é, de fato, um argumento bastante válido como justificativa para a não prestação de um direito. Afirmar, porém, que este argumento existe, não significa dizer que ele é justo.

Até mesmo porque, quando se fala em efetividade de um direito, o que se busca é que de fato, este direito saía do papel para ser concretizado ao cidadão que dele necessita.

Desarte, há que se dizer que, diante da escassez de recursos, há diariamente casos de descumprimento de direitos sociais em favor das pessoas, sendo tais dados de conhecimento notório na sociedade.

Fernando Facury Scaff afirma que:

De nada adiante falarmos de direitos, em especial dos direitos sociais, se não olharmos quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização. A singela proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para sua implementação (SCAFF, 2012, p. 573).

Afinal, como se vê, embora o texto constitucional tenha sido expresso na previsão de direitos sociais fundamentais, não trouxe o meio pelo qual seriam eles implementados, sendo que para alguns doutrinadores, as normas que trazem tais direitos, seriam programáticas. Em assim sendo, o Estado poderia implementá-las progressivamente, de acordo com os recursos que dispusesse para tanto.

Diante disto, se recorre então ao Poder Judiciário. A judicialização, porém, terá como consequência, a imposição ao administrador ou gestor público de uma escolha trágica, ou segundo a doutrina norte-americana: *tragic choices*.

Neste momento, cabe, ser feita uma breve digressão para abordagem de sua origem: decorre de um conceito trazido por conceito de GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company.

Ainda nesta toada de definição conceitual, o Min. Celso de Mello assim se posiciona

(...) nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro⁵⁶.

Isto porque, a concessão de uma medida liminar por um juiz, por exemplo, não o aproxima do problema concreto. Apenas faz com que ele, por meio de sua autoridade reconhecida pelo Estado, dê uma decisão determinando a providência que deve ser cumprida em favor de uma pessoa.

Quando se fala em saúde, a escolha trágica fica evidente. A determinação judicial para internação de uma pessoa, levará certamente à retirada de outra de um leito, pois, certamente, se houvessem leitos sobrando, não seria necessária socorrer-se do Poder Judiciário para a busca do direito.

Neste sentido:

(...) O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado. (MARQUES, 2008, p.66)⁵⁷.

Segundo Fernando Facury Scaff (2012, p. 575), “portanto, a reserva do possível está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos sociais direitos a prestações”⁵⁸.

56 Informativo STF nº 345/2004.

57 Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo

58 Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na implementação dos direitos sociais, 2012, p. 575.

Assim, tornam-se ainda mais delicada questões como a concessão de um medicamento de alto custo ou concessão de um tratamento, que importam num expressivo gasto a ser realizado pelo Poder Público.

Isto porque, no âmbito de entes federativos que detêm receitas menos expressivas, como um município, se, uma decisão proferida pelo Poder Judiciário determina que o gestor arque com o pagamento de um medicamento de alto custo ou mesmo com os custos de um tratamento, certamente o impacto financeiro não será pequeno.

Ora, o orçamento de um município, em grande parte, já estará comprometido com despesas previstas anualmente. Algo que saía desta previsão gerará um impacto de grandes proporções. Desta forma, é possível que naquele município, os outros indivíduos sejam impactados em virtude de uma decisão judicial que determine o cumprimento do direito de um cidadão.

À título de exemplificação, é possível que falte o medicamento mais básico no posto de saúde que atende milhares de pessoas daquela região em virtude do cumprimento desta decisão em favor de um.

A questão que se levanta é: o direito de um valerá mais do que dos outros?

Mensura-se se a vida daquele que necessita do medicamento valerá mais do que a de outros tantos que precisam de um medicamento simples, porém que não será distribuído nos postos de saúde porque faltam recursos para tanto.

Da mesma forma, se há uma interferência do Poder Judiciário, determinando a efetivação de direito em favor de um certamente outro será prejudicado. Gestores da área de saúde enfrentam diversos dilemas ao se depararem com uma decisão liminar que determine a internação imediata de um paciente em um hospital cujos leitos estão todos ocupados.

Neste sentido, a judicialização certamente poderá apresentar um grande desequilíbrio que não pode ser tolerado em um Estado Democrático, pois, aquele que tem mais recursos, conhecedor de seus direitos, terá preferência em detrimento de outro que não esteja no mesmo degrau de conhecimento ou que não disponha dos mesmos mecanismos para garantia de seu direito.

Dessarte, Fernando Facury Scaff afirma que:

(...) o uso individual das ações judiciais não implementa o direito à saúde previsto no art. 196 como um direito social, sendo desta forma desfocado seu objeto, necessariamente *pro societatis*, em *pro individuo*. (SCAFF, 2012, p. 578).

Por outro lado, obstar que as questões referentes à implementação de direitos fundamentais, como a saúde, sejam judicializadas, esbarra no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que prevê o acesso ao Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça a direito.

Conclusão

O presente artigo fez uma breve análise da questão da judicialização na busca pela efetivação dos direitos sociais fundamentais e das escolhas trágicas que podem decorrer desta situação.

Referidos direitos que compõe o rol do mínimo existencial, necessário para a vida com dignidade, foram inseridos no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal. Sua origem histórica, porém, remonta à Segunda Geração de Direitos Humanos em que o valor da igualdade passou a ser um objetivo a ser alcançado pelas sociedades, especialmente ocidentais.

Entretanto, embora previstos expressamente no texto constitucional, os direitos fundamentais sociais encontram diversos óbices para sua implementação, sendo que o maior deles é a incapacidade financeira do Estado para prestação integral.

Diante disso, o indivíduo, que hoje tem mais acesso às informações e é conhecedor de seus direitos, se socorre do Poder Judiciário em busca da concretização de algumas providências em seu favor, que são necessárias para a vida com dignidade.

Com a judicialização, porém, surge a questão das escolhas trágicas. Os recursos financeiros são insuficientes. Por outro lado, o gestor público é obrigado a cumprir as decisões judiciais proferidas em favor de um litigante.

Neste cenário, aquele que tem acesso à Justiça, obtém o direito a que faz jus, enquanto que para cumprimento daquela providência jurisdicional, o direito de outro, que não ingressou no Poder Judiciário é deixado de lado.

Desta forma, surgem as escolhas trágicas, em que, para se efetivar o direito de uma pessoa, o direito de outras será sacrificado.

Outra questão que surge é que justamente por conta da judicialização, está havendo uma ofensa ao princípio da igualdade, já que aqueles que buscam a concretização de prestações sociais tem em seu favor conhecimento e instrumentos que os fazem sair à frente daqueles que não os tem.

Dessarte, a judicialização que, em tese, seria um mecanismo positivo e constitucional de implementação de direitos, terá como consequência um desequilíbrio estatal e social.

Estar-se-á, portanto, diante de uma situação bastante complexa que ainda não encontra uma solução adequada, que somente será vislumbrada quando da efetivação dos direitos fundamentais de forma que não seja necessária a judicialização.

Até lá, certamente será necessário muito diálogo, especialmente entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário na busca de alternativas equilibradas para a garantia das prestações sociais de saúde e da educação sem que para isso, se crie um problema de proporções incontornáveis que prejudiquem toda a sociedade e ao final ocasione uma ofensa à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 8 ed. – São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 27 ed. Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES. Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade**. Ed.Malheiros. Brasil, 2001.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos; BARBOSA, Amanda Que-
rino dos Santos. **A Efetivação dos Direitos Sociais Versus De-
mocracia.** Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do
Paraná, Curitiba, n. 6, p. 83-102, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** trad. por
Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Frabris Editor. Porto
Alegre, 1991.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Garantia do
direito social à assistência farmacêutica no Estado de São
Paulo.** Revista de saúde pública, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-
107, 2007. Disponível em: [http://www.revistas.usp.br/rsp/article/
viewFile/32199/34304](http://www.revistas.usp.br/rsp/article/viewFile/32199/34304). Acesso em: 02 abr 2020.

MARQUES, Silvia Badim. **Judicialização do Direito à Saúde.**
Revista de Direito Sanitário. v. 9, n. 2, p. 65-72, jul./out
2008. Disponível em: [https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.
v9i2p65-72](https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72). Acesso em: 30 nov 2019.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáti-
cos**, 2ª edição – São Paulo: Saraiva, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Público, Direitos Sociais e
Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trá-
gicas na implementação dos direitos sociais.** Direito cons-
titucional contemporâneo: homenagem ao professor Michel Tem-
mer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Entre o Ativismo e a Judicialização da Po-
lítica: a difícil concretização do direito fundamental a uma
decisão judicial constitucionalmente adequada.** Joaçaba:
2016, v. 17, n. 3, p. 721-732.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: UMA RELEITURA CONTEMPORÂNEA DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO

Christiane Costa Assis

Luísa Florêncio Nunes Batista

1 INTRODUÇÃO⁵⁹

O presente artigo tem como objetivo conduzir uma releitura da competência da União para a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas em face do cenário político atual. Para tanto, o artigo adota o método hipotético-dedutivo, apontando como problema de pesquisa a seguinte pergunta: “a competência da União para a demarcação das terras indígenas continua a proteger esses povos dentro da federação brasileira?” Como hipótese o trabalho adota a resposta negativa para a pergunta formulada e pretende demonstrar que a postura do atual governo federal enfraquece os direitos indígenas subvertendo o pacto federativo e configurando um retrocesso constitucional. Como técnica de pesquisa adotou-se a pesquisa documental em face das leis e decisões judiciais que pautam a demarcação das terras indígenas e a pesquisa bibliográfica a partir de fontes secundárias devidamente referenciadas no trabalho.

59 Este artigo é resultado das pesquisas desenvolvidas no Grupo de Pesquisa “Crise Federativa e Narrativas Democráticas” da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), Unidade Diamantina, coordenado pela Professora Christiane Costa Assis.

Inicialmente o artigo abordará aspectos gerais da competência federal na questão indígena apontando a proteção pré-existente à Constituição de 1988, bem como o tratamento que esta conferiu à questão indígena, destacando-se a competência da União. Em um segundo momento, analisar-se-á a decisão da Ação Popular 3388-4, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal estabeleceu condicionantes para a demarcação de terras indígenas e trouxe considerações importantes sobre a compreensão do direito à terra desses povos. Por fim, o trabalho apresentará aspectos jurídicos e políticos que apontam uma postura hostil do Chefe do Executivo federal em face dos povos indígenas, colocando em risco o desenho institucional constitucionalmente estabelecido que deveria protegê-los.

2 COMPETÊNCIA FEDERAL NA QUESTÃO INDÍGENA

No período de redemocratização do Brasil a partir do início dos anos 80, os debates sobre as questões indígenas tornaram-se cada vez mais pertinentes, o que proporcionou uma forte atuação de organizações defensoras de suas causas. A questão indígena recebeu maior visibilidade no cenário político brasileiro e conquistou avanços normativos, convertendo-se em matéria constitucional em função de sua importância, especialmente em relação aos seus direitos. Nesse cenário, o direito fundamental às terras indígenas se destaca, pois “[...] o direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos” (SOUZA FILHO, 2005, p. 119).

Anteriormente à Constituição de 1988, a Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, consolidou no ordenamento jurídico brasileiro o Estado do índio, com o objetivo de regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (BRASIL, 1973, art. 1º). Referido Estatuto já atribuía à esfera federal a competência para demarcação das terras indígenas, devendo esta ser administrativamente realizada por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (BRASIL, 1973, art. 19), homologada pelo Presidente da República e registrada em livro próprio do Serviço

do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras (BRASIL, 1973, art. 19, §1º).

Com o objetivo de proteger as comunidades indígenas e preservar seus direitos o Estatuto do índio afirmou caber à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (BRASIL, 1973, art. 2º, IX). Além disso, a União poderá estabelecer áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios em qualquer parte do território nacional, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes (BRASIL, 1973, art. 26).

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 1988, art. 231). Referidas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988, art. 231, § 1º). Convém destacar que a relação dos índios com suas terras é diferente das relações de propriedade típicas do Direito Civil: as terras indígenas não se destinam apenas à moradia, pois são parte da subsistência, do modo de vida e da cosmovisão indígena, constituindo e sendo constituída pela cultura desses povos. Nesse sentido, a “questão indígena” envolve dimensões e temas variados como a língua, a religião, o uso das terras, as práticas alternativas de resolução de conflitos, o respeito aos costumes e tradições, dentre outros (GARGARELLA, 2013, p. 23).

Coadunando com o mencionado entendimento e se afastando das regras típicas do Direito Civil, a Constituição de 1988 afirma que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988, art. 231, § 4º), sendo competência da União demarcá-las, além de proteger e fazer respeitar todos os seus

bens (BRASIL, 1988, art. 231). Também foi em função da conexão singular que a Constituição de 1988 vedou a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo “ad referendum” do Congresso Nacional em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou após deliberação do Congresso Nacional no interesse da soberania do País, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco (BRASIL, 1988, art. 231, § 5º).

O procedimento administrativo para a demarcação das terras indígenas foi regulamentado pelo Decreto nº 1775, de 8 de janeiro de 1996, sendo competência do órgão federal de assistência ao índio a iniciativa e a orientação para a demarcação administrativa das terras (BRASIL, 1996, art. 1º). A demarcação será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará um estudo antropológico de identificação (BRASIL, 1996, art. 2º).

A intenção de se atribuir à esfera federal a demarcação de terras indígenas buscou afastar a interferência de governos e interesses locais em relação a esses territórios. Sabe-se que as terras indígenas contêm riquezas e recurso naturais que despertam interesses públicos e privados e, assim sendo, a Constituição de 1988 condicionou o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, à autorização do Congresso Nacional, devendo-se ouvir as comunidades afetadas e ainda assegurar a elas a participação nos resultados da lavra (BRASIL, 1988, art. 231, §3º). Além disso, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos (ressalvado relevante interesse público da União) e não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (BRASIL, 1988, art. 231, § 6º).

Constata-se, portanto, que o constituinte de 1988 forneceu ampla proteção às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas mesmo no caso de exploração dos recursos naturais nela situados, conservando o tema como competência federal para evitar interferências locais no processo de demarcação.

3 O *LEADING CASE* RAPOSA SERRA DO SOL

Na temática da demarcação de terras indígenas o principal caso brasileiro consiste no julgamento da Ação Popular 3388-4 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A ação foi proposta contra a União em 20 de maio de 2005 impugnando o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol situada no Estado de Roraima. Na ocasião a Suprema Corte assentou uma série de entendimentos sobre a questão indígena e com uma sentença de natureza manipulativa aditiva apontou dezenove condicionantes a serem observadas na demarcação de terras indígenas.

O termo “índios” é utilizado pela Constituição Federal de 1988 de forma invariavelmente plural no intuito “[...] de retratar uma diversidade indígena tanto inter-étnica quanto intra-étnica” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, 232). Quanto às terras indígenas, todas elas são bens públicos federais e sua demarcação não prejudica qualquer unidade federada, pois as unidades federadas nasceram com a mesma Constituição de 1988 que afirmou a preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles e ainda porque essas terras e suas comunidades não se elevam ao patamar de território político e nem constituem unidade federada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, 232/233).

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, 237).

A adoção da Constituição Federal de 1988 como marco temporal reafirma o entendimento da Súmula 650 do STF publicada em 2003, *in verbis*: “os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003). O art. 20 elenca os bens pertencentes à União: o inciso I trata sobre os bens que atualmente pertencem à União pertencem e sobre os que lhe vierem a ser atribuídos e o inciso XI trata sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Reafirmou-se a centralidade institucional da União na demarcação das terras indígenas, sendo possível aos Estados e Municípios nessas terras atuarem de forma complementar desde que em harmonia e sob a liderança da União – isso sem afastar, entretanto, a participação dos próprios índios e a atuação do Ministério Público dentro de sua tarefa institucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, 233). O substantivo “terras” adotado pelo texto constitucional denota uma compostura sócio-cultural, afastando-se do substantivo “território” enquanto categoria jurídico-política (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 233).

Os arts. 231 e 232 da Constituição de 1988 possuem finalidade fraternal ou solidária, buscando efetivar a igualdade civil-moral de minorias em face do proto-valor da integração comunitária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 234). A intenção do texto constitucional foi permitir que os povos indígenas desfrutem “[...] de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 234/235).

O objetivo do “desenvolvimento nacional” apontado no art. 3º, inciso II, da Constituição de 1988 deve ser ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado para incorporar a realidade indígena, cabendo ao Poder Público em todas as dimensões federativas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos territórios dos entes federados e não subestimar ou hostilizar comunidades indígenas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, 235). A demarcação das terras indígenas deve ser orientada pela

ideia de continuidade e utilizar fronteiras vivas ou abertas em seu interior formando um perfil coletivo e permitindo a autossuficiência econômica da comunidade usufrutuária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 237).

Mediante da liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação secundária das entidades da Administração Federal e dos próprios indígenas é possível conciliar a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos das terras indígenas com a presença de não-índios e com a instalação de equipamentos públicos, estradas e construções atreladas aos serviços públicos ou de relevância pública (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 238). Há ainda compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixas de fronteira (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 239).

A decisão do Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido como constitucional a demarcação contínua do caso em análise, fragilizou a proteção às terras indígenas. Restaram evidenciados os desafios da construção de uma sociedade plural e democrática em face do respeito aos direitos humanos e ainda o fato de que os governos locais abordam os indígenas como *outsiders* embora estejam em seus próprios territórios (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 149). Referida situação se revelou nas dezenove condicionantes ou ressalvas⁶⁰ que o Tribunal

60 Lista-se a seguir as dezenove condicionantes estabelecidas para a demarcação e ocupação de terras indígenas no acórdão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 879/880): **1** – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; **2** - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; **3** - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei. **4** – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; **5** - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envol-

apontou para casos futuros de demarcações e que “[...] pretensamente procuravam conciliar os interesses indígenas, a defesa nacional e a preservação do meio ambiente” (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 147).

Dentre os problemas advindos das recomendações destacam-se: o estabelecimento da Constituição de 1988 como marco temporal,

vidas e à Funai; **6** – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; **7** – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; **8** – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; **9** – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; **10** – O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; **11** – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; **12** – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; **13** – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; **14** – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; **15** – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; **16** – As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; **17** – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; **18** – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. **19** – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

desconsiderando o Estatuto do índio e o passado indigenista brasileiro (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151); a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada impossibilitando a revisão e readequação destas aos novos parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988 (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 152); a dispensa de consulta às comunidades indígenas em relação ao uso e gestão de suas terras tradicionais (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 152); a abertura interpretativa para que terras indígenas sejam “cortadas” por estradas, linhas de transmissão de energia, oleodutos, gasodutos, dentre outros, sem compensação financeira ou territorial aos povos indígenas (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 153); e o estabelecimento da competência do Instituto Chico Mendes, órgão vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, para administrar áreas de sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação da natureza, afastando a atuação da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), órgão indigenista federal (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 153).

O caso Raposa Serra do Sol demonstra que a atribuição à União da competência para a demarcação das terras indígenas não é suficiente para conceder a proteção adequada aos direitos constitucionalmente estabelecidos. Nem mesmo a mais alta Corte do país conseguiu blindar as terras indígenas dos interesses econômicos que muitas vezes subvertem a lógica constitucional. Nesse sentido, mesmo a intenção de proteção no nível federal evidenciada no texto constitucional de 1988 se encontra sujeita às vontades cambiantes do poder.

4 A AMEAÇA DO RETROCESSO

Entre os pontos analisados no julgamento do caso Raposa Serra do Sol discutiu-se um suposto antagonismo entre desenvolvimento e proteção as terras indígenas. Há uma crença errônea e notadamente afastada de pesquisas científicas de que proteger as terras indígenas significaria renunciar as riquezas naturais contidas nesses espaços e impedir avanços econômicos e tecnológicos. Acrescente-se a isso a falsa percepção de parcela da sociedade de que os povos indígenas receberam exagerada proteção constitucional. Referido desconhecimento acerca da questão indígena vem adquirindo contornos mais severos em face

da gestão federal contemporânea que tem buscado esvaziar a proteção às terras indígenas constitucionalmente estabelecida por meio de mecanismos jurídicos e políticos.

No campo jurídico destaca-se o Projeto de Lei 191/2020, de autoria do Poder Executivo, que objetiva regulamentar o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e instituir a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas. Preliminarmente, é possível apontar que ao propor uma indenização aos povos indígenas pela restrição do usufruto de suas terras o Projeto de Lei se mostra incompatível com a exclusividade de usufruto prevista no art. 231, § 2º, da Constituição de 1988. Entretanto, diversos outros problemas e inconstitucionalidades maculam o referido Projeto, merecendo destaque a possibilidade de encaminhamento pelo Presidente da República do pedido de autorização ao Congresso Nacional para a realização das atividades em terras indígenas ainda que haja manifestação contrária das comunidades indígenas afetadas – é o que dispõe o art. 14, § 2º, do Projeto de Lei 191/2020.

Lado outro, há que se analisar o contexto político do Projeto de Lei e, nesse sentido, a mensagem de encaminhamento que o acompanha revela os conceitos e juízos que permeiam o cenário político atual no âmbito federal:

O Projeto de Lei em comento *tem como público-alvo as comunidades indígenas afetadas pelos empreendimentos, os empreendedores interessados no aproveitamento econômico dos recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas e o próprio Poder Público. Não há geração de despesas, diretas ou indiretas, ou diminuição de receita para o ente público. Com a sua edição, busca-se alcançar a viabilização da exploração de recursos minerais e hídricos, em terras indígenas, a partir de soluções que contribuam para o desenvolvimento econômico das atividades, participação nos resultados e indenização pela restrição do usufruto dos povos indígenas* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020, grifos nossos)

Nos termos do voto do Relator do Caso Raposa Serra do Sol, Ministro Ayres Britto, a ideia mais atualizada de desenvolvimento o concebe como um crescer humanitário que possibilita aos povos indígenas demonstrar “[...] que o seu tradicional habitat ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 289). A cosmovisão indígena pode ser um dos elementos de propulsão do desenvolvimento como categoria humanista em bases ecologicamente equilibradas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p. 293). Nesse sentido, o verdadeiro desenvolvimento preserva o modo de vida indígena, mas destruí-lo significa o retrocesso.

No sistema de governo presidencialista o Presidente acumula as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado e, assim sendo, na posição de Chefe do Poder Executivo no âmbito federal o ocupante do cargo “dita o tom” das políticas públicas do ente federativo com o maior acúmulo de competências: a União. No caso brasileiro, o atual Presidente da República manifestou em diversas oportunidades sua opinião em relação aos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam:

Lideranças indígenas temem que o presidente eleito, Jair Bolsonaro, coloque em prática uma promessa repetida por ele ao longo da campanha: não demarcar mais terras indígenas. “Se eu assumir, índio não terá nem 1cm de terra”, disse ele em fevereiro, ao se reunir com empresários de Dourados (MS). “Vamos acabar com a indústria de demarcação de terras indígenas. Índio não quer ser latifundiário”, repetiu, em outubro, à tevê Bandeirantes (OLIVETO, 2018).

Por meio de Medidas Provisórias e Decretos o Presidente da República tem promovido tentativas de enfraquecer outros direitos indígenas. Em algumas delas sofreu interferências do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal, em outras decidiu editar nova espécie normativa alterando seu posicionamento anterior. Entre “idas e vindas” observou-se o trânsito da responsabilidade pela demarcação de terras

indígenas entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e a FUNAI (Medida Provisória 886/2019 e Medida Provisória 870/2019) e também alterações no funcionamento da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) que enfraquecem o respeito à medicina tradicional indígena (Decreto 9795/2019).

Mudanças legislativas e administrativas a princípio são expedientes regulares e democráticos em face das mudanças na Chefia do Poder Executivo Federal, porém é necessário considerar que a questão indígena foi elevada ao patamar federal pela Constituição de 1988 no intuito de resguardar referida minoria em face dos interesses locais. Assim sendo, a esfera federativa que está constitucionalmente incumbida de proteger os povos indígenas tem se mostrado cada vez mais determinada à prejudicá-los. Os conflitos de interesse dos outros níveis federativos em face das questões indígenas aliados ao poder de interferência da União no cenário nacional das políticas públicas pode significar verdadeira perseguição aos povos indígenas por toda a federação, ou seja, haverá a completa subversão do pacto federativo como um dos pilares democráticos.

Verifica-se, portanto, que a postura da União em face dos direitos indígenas se revela como uma violação do desenho institucional, notadamente do sistema de repartição de competências, adotado pela Constituição Federal de 1988 para sustentar o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, as alterações legislativas e os discursos adotados em detrimento dos povos indígenas analisados pela ótica constitucional são causa de insegurança jurídica e retrocesso constitucional.

4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para tratar sobre a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas com o objetivo de proteger o direito desses povos em face dos interesses e interferências locais. No pacto federativo brasileiro a esfera federal se revela como a mais influente em função das competências que acumula e, assim sendo, a União possui o aparato necessário para garantir os direitos dos povos indígenas.

Apesar da boa intenção do Constituinte de 1988 verificou-se que no principal caso de demarcação de terras no Brasil julgado pelo Su-

premo Tribunal Federal a proteção do direito à terra dos povos indígenas foi enfraquecida pelos interesses dos governos locais. Já na esfera federal nota-se que o esvaziamento dos direitos indígenas é uma política de governo abertamente declarada pelo Chefe do Poder Executivo federal, que vem adotando medidas para implementá-la.

Diante do interessante da União diametralmente oposto ao interesse do constituinte de 1988 de vê-la proteger os povos indígenas, resta claro que a repartição de competências constitucionalmente estabelecida não consegue garantir os direitos desses povos e ainda possibilita sua perseguição em função do poder de influência do ente federativo central. Nesse sentido, o pacto federativo deixa de ser um pilar da democracia para se converter em um instrumento de anti-democrático, corrompendo os mecanismos operacionais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 1775*, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6001*, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 01 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 191/2020*. Apresentado em 06/02/2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236765>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

GARGARELLA, Roberto. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción. *Boletín On-*

teaiken, Córdoba, n. 15, p. 22-32, May. 2013. Disponível em: <<http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/2-1.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

OLIVETO, Paloma. Indígenas temem que promessa de pôr fim à marcação de terras seja cumprida. *Correio Braziliense*, 10 nov. 2018, 07:00h. Disponível em: <<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/11/10/interna-brasil,718701/indigenas-temem-promessa-de-bolsonaro-de-por-fim-a-marcao-de-terras.shtml>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Popular 3.388/Roraima*. Rel. Min. Ayres Britto. DJe 01/07/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 650*. Dj 09/10/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=650.NUME.%20NAO%20S.FLS-V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 145-157, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100008>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

TRABALHO ESCRAVO E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ADPF Nº 489

William Timóteo

Renata Mendonça Morais Barbosa

1 INTRODUÇÃO

Após longos períodos de luta, tem-se por certo que constitui um avanço inegável para as gerações, o fato de o homem não mais ser um meio a serviço do capitalismo, mas um fim em si próprio. Com isso, o trabalho, antes sinônimo apenas de punição, passou a ser considerado como o principal instrumento de inclusão social.

O Brasil, entretanto, ainda carrega profundas marcas dos tempos de escravidão, as quais refletem diretamente nos relacionamentos interpessoais e, especialmente, nas relações de trabalho. Isso se dá porque, em que pese as notáveis contribuições trazidas com a edição da Lei Áurea, no ano de 1888, o regime foi muito mais excluído em seu aspecto formal do que prático.

Em razão disso, mesmo sendo considerada uma prática ilegal no ordenamento jurídico internacional, ainda hodiernamente é um infortúnio presente na realidade dos brasileiros, em que o trabalho em condições análogas à de escravo ocorre com frequência em nosso país. Esse fato exige dos Estados de Direito e de seus respectivos poderes, ações afirmativas em defesa do valor humano.

Informações do Radar do Trabalho Escravo, da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, apontam que, no Brasil, entre os anos de 1995 e 2018, cerca de 53.180 (cinquenta e três mil, cento e oitenta) trabalhadores foram identificados em condições análogas à de escravo. Em 2019, esse número já ultrapassa os 420 (quatrocentos e vinte), apenas no primeiro semestre.

Diante disso, a escolha do tema “trabalho escravo e direitos humanos: uma análise sob a perspectiva da ADPF nº 489” propõe constatar que, embora o arcabouço legislativo careça de considerável atualização, principalmente diante dos novos modelos de relação de trabalho estabelecidos no mundo moderno, as organizações de representação social e o Poder Jurisdicional podem contribuir para a diminuição das desigualdades sociais, não permitindo que o Estado, através de medidas infralegais, promova o retrocesso de princípios e direitos arduamente conquistados, fundamentados e insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por essa razão, o objetivo da presente pesquisa é, sob a ótica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 489, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade da Portaria nº 1.129, de 13 de outubro de 2017, do Ministério do Trabalho, analisar como o sistema jurídico nacional tem se portado diante de situações de violação ao marco legal de combate ao trabalho escravo no país, posto que ofensivas ao princípio da dignidade da pessoa humana e, especialmente, às normas basilares de proteção aos direitos sociais.

O estudo foi organizado em quatro tópicos, sob os seguintes títulos: apresentação do caso, identificação das normas que regulamentam a matéria, solução dada pelo Tribunal e discussão da solução dada pelo Tribunal com base na doutrina e em decisões divergentes e/ou convergentes. Atrelado a isso, no decorrer de todo o trabalho, buscou-se retratar a afirmação dos direitos humanos, principalmente por meio de seu axioma histórico, que resultou na inserção do valor social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Em relação à metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo, convém registrar que o mecanismo de abordagem empregado foi o dedutivo, originando-se uma proposição global para alcançar uma conclusão específica. O trabalho teve cunho exploratório e como

procedimento para a coleta de dados, realizou-se um estudo de caso, recorrendo à pesquisa bibliodocumental, com consultas a fontes primárias e secundárias.

Em considerações finais, tem-se como prevalecente a aplicação da premissa romana, em adaptação de Mieczyslaw Maneli (2004), do *in dubio pro iuribus hominis*. Em outras palavras: em caso de dúvidas, decide-se em favor dos direitos humanos.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO

A presente pesquisa busca investigar o trabalho escravo no Brasil, sob o prisma dos Direitos Humanos, tendo como objeto de estudo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489, em trâmite no Supremo Tribunal Federal - STF desde 20 de outubro de 2017.

A ADPF, com pedido liminar, foi ajuizada pelo partido político Rede Sustentabilidade e tem como Relatora a Ministra Rosa Weber. O seu objetivo é a obtenção da declaração de inconstitucionalidade integral da Portaria nº 1.129/2017, editada pelo Ministério do Trabalho, por entender, nas palavras do proponente, que (BRASIL, 2017a, p. 2, doc. 1):

O ato normativo questionado foi editado com o inconfessável propósito de inviabilizar uma das mais importantes políticas públicas adotadas no Brasil para proteção e promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais: a política de combate ao trabalho escravo. Sob o falso pretexto de regular a percepção de seguro desemprego por trabalhadores submetidos a condição análoga à escravidão, a Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 foi muito além, e desfigurou o marco legal do combate ao trabalho escravo no país.

A Rede sustenta que a Portaria do Ministério do Trabalho inviabiliza o combate ao trabalho escravo no país, ao tempo em que viola os preceitos basilares da ordem constitucional vigente. Com isso, fundamenta as suas alegações no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), bem como nos objetivos fundamentais da República,

insculpidos no artigo 3º, além de direitos sociais e fundamentais previstos nos artigos 5º e 6º, tais como: trabalho, liberdade, igualdade e não ser submetido a tratamento desumano ou degradante.

Além disso, invoca o artigo 149 do Código Penal Brasileiro, aduzindo que a portaria atacada representa extremo retrocesso jurídico, social e institucional, especialmente no que concerne à política nacional de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, em seus aspectos preventivos, fiscalizatórios e punitivos. Nesse sentido, complementa:

A ordem jurídica brasileira consagra compreensão ampliativa de “trabalho em condições análogas à de escravo”, que é contemplada na legislação e na jurisprudência e aplaudida pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos. Com isso, buscou-se ampliar a proteção da pessoa humana vulnerável no ambiente de trabalho, salvaguardando de modo mais pleno a sua dignidade. Ao perpetrar grave retrocesso nessa área, a Portaria nº 1.129/2017 violou gravemente a Constituição.

O referido conceito encontra-se plasmado no art. 149 do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 10.803/2003 [...]

Com esse argumento, não se pretende demonstrar apenas que a Portaria impugnada ofende o art. 149 do Código Penal. Tal afronta, conquanto inequívoca e gravíssima, refoge à alçada da jurisdição constitucional (BRASIL, 2017a, p. 14-19, doc. 1).

Nessa perspectiva, afirma também que:

[...] apesar de legalmente abolida há quase 130 anos no país, a escravidão ainda é praticada entre nós, por meio de “formas contemporâneas” [...] que podem ou não envolver restrições à liberdade de locomoção dos trabalhadores [...]. Elas englobam, além do trabalho forçado, também aquele realizado sob condições degradantes ou jornadas exaustivas, atentatórias à própria humanidade do trabalhador (BRASIL, 2017a, p. 2, doc. 1).

Aponta, outrossim, como sendo os principais vícios verificados na portaria contestada:

- a) a indevida restrição do conceito de “redução à condição análoga a escravo”;
- b) o condicionamento da inclusão de empregador na “lista suja” do trabalho escravo e da divulgação dessa lista a prévio ato do Ministro do Trabalho;
- c) a criação de um sem-número de entraves burocráticos e políticos para a atuação dos órgãos e autoridades envolvidos na fiscalização e combate às formas modernas de escravidão; e
- d) o afastamento de requisitos mínimos para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta sobre a matéria, o que tende a gerar impunidade.

Por fim, pleiteou-se medida cautelar, sob a alegação de que, diante de um cenário de extrema urgência e perigo de gravíssima lesão, estariam presentes os requisitos ensejadores à concessão da liminar, a fim de que fosse suspensa a eficácia do ato impugnado, até o julgamento de mérito da ação, com a consequente declaração de sua inconstitucionalidade.

Ingressaram como *amicus curiae* a (i) Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC, a (ii) Comissão Pastoral da Terra - CPT, a (iii) Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, a (iv) Confederação Nacional da Indústria - CNI e o (v) Instituto de Advocacia Racial e Ambiental - IARA. Por hipótese de prevenção, foram apensados à arguição os autos da ADPF nº 491.

Em 23 de outubro de 2017, em decisão monocrática, a Ministra Rosa Weber, relatora da ADPF, conheceu da arguição e, motivada pela comprovação da existência de lesão a preceitos fundamentais, bem como pela presença dos requisitos ensejadores, suspendeu, em caráter liminar, o ato normativo impugnado, até que haja o julgamento de mérito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em sua decisão, justifica a ministra que (BRASIL, 2017a, p. 6, doc. 16):

A definição conceitual proposta na Portaria afeta as ações e políticas públicas do Estado brasileiro, no tocante ao combate ao

trabalho escravo, em três dimensões: **repressiva** (ao repercutir nas fiscalizações procedidas pelo Ministério do Trabalho), **pedagógico-preventiva** (ao disciplinar a inclusão de nomes no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo) e **reparativa** (concessão de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado).

Com isso, ficou demonstrado que as definições conceituais trazidas pelo Ministério do Trabalho, com caráter extremamente restritivo, não se coadunam com as exigências lançadas com o advento dos instrumentos internacionais, pela jurisprudência dos tribunais sobre a matéria e, principalmente, com a ordem jurídica pátria.

3 IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS QUE REGULAMENTAM A MATÉRIA

Além de ofensa aos princípios constitucionais que sustentam a República Federativa do Brasil, especialmente quanto àqueles insculpidos nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, conforme reconhecido em sede liminar, a matéria ora apreciada também encontra espeque no artigo 149 do Código Penal, que tipifica como crime de redução à condição análoga à de escravo cada uma das condutas descritas, isoladamente apreciadas, ao assim dispor:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (BRASIL, 1940, n.p.)

Outrossim, remontando às origens em seara internacional, tem-se como o primeiro instrumento a regular o tema, estabelecendo responsabilidades tangíveis quanto à eliminação da escravidão, a Convenção sobre a Escravatura, celebrada em Genebra em 1926, em meio aos auspícios da Sociedade das Nações. Em seu artigo 1º, define a escravidão como sendo “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1926, p. 1).

Entretanto, verificada a fragilidade da definição, que não seria capaz de eliminar a escravidão no mundo, bem como as suas práticas análogas, a conceituação foi ampliada, já sob o amparo da Organização das Nações Unidas - ONU, pelo Protocolo de 1953. Com isso, foram incluídas também as práticas de servidão por dívidas, servidão, casamento forçado e trabalho infantil. No Brasil, a convenção teve a sua adesão autorizada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 14 de julho de 1965.

Por sua vez, a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, também aderida pelo Brasil, definiu, em seu artigo 2.1, o trabalho forçado como sendo “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (OIT, 1930, n.p.). Nesse sentido, também foi ratificada a Convenção/OIT nº 105, que trata da abolição do trabalho forçado e obriga os Estados-membros a adotarem medidas para a sua completa erradicação.

Mais recentemente, no ano de 2015, o Brasil assinou a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, comprometendo-se a respeitar os direitos e princípios na área do trabalho, dos quais se traz especial destaque ao trabalho decente, à manutenção de serviços de inspeção, à

igualdade de oportunidades e, em seu artigo 8º, à eliminação do trabalho forçado ou obrigatório. Veja-se:

ARTIGO 2º - Trabalho Decente

1. Os Estados Partes comprometem-se a:

1 formular e pôr em prática políticas ativas de trabalho decente e pleno emprego produtivo [...].

2. Na formulação das políticas ativas de trabalho decente, os Estados Partes devem ter presente:

a) a geração de empregos produtivos em um ambiente institucional, social e economicamente sustentável;

b) desenvolvimento de medidas de proteção social;

c) promoção do diálogo social e do tripartismo; e

d) respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

[...]

ARTIGO 8º - Eliminação do trabalho forçado ou obrigatório

1. Toda pessoa tem direito a um trabalho livremente escolhido e a exercer qualquer ofício ou profissão, de acordo com as disposições nacionais vigentes.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para eliminar toda forma de trabalho forçado ou obrigatório exigido a um indivíduo sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

3. Os Estados Partes comprometem-se, ademais, a adotar medidas para garantir a abolição de toda utilização de mão de obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado ou obrigatório.

4. Os Estados Partes comprometem-se, de modo especial, a suprimir toda forma de trabalho forçado, obrigatório ou degradante que possa utilizar-se:

- a) como meio de coerção ou de educação política, ou como punição por não ter ou expressar, o trabalhador, determinadas opiniões políticas, ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;
- b) como método de mobilização e utilização da mão de obra com fins de fomento econômico;
- c) como medida de disciplina no trabalho;
- d) como punição por haver o trabalhador participado em atividades sindicais ou greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional, religiosa ou de outra natureza. (MERCOSUL, 2015, n.p.)

Além disso, não se pode esquecer, obviamente, da Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888 - Lei Áurea, que declara extinta a escravidão no Brasil. Tem-se ainda outros instrumentos com os quais o país também está comprometido, e que integram o patrimônio jurídico da Humanidade. São eles: (i) Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), (ii) Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), (iii) Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), (iv) Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem (1948), (v) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), (vi) Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966) e a (vii) Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

Caminhando nessa perspectiva, observa-se que, com a evolução do direito, especialmente em cenário internacional, as concepções de escravidão foram evoluindo, a fim de atender às novas acepções do mundo contemporâneo. Diante disso, extrai-se que, na atualidade, o trabalho escravo apresenta-se de forma mais tênue e o cerceamento da liberdade não perpassa obrigatoriamente por opressões físicas, mas principalmente econômicas.

Sob esse aspecto, manifestou-se a Ministra Rosa Weber, para fundamentar a sua decisão:

O ato de privar alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, é repudiado pela ordem constitucional, quer se faça mediante coação, quer pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno, com impacto na capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação, também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (BRASIL, 2017a, p. 8, doc. 16).

Com isso, ao retomar a discussão em sede constitucional, importante ressaltar que a Magna Carta veda expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “c”, a pena de trabalhos forçados, porquanto degradante e desumana.

Nesse prisma, oportuno registrar que a Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 foi infeliz ao estabelecer, sobremodo restritivos, conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva, condição degradante e condições análogas à de escravo. Posto isso, não se pode limitar a escravidão unicamente à violência física, eis que a sua manifestação também se dá, especialmente diante desse cenário laborativo contemporâneo, de outras diversas formas.

Por esse motivo, justa foi a decisão exarada pela ministra relatora, fundamentada em todo o arcabouço legislativo aqui retratado, por verificar as graves violações à Norma Máxima do Estado e, de igual modo, que o ato normativo não se coaduna com a ordem jurídica internacional.

4 SOLUÇÃO DADA PELO TRIBUNAL

Embora a discussão da ADPF em apreço – de nº 489 – ainda não tenha chegado ao Pleno do Supremo Tribunal Federal, a análise liminar da relatora Rosa Weber, composta por 20 (vinte) laudas, foi bem-vista em cenário nacional, nos âmbitos jurídico, político e acadêmico. Em sua fundamentação, a Ministra invocou normas de estirpe constitucional e infraconstitucional, além de dispositivos infralegais e documentos externos, dos quais o Brasil é signatário e que lhes impõe obrigações jurídicas.

Para ela (BRASIL, 2017a, p. 10, doc. 16):

[...] a Portaria aparentemente afasta, de forma indevida, do conjunto das condutas equiparadas a trabalho realizado em condição análoga à de escravo, as figuras jurídicas da submissão a **trabalho forçado**, da submissão a **jornada exaustiva** e da sujeição a **condição degradante** de trabalho, atenuando fortemente o alcance das políticas de repressão, de prevenção e de reparação às vítimas do trabalho em condições análogas à de escravo.

A conceituação restritiva presente no ato normativo impugnado divorcia-se da compreensão contemporânea, amparada na **legislação** penal vigente no país, em **instrumentos internacionais** dos quais o Brasil é signatário e na **jurisprudência desta Suprema Corte**.

Com isso, torna-se certo de que a sua compreensão sobre o tema está amparada, ainda, em precedente já sedimentado pelo Plenário do STF, que admite interpretação extensiva à concepção de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, na qual não se torna obrigatória a existência de coação física da liberdade.

Entretanto, “por evidente, não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo”, diz a ministra. Mas acrescenta, por outro lado, que “se atinge níveis gritantes e se submetidos os trabalhadores a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes, com a privação de sua liberdade e de sua dignidade”, mesmo nos casos em que não se verifica o atentado expresso ao direito de ir e vir, estaria verificada a prática do crime de redução do trabalhador a regime análogo ao de escravos (BRASIL, 2017a, p. 8, doc. 16).

Avalia, ainda, que a portaria do Ministério do Trabalho estabelece conceituações frágeis e impõe, sem qualquer fundamento, a conexão de atos quando, sob os auspícios da ordem jurídica pátria, a existência isolada de apenas um deles já seria hábil à caracterização do ilícito. Com isso, ao conferir definição restritiva aos termos ali tratados, atribuindo-lhes sentido dúbio, o instrumento ministerial ocasiona um esvaziamento conceitual que, por si só, atenua a execução de práticas

repressivas, preventivas e reparativas, e afasta a aplicação de parâmetros internacionais e jurisprudenciais.

Por oportuno, a decisão ressalta que, mesmo diante de tantos avanços históricos, os mecanismos atualmente existentes ainda não são capazes de erradicar a prática do trabalho escravo contemporâneo, e rememora que esse motivo levou o país a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, no caso Fazenda Brasil Verde, em 2016.

Caminhando na mesma perspectiva, destaca-se que a Ministra relatora reconheceu em sua decisão que a manutenção dos efeitos jurídicos do ato impugnado ocasionaria relevante mácula à ordem constitucional estabelecida, tendo em vista que:

A presença do trabalho escravo entre nós causa danos contínuos à dignidade das pessoas (**art. 1º, III, da CF**) a ele submetidas, mantendo a República Federativa do Brasil distante de alcançar os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (**art. 3º, I, da CF**), alcançar o desenvolvimento nacional (**art. 3º, II, da CF**), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (**art. 3º, III, da CF**) e promover o bem de todos (**art. 3º, IV**). Tais danos são potencializados pela ausência de uma política pública eficiente de repressão, prevenção e reparação (BRASIL, 2017a, p. 19, doc. 16).

Observe-se, outrossim, que a Lei Máxima do Estado garante aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º). Extraí-se daí a vedação para que sejam interpretadas como meras declarações políticas ou programas de ação. Nesse panorama, a Ministra Rosa Weber destaca que a essas normas “não pode ser atribuída [...] exegese que lhes retire a densidade normativa” (BRASIL, 2017a, p. 14, doc. 16).

Finalizou, diante disso, em sede de juízo preliminar, a evidência do risco de comprometer os resultados obtidos no decorrer de longos períodos de luta para que se alcançasse o *status quo* das políticas públicas de combate ao trabalho escravo. A decisão, ainda, reconheceu que a portaria ministerial vulnera princípios basilares constitucionais e,

de igual modo, suprime proteção apropriada a direitos fundamentais, além de gerar desordem em relação aos compromissos internacionais assumidos. A sua manutenção, certamente, ocasionaria um grande retrocesso jurídico e social.

5 DOCTRINA E DECISÕES DIVERGENTES E CONVERGENTES

Mesmo após 131 (cento e trinta e um) anos da abolição da escravatura, a população brasileira – especialmente negra e com baixo nível de escolaridade – ainda amarga momentos de dificuldade com as cicatrizes deixadas por esse período. A Portaria nº 1.129/2017, do Ministério do Trabalho, vem reafirmar que a República do Brasil, mesmo fundamentada na dignidade da pessoa humana, ainda não é capaz de efetivar os direitos basilares dos cidadãos.

Foram essas as razões, dentre outras oportunamente já elencadas, que deram azo à decisão da Ministra Rosa Weber, para que suspendesse os efeitos integrais do ato ministerial em discussão, tutelando direitos flagrantemente violados.

Muito impressiona que, mesmo após ter sido recentemente condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil ainda edita instrumento que viria a afrouxar conquistas históricas, restringindo a atuação repressiva, mitigando o efeito reparativo do seguro-desemprego e submetendo a inclusão das empresas na “lista suja” do órgão a um crivo estritamente político do gestor estatal.

A ADPF, portanto, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, vem cobrar do Poder Jurisdicional respostas para atos arbitrários, que certamente iriam promover o retrocesso de princípios e direitos sociais e fundamentais. Por essa razão, ao fundamentar a sua decisão monocrática, a Relatora ratificou o entendimento já pacificado no Tribunal, de que a escravidão não decorre apenas de constrangimentos físicos. Nesse sentido, veja-se:

PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDA-

DE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais (BRASIL, 2012, n.p.).

O entendimento firmado no Inquérito nº 3.412, ementado acima, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio e redatora do acórdão a Ministra Rosa Weber, reflete o mesmo do objeto da presente pesquisa e foi reiterado pelo STF em sede de Recurso Extraordinário – nº 459.510, Relator: Min. Cezar Peluso, Redator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Na análise do caso, o órgão entendeu, dentre outras coisas, que “o bem jurídico objeto de tutela pelo art. 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente [...]”, e ressaltou, nesse sentido, que “é dever do Estado

(lato sensu) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III [...])” (BRASIL, 2015, n.p.).

Depreende-se daí ser dever do Ente Estatal a manutenção de políticas públicas e sociais de prevenção e combate ao trabalho em condição análogas à de escravo. Observe-se, por oportuno, que tal obrigação decorre de imposição constitucional, bem como dos instrumentos internacionais aderidos, os quais não dão margem para uma atuação meramente discricionária, quando o tema é direito fundamental.

Caminhando na perspectiva em comento, o Tribunal Superior do Trabalho - TST reformou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região que, nos autos da Ação Civil Pública nº 53100-49.2011.5.16.0021, movida pelo Ministério Público do Trabalho - MPT, divergiu do entendimento já firmado pelo STF e, embora tenha considerado a existência de trabalho em condições degradantes, não reconheceu a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo, sob a justificativa de não haver impedimento à liberdade de locomoção. Diante disso, o acórdão do TST, já em sede de Recurso de Revista, foi assim ementado:

[...] RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO AUTOR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. CONFIGURAÇÃO. No caso em análise, o eg. Tribunal Regional considerou que “embora reconhecida a realização de trabalho em condições degradantes, não restou demonstrado nos autos a redução dos representados à condição análoga à de escravo”, concluindo que “em nenhum momento, houve alusão a qualquer impedimento à ampla liberdade de locomoção dos trabalhadores” e que “a liberdade de ir e vir é incompatível com a condição de trabalhador escravo” [...]. Sob esse enfoque, a caracterização do trabalho escravo não mais está atrelada condicionalmente à restrição da liberdade de locomoção do empregado - conceito revisto em face da chamada “escravidão moderna”. É preciso aperfeiçoar a interpretação do fato

concreto, de modo a adequá-lo ao conceito contemporâneo de trabalho escravo contemporâneo. Nesse sentido têm caminhado a jurisprudência e a doutrina. Uma vez configuradas as condições degradantes a que eram submetidos os empregados, evidenciado o trabalho em condição análoga à de escravo, o que se declara, nos exatos termos do art. 149 do Código Penal [...]. (BRASIL, 2017b, n.p.)

Verifica-se que, ao dar provimento ao recurso do MPT, o Tribunal Superior do Trabalho confirmou a linha que vem sendo abordada e ratificou que o trabalho em condições análogas à de escravo está dissociado da restrição da liberdade do trabalhador. Registre-se, nesse aspecto, a necessidade de interpretação do caso concreto, adequando-o às novas concepções de labor no mundo contemporâneo. A doutrina também tem caminhado nesse sentido. No mesmo viés, seguiu o Recurso Especial nº 1.443.133 - TO, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, bem como o Recurso em Habeas Corpus nº 85.875 - PI, relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

A despeito disso, Camino (2003) destaca que o valor humano está explícito na norma constitucional e que o direito do trabalho, por sua vez, configura-se como mecanismo garantidor da dignidade intrínseca do trabalhador. Nesse prisma, corrobora a lição precisa de Sarlet (2004, p. 59):

[...] 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 direito 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 de 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.

Delgado (2005), por sua vez, vem convergir com tais ensinamentos e destaca que o valor humano, em sua singeleza, deve ser o centro

da sociedade, ficando este lesado nos casos de qualquer privação mínima de afirmação social.

Com isso, resta clarividente que o ordenamento jurídico pátrio, aliado a disposições internacionais, prevê expressamente a proibição da prática do trabalho escravo, ou a ele análogo. Diante disso, importante assinalar que a escravidão não está limitada ao constrangimento físico, mas especialmente sob formas camufladas, que venham a configurar atentado contra a dignidade da pessoa humana, principalmente quando analisada pela ótica da contemporaneidade.

6 CONCLUSÃO

Inicialmente, remontou-se às origens do trabalho, outrora utilizado unicamente como forma de penalidade, especialmente para os povos mais humildes. Na atualidade, entretanto, embora o país ainda carregue marcas desse período, é perceptível a sua importância para o contexto social, notadamente por configurar-se como imprescindível mecanismo de inclusão.

Diante disso, ao longo da presente pesquisa, foi possível perceber a evolução da concepção de trabalho escravo, identificando as relevantes contribuições legislativas e jurisprudenciais, além das organizações sociais e dos tratados e convenções internacionais, que culminaram hoje no que se entende por “trabalho escravo contemporâneo”. Esse processo, certamente, tem auxiliado na consecução de ações afirmativas em defesa do valor da pessoa enquanto indivíduo humano.

Nesse aspecto, investigou-se o trabalho escravo no Brasil, sob a ótica dos Direitos Humanos e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489, que tramita no STF desde o ano de 2017. Nela, a Rede Sustentabilidade pretendeu a obtenção da declaração de inconstitucionalidade total da Portaria nº 1.129/2017, editada pelo Ministério do Trabalho.

O partido político alegou que a normativa ministerial inviabilizava a promoção de políticas públicas de combate ao trabalho escravo no país, com a falsa justificativa de que estaria regulando o recebimento do seguro-desemprego pelos trabalhadores submetidos a condição análoga à escravidão.

Importante se faz destacar que, conforme confirmado em decisão monocrática da Ministra Rosa Weber, relatora da arguição, a portaria atacada viola o texto básico da Constituição Federal e divorcia-se dos compromissos assumidos em cenário internacional. Ainda, afeta as ações e políticas nas dimensões repressiva, pedagógico-preventiva e reparativa.

Através deste estudo, pôde-se constatar que a ADPF, mesmo ainda não tendo sido analisada pelo Plenário da Suprema Corte brasileira, vem reafirmar o papel do Poder Judiciário na redução das desigualdades sociais, quando não permitiu que o Estado, no uso de suas atribuições discricionárias, corroborasse com o retrocesso jurídico, social e institucional de conquistas tão importantes e ainda não inteiramente consolidadas, mormente as novas concepções de relação de trabalho estabelecidas na contemporaneidade.

Verificou-se, diante disso, que o documento do Ministério do Trabalho apresentava graves vícios ao condicionar a inclusão do empregador na “lista suja” ao crivo político do gestor estatal e ao criar entraves para a execução de procedimentos fiscalizatórios. De igual modo, ao trazer conceituações por extremo restritivas, que não se harmonizam com as disposições nacionais e internacionais estabelecidas.

Por tudo aqui já discutido, é de clareza solar que, atualmente, o trabalho escravo revela-se de forma mais tímida. Depreende-se daí que a restrição da liberdade não está necessariamente atrelada à violência física, eis que também se apresenta de várias outras maneiras, inclusive pelo viés econômico. Nesse prisma, torna-se inequívoco que a Portaria nº 1.129/2017 não poderia prosperar.

A medida cautelar, conforme demonstrado, está amparada em precedentes do próprio STF, o qual já consolidou uma compreensão extensiva às concepções antes atribuídas ao crime de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, na qual não se faz necessária a reunião das condutas descritas no artigo 149 do Código Penal, mas apenas a existência isolada de qualquer uma delas para a configuração do ilícito penal.

Em vista disso, tem-se por inequívoco que defender o trabalho digno é, por consequência indissociável, defender os direitos humanos. Assim, na medida em que a portaria restringe a atuação repressiva do Ministério do Trabalho, atribui cunho político a mecanismo puniti-

vo e mitiga o efeito reparativo, quando restringe o acesso ao seguro-desemprego, ela se distancia do acervo legal de repressão ao trabalho escravo, ofende os direitos fundamentais da pessoa humana e, como consequência, a Constituição.

Diante de todo o delineado, é claro compreender que, mesmo havendo um direcionamento coletivo de esforços para a erradicação do trabalho análogo à escravidão, este insiste em sobreviver de forma camuflada. Por isso, combater o trabalho escravo não se constitui como uma faculdade do Estado, mas uma obrigação decorrente do texto constitucional, que prevê o dever de proteção ao trabalhador e à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, parece faltar ao ente estatal a lucidez de que as suas ações são imprescindíveis para que, deveras, os velhos hábitos – com roupagem moderna – sejam definitivamente desenraizados do cenário nacional. Isso inclui, também, inserir no cotidiano da administração pública, além da aplicação do conjunto de princípios que a norteia, o *do in dubio pro iuribus hominis*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

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

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 66, de 14 de julho de 1965**. Senado Federal, 1965. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-66-14-julho-1965-350564-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Rio de Janeiro, 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.443.133**. Brasília, 2016. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23 de fevereiro de 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 85.875**. Brasília, 2018. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 24 de abril de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489**. Brasília, 2017a. Relatora: Ministra Rosa Weber, julgado em 23 de outubro de 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.412**. Brasília, 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 29 de março de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 459.510**. Brasília, 2015. Relator: Ministro Cezar Peluso, julgado em 26 de novembro de 2015.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 53100-49.2011.5.16.0021**. Brasília, 2017b. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 10 de maio de 2017.
- CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho**. In Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Nº 8. Set-Out/2005.
- MANELI, Mieczyslaw. **A nova retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- MERCOSUL. Mercado Comum do Sul. **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015**. Brasília, 17 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Portaria nº 1.129, de 13 de outubro de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19356195/do1-2017-10-16-portaria-n-1-129-de-13-de-outubro-de-2017-19356171>. Acesso em 01 de agosto de 2019.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 105 - Abolição do Trabalho Forçado**, de 05 de junho de 1957. Genebra, 1957. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm>. Acesso em 14 de agosto de 2019.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 29 - Trabalho Forçado ou Obrigatório**, de 10 de junho de 1930. Genebra, 1930. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 02 de agosto de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO. **Radar SIT**: Painel de informações e estatísticas da inspeção do trabalho no Brasil. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>>. Acesso em 07 de setembro de 2019.

SOCIEDADE DE NAÇÕES. **Convenção sobre a escravidão**, de 25 de setembro de 1926. Genebra, 1926. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/convencao_escravatura_genebra_1926.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2019.

DESIGUALDADE DE GÊNERO E MUNDO DO TRABALHO: BREVE ENSAIO DESENVOLVIDO A PARTIR DE ARGUMENTOS FEITOS POR MULHERES

Maria Carolina Cavalcante de Oliveira

INTRODUÇÃO

O debate sobre desigualdade de gênero nunca esteve tão em alta em nosso ordenamento jurídico. A popularização do feminismo, seja pelo bem ou para o mal, trouxe o assunto novamente para as discussões. Entretanto, ao analisar o debate sobre a temática, os argumentos utilizados em sua grande maioria são aqueles baseados em Aristóteles, Bordieu, Rousseau ou até mesmo os ideais da Revolução Francesa. Aparentemente, são poucos os trabalhos que recorrem aos argumentos levantados por mulheres acerca do tema. Esta pesquisa teve uma abordagem atípica, uma vez que foi decidido que apenas seriam utilizados argumentos e textos feitos por mulheres. Tal escolha se manifesta como oposição e resistência à falta de representatividade feminina no âmbito jurídico. A autora Sam Maggs, em seu livro *Wonder Women* (2018), traz importante contribuição ao tratar de representatividade, conforme indica a citação abaixo:

Representatividade é importante (...). Nós dizemos isso para enfatizar o fato de que todo mundo – não importa gênero, sexualidade, raça, habilidade nem nenhuma parte de sua identidade – merece ser identificado com personagens nas páginas e nas telas. (...). Porém, uma coisa que esquecemos com frequência é que a representatividade importa em toda parte, não apenas na ficção, mas, também no dia a dia das nossas vidas no mundo real. A falta de representatividade é o motivo pelo qual quando peço a vocês que pensem em um cientista, a primeira pessoa que lhe vem na cabeça é um homem de cabelos bagunçados e jaleco branco. É por isso que o impacto histórico das mulheres é tradicionalmente explorado em um curso optativo (...) ao passo que o impacto histórico dos homens simplesmente se chama história. (MAGGS, Localização 18, 2018).

Acompanhando as reflexões de Maggs, pode-se afirmar que representatividade é importante inclusive no meio acadêmico. Ao realizar uma pesquisa que utiliza apenas fontes teóricas elaboradas por mulheres, pretende-se contribuir com a representatividade feminina na academia, além, é claro, de trazer à luz argumentos e perspectivas que muitas vezes são ignorados.

Para a realização desta pesquisa, o conceito de desigualdade utilizado acompanha os ensinamentos de Erika Apfelbaum (2009). Esta diz que a falta de igualdade existe em razão de uma relação de dominação. Para a autora e para este trabalho, a desigualdade pode se traduzir como uma relação de servidão, na qual o dominante delimita o local de atuação e os poderes do dominado. Tal relação não afeta, apenas, as relações sociais, mas também alcança caráter mais pessoal, inclusive, influenciando no processo de identidade e de consciência.

Esse artigo retrata os desafios econômicos enfrentados pelas mulheres. O seções com suas primeiras argumentações traz uma análise parcial da legislação brasileira. Além de apresentar, com os argumentos de Marcia Tiburi, as estruturas de espaços público e privado destinados a cada sexo. Complementando essa argumentação, foi analisada a cole-

ção Segundo Sexo de Simone Beauvoir, que explica como as escolhas de profissões são feitas a partir do gênero.

As mulheres, ao acessarem o mercado de trabalho brasileiro, segundo a empresa Catho em sua pesquisa lançada em 2008, trabalham em sua maioria cerca de 46% em empresas de pequeno porte (com faturamento menor a 15 milhões de reais) e, por consequência, a média salarial é mais baixa. E ainda sim é uma grande conquista, uma vez que, conforme aponta o Banco Mundial em 2017, em muitos países, como Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Guiné Equatorial, Honduras, Nicarágua, Panamá e Uruguai ainda existem limitações de trabalhos às mulheres e restrições para sua emancipação financeira. Limitações que acabam influenciando em outras áreas como a educação.

Por meio dessa pesquisa foi possível constatar que a desigualdade de gênero afeta negativamente todos e em vários aspectos, sendo o dado com maior impacto é o fato de que o mundo, perde 1 trilhão de dólares no PIB mundial, conforme comprovado pelo Instituto McKinley Global.

Este trabalho objetiva contribuir para o estabelecimento de um novo olhar sobre a desigualdade de gênero, principalmente, no tocante ao desenvolvimento desse tema ao longo do tempo. Uma abordagem sociológica foi feita. Mas, além de apenas trazer problemas, este trabalho tem a intenção de resolvê-los por meio de atitudes promovidas pela sociedade civil e até mesmo pelo governo federal e por outros países.

1. Mulheres e o mundo do trabalho

Pode-se afirmar que o patriarcado define que os homens possuem um lugar privilegiado e primário em relação às mulheres. Segundo Tiburi (2015), observando os direitos como um todo, é possível perceber que homens e mulheres não ocupam as mesmas posições. A ordem cultural patriarcal reflete tanto na esfera política e nas noções de justiça quanto na ética. As percepções de diferenciação não possuem de forma alguma um embasamento natural, seja de estruturas sociais ou biológicos. A própria cultura influencia e é influenciada

por indivíduos que impõem à mulher uma condição inferiorizada. Refletindo de maneira sistemática, as mulheres são inferiorizadas em todas as conexões gregárias, mesmo as mais triviais. E primordialmente em relações de equiparação social no tocante ao espaço que as mulheres ocupam.

Muraro (2001) afirma que a partir da década de 80, durante o século XX, abandonou-se os ideais de sexo e se intitulou a palavra gênero para instrumento metodológico, enquanto categoria socio-cultural, para que assim se explicasse a ascensão das mulheres enquanto sujeitos sociais, históricos e econômicos. Portanto, afirma-se que as atividades consideradas femininas estão sempre associadas com a função familiar, generalização que se estende às atividades que estão relacionadas ao espaço privado da família e à produção de valores de uso para o consumo familiar. Já as atividades destinadas à produção social e que são desenvolvidas no espaço público são tidas como uma atribuição masculina.

De França e Schimanski, (2009, p. 79) chegam a seguinte conclusão:

Em todas as sociedades a forma mais comum da divisão do trabalho refere-se à 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, principalmente, nas relações de gênero.

Simone Beauvoir, no primeiro volume de seu livro “Segundo Sexo” de 1949, demonstrou em sua pesquisa que durante o período de 1889-1893, na França, para um dia inteiro de trabalho de um homem, as mulheres recebiam apenas metade do salário. Na América do Norte, em 1918, a mulher recebia também 50% do salário dos homens exercendo a mesma função. Na Alemanha, em suas minas, a disparidade era ainda maior, 25% do salário pela mesma quantidade de carvão.

Segundo uma pesquisa do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial (2017), as restrições de emprego ou

de salário são advindas de legado legislativo colonial, ou apenas antiquado. A Lei de Minas e Carvoarias do Reino Unido de 1842 colocava restrições às mulheres no exercício do labor nas minas de muitas economias da *Commonwealth* (a Comunidade Britânica).

Atualmente, quase a metade das economias da Commonwealth impõe limites às atividades que podem ser exercidas por mulheres. Na Comunidade de Estados Independentes (CEI), a maioria das economias possui uma longa lista de restrições ao emprego de mulheres, que foi herdada de uma Lei Soviética de 1932. Das nove economias da CEI estudadas, somente a Armênia não impõe tais restrições. Tendências semelhantes são encontradas na África Francófona, na África Lusófona e nos países de língua espanhola.

A legislação brasileira, por outro lado, possui grandes avanços na garantia de igualdade nas funções de homens e mulheres. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, inciso I, que:

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.

Na garantia da igualdade formal, a Constituição ainda complementa, agora em seu artigo 7º, inciso XX e XXX, sobre igualdade entre homens e mulheres no âmbito laboral:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - **Proteção do mercado de trabalho da mulher**, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXX - **proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.** (Grifo nosso)

Vigorando dessa forma no ordenamento jurídico brasileiro hodierno o princípio da isonomia entre os gêneros. Fernandes (2014) ensina que esse princípio, dentre outras razões, estabeleceu-se por meio da ordem constitucional, prevenção para possíveis práticas discriminatórias contra as mulheres. Por isso, as ações para restringir o mercado de trabalho se tornariam mais dificultosas.

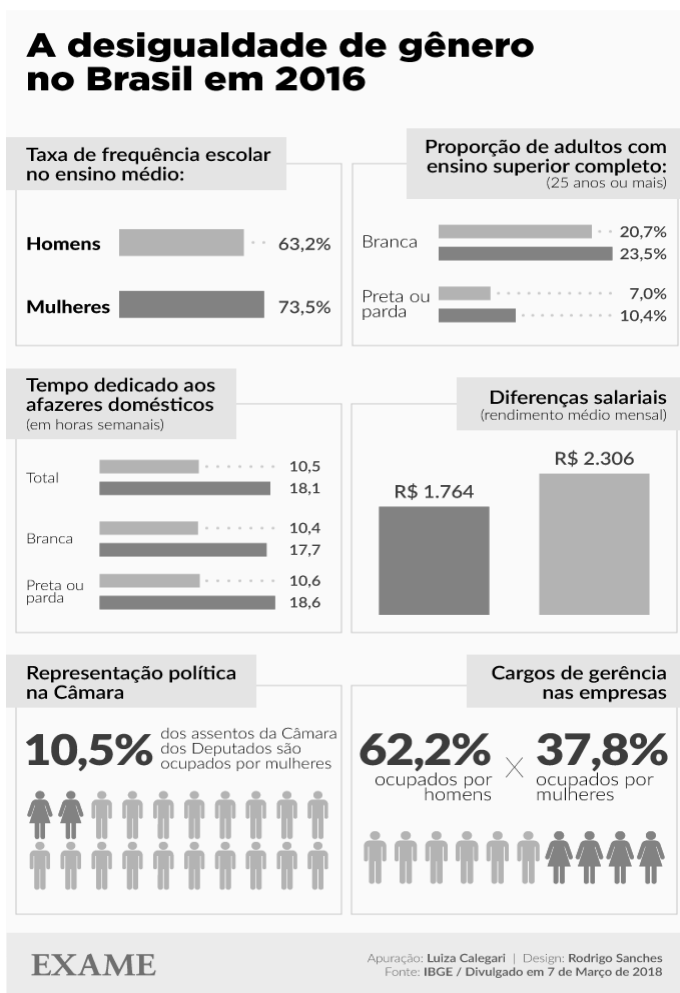
Fernandes (2014) aponta que esses princípios constitucionais transformaram a legislação promovida pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que produzia efeitos contrários, principalmente, em relação à mulher obreira. O legislador do começo do século XX, sem qualquer embasamento científico, inseriu no ordenamento jurídico normas que restringiam trabalhos noturnos às mulheres, alegando caráter protecionista.

O decreto n° 21.417/1932, reforçando ainda o caráter sexista dos legisladores no tocante à divisão de trabalhos, veio a proibir, com poucas exceções, o trabalho noturno para as mulheres. O horário compreendido era das 22h00 até às 5h00 em estabelecimentos comerciais ou industriais, fossem eles públicos ou particulares. (FERNANDES, 2014).

Consoante a este raciocínio, a redação do art. 379 da CLT confirmou tal proibição, só que agora em caráter geral. A promulgação da Constituição Federal de 1988 e alterações legislativas posteriores revogaram por completo do ordenamento vigente, tanto o artigo quanto o decreto, eram discriminatórios.

Por outro lado, mulheres ainda ganham menos. Mesmo que as mulheres, segundo o infográfico abaixo, possuam frequência escolar maior que os homens sendo 73,5% contra 63,2%; e também maior porcentagem no que tange à integração ao ensino superior, 23,5% contra 20,7%, no caso de pessoas brancas e cai para 10,4% e 7,0%, respectivamente, no que concerne às pessoas negras; ainda ganham de 542 reais a menos que os homens e o no tocante as vagas de chefia, gerência e outros cargos de poder os homens ocupam 62,2%.

Figura 1: A desigualdade de gênero no Brasil em 2016.



Fonte: IBGE, 2018.

O ambiente doméstico e privado ainda parece ser dedicado às mulheres, seguindo a mesma constante apresentada pela Revolução Francesa. Os dados acima expostos demonstram que as mulheres, sendo brancas ou negras, trabalham cerca de 18 horas semanais em seu próprio ambiente doméstico. Enquanto os homens, não importando sua cor, trabalham apenas 10,5 horas. São 6,5 horas semanais de diferença, podendo chegar a ser em um mês mais de 26 horas. Ou seja, as mulheres possuem um dia e 2 horas a mais dedicadas ao serviço doméstico. (IBGE, 2018).

Ao analisar esses fatos, pode-se fazer alguns questionamentos: Por que as mulheres ocupam cargos inferiores aos homens se elas possuem mais estudo que eles? Por que as mulheres ainda se dedicam tantas horas a mais que os homens nos serviços domésticos? O sistema em que se estabelecem as classes sociais é razão por de trás dessa dicotomia?

A OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), no ano de 2017, realizou um relatório de investigação sobre os resultados de meninos e meninas referentes às matérias de matemática e ciência. Segundo o estudo, é notório o melhor desempenho dos meninos em detrimento das meninas. Porém, percebeu-se que os resultados não eram em razão de alguma característica biológica, porque foi constatado que o desempenho em determinada matéria não tem a ver com habilidades inerentes e sim com o meio cultural. O incentivo e o apoio de pais e professores eram diferentes em relação a cada gênero. Para a pesquisa, os meninos são mais estimulados que as meninas e, por isso possuem mais resultados. (PANORAMA, 2017). Segundo a Cátedra Unesco Mulher, Ciência e Tecnologia na América Latina (Flacso–Argentina), analisando meninas entre 6 e 8 anos, verificou-se que 9 em cada 10 acreditavam que a engenharia tinha a ver com afinidade e destreza masculina.

A frase “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” da autora Simone de Beauvoir (BEAVOUIR, 1949, p. 11) encontra embasamento prático ao considerar o estudo citado acima. Para ela, as bases culturais são as que tornam fêmeas humanas em mulheres perante a sociedade. É o conjunto de informações, normas e preceitos que traduzem o que é ser mulher. Biologicamente não existe prova científica que mulheres e homens possuam desequilíbrios para que um se saia melhor que o outro em qualquer tipo de conhecimento. Seguindo a lógica, apenas o gênero seria capaz de explicar as amarras impostas. (BEAVOUIR, 1949). A pesquisa demonstrou que o incentivo daqueles que estavam ao redor era o que modificava o desempenho, ou seja, as meninas, em razão de seu gênero, para Beauvoir, teriam seus resultados atrelados à falta de incentivo e de crença que meninas podem entender e ir bem nas áreas de ciências exatas.

As amarras simbólicas definem se alguém estará destinado ao plano privado ou ao público, a ser bem-sucedido em algo ou acabar sendo

limitado a acreditar que não consegue. Tal entendimento explica exatamente quem ficará mais tempo em trabalhos domésticos e quem terá destaque social, em razão de seu gênero. Ao tratar do devido destaque social, toca-se em um ponto ainda mais preocupante, por que mulheres devem provar o tempo todo o que sabem e o quanto são competentes. Existe um mundo de infinitudes para os meninos e um mundo de provações para as meninas.

Não há regras se você é um garoto. Se você é uma garota você precisa entrar no jogo. (...) é permitido que você seja bonita, graciosa e sexy. Mas, não seja muito inteligente. Não tenha uma opinião. (...)" (Informação verbal, MADONNA, 2016).

Para a economista Renata Barreto (2018), mulheres ganham menos e ocupam menos cargos de destaque em razão de seu baixo interesse em cargos de risco ou que demandam longas horas longe de casa. Ainda afirma que seria uma escolha de mulheres e não da empresa ou sociedade para tais níveis díspares.

Em contraponto a essa afirmativa, os argumentos principais seguem conforme o que foi demonstrado até agora - ainda existe uma barreira social não quebrada: as mulheres no poder e a igualdade material. A formalização da igualdade e o combate à misoginia não só fazem bem para a classe feminina, mas também, conforme pesquisa de 2015 do Instituto McKinley Global, observou-se que a igualdade de gêneros poderia acrescentar, em um cenário mediano - no qual os países alcancem o ritmo dos países mais igualitários de suas regiões -, até US\$ 12 trilhões ao PIB mundial em 2025.

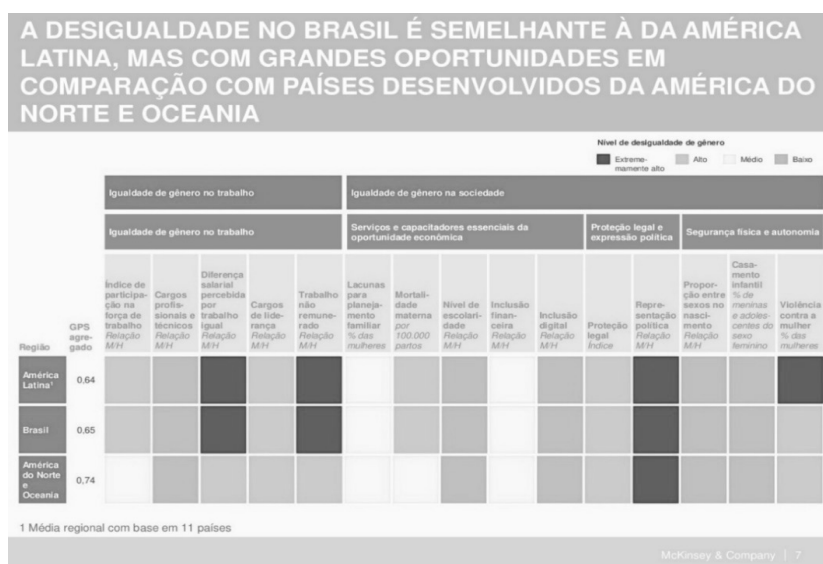
2. O impacto do acesso e participação econômica das mulheres

Em um cenário ideal de igualdade plena, no qual mulheres participam na economia de modo idêntico aos homens, os ganhos poderiam chegar a US\$ 28 trilhões no PIB anual global - o equivalente, em 2015, à soma das duas maiores economias do mundo, a dos EUA e da China. Esse cenário permitiria que a metade feminina da população mundial

alcançasse seu potencial mais plenamente, aumentando, por exemplo, suas horas de trabalho remunerado. (INSTITUTO MCKINSEY GLOBAL, 2015).

O Brasil, conforme demonstra o infográfico abaixo, possui ainda índices altíssimos de desigualdade de gênero em vários aspectos da vida social cotidiana. Mulheres ainda possuem pouquíssima representação política. E tratando-se de trabalho, ainda recebem menos que os homens pelo mesmo trabalho e executam mais horas de trabalhos somando o trabalho informal e formal.

Figura 2: A desigualdade de gênero no Brasil.



Fonte: McKinsey Global Institute. 2015.

O Fundo Monetário Internacional analisou os dados de centenas de nações no tocante ao sistema financeiro (crédito e contas bancárias) e a ascensão feminina no âmbito financeiro no ano de 2018. Durante a pesquisa, concluiu-se que as mulheres que possuem bases financeiras mais sólidas demonstram maior conhecimento e tem maior probabilidade de investir corretamente no bem-estar da família e tomam decisões financeiras mais acertadas. Isso melhora o crescimento econômico familiar, gerando maior ascensão escolar e redução da desigualdade. (FMI, 2018).

O estudo do FMI (2018) apontou também que quanto maior a participação feminina maior será a eficiência e, por consequência, afetará positivamente a estabilidade financeira de uma nação. Outro questionamento levantado por essa pesquisa foi: qual seria a consequência se as mulheres, além de usuárias do sistema financeiro, fossem parte daqueles que proveem esses serviços? A conclusão novamente foi positiva, maior participação das mulheres em instituições financeira, maior a estabilidade dessas. Na prática, resultaria em menor número de pessoas endividadas, decisões corporativas mais cautelosas, mais eficiência e menos chances de crises financeiras. Em países que se preocupam com riscos sistêmicos e estabilidade em todos os aspectos, reduzir a desigualdade entre os gêneros poderia vir a ter efeitos macroeconômicos positivos.

Em contrapartida de números tão favoráveis, constatou-se que menos de 2% de CEO's de instituições financeiras do mundo são mulheres e que elas ocupam menos de 20% das cadeiras de conselhos dessas instituições. Em seu texto, o FMI (2018) considerou esses números muito contrastantes, uma vez que as mulheres representam 30% dos formandos em Economia e cerca de 50% dos formandos em Administração e Ciências Sociais.

Segundo o estudo do Fórum Econômico Mundial (2018), a igualdade de gêneros “é boa para os negócios”. Pesquisas feitas ao longo de três décadas mostram que empresas com mais mulheres líderes e nos conselhos têm maiores lucros e performance financeira. Também têm menos relatos de fraude, corrupção e erros financeiros. Na Noruega, onde é exigido que as empresas reservem ao menos 40% de seus assentos de conselho às mulheres, as pesquisas mostram que elas têm mais probabilidade de pensar a longo prazo e incluir cidadãos, em vez de apenas acionistas, em suas deliberações. As mulheres estimulam os conselhos a focar mais na comunidade, no ambiente e em seus funcionários.

A partir do exposto, pode-se chegar ao próximo questionamento, por que mulheres, sabendo que recebem menos e que não possuem o mesmo destaque, não se rebelam em massa? Para Kergoat (2009), tudo teve início quando no passado se utilizavam das divisões sociais de trabalho como forma complementar e explicativa no tocante à estrutura social familiar.

Kergoat (2009) assim como Beauvoir (1949) expõem que as divisões de trabalho existem com um único objetivo claro: a destinação deve ser prioritária ao homem, sendo a ele pertencente as áreas mais produtivas (dinheiro), além dos cargos e funções de grande valor social (militares, líderes religiosos, cargos políticos). Já para a classe feminina, destinam-se os cargos de classe reprodutiva, ou seja, o lar.

Essa separação de trabalho acaba tendo dois resultados, o primeiro de divisão, do que é do/para homem e do que é da mulher, e o segundo, de hierarquização, ou seja, dando um valor superior ao trabalho do homem em detrimento ao da mulher. Esse movimento é legitimado graças a uma constante baseada no sexo biológico, reduzindo as práticas sociais a “papéis sociais” sexuados. Contudo, cabe ressaltar que os valores e papéis variam de sociedade para sociedade e da época em que se vive. Até determinado momento da história humana, o rosa designava-se aos homens e o azul às mulheres, sendo que essa variável foi alterada com o passar dos anos. (KERGOAT, 2009).

Débora Britzman (1996) demonstrou, há 20 anos, que as identidades sexuais não são fixas, nem se instalam de forma automática nos indivíduos, mas vão se construindo ao longo da vida, pois, segundo esta autora:

A identidade sexual está sendo constantemente rearranjada, desestabilizada e desfeita pelas complexidades da experiência vivida, pela cultura popular, pelo conhecimento escolar e pelas múltiplas e mutáveis histórias de marcadores sociais como gênero, raça, geração, nacionalidade, aparência física e estilo popular.

Entretanto, culturalmente já se estabeleceu, há muitos anos, o dever de mulher ser bela, recatada e do lar.

3. Ambientes tóxicos de trabalho

Bella Larbac, Mary Janes, P. Drita e Budah (2017) em sua música “Mulheres” demonstram uma constante de alguns homens que não aceitam as conquistas femininas, conforme nesse trecho: “A cada con-

quista ganha. Um deles se acanha. Agressão, perseguição. É a meta de vários “machão” por aí.”. E de fato, conforme demonstram as pesquisas, o ambiente de trabalho nem sempre é seguro para mulheres.

No Reino Unido, uma pesquisa realizada pela empresa ComRes, encomendada pela “BBC Rádio 5 Live”, comprovou que 53% das mulheres alegam ter sofrido no trabalho ou local de estudo algum tipo de assédio sexual, desde brincadeiras inadequadas até agressões físicas. A pesquisa ouviu entre 2.031 homens e mulheres adultas. (ComRes, 2017).

A pesquisa do ComRes (2017) indica que as mulheres são um alvo mais comum para chefes e diretores, com 30% dos casos contra 12% dos homens, e uma em cada dez mulheres afirma que sua experiência negativa a levou a abandonar seu emprego ou centro educativo.

Para Hirigoyen (1998), o assédio é toda conduta abusiva que se manifesta por meio de atitudes, palavras, ações ou omissões que acabam por causar danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa. Esse comportamento acaba criando um ambiente de insegurança e degradando o clima de trabalho.

Segundo Freitas (2001), o assédio no trabalho é tão antigo quanto o próprio ato de trabalhar, porém, apenas na década de 90, foi encarado como um problema. O assédio foi visto como ato destrutivo do ambiente de trabalho, afetando tanto a produção quanto o absentismo devido aos danos psicológicos que envolve. O assédio moral não começa de maneira muito clara, começa de forma simplista e progride em razão da falta de formalização de denúncias.

Os ataques geralmente multiplicam-se e a vítima começa a se enxergar como inferior e encurralada. A autoestima é efetivamente abalada e sentimentos de humilhação são muito recorrentes. As modalidades de assédio, segundo Maria Ester de Freitas (2001), são dois: moral e sexual.

O assédio, segundo a Convenção de Pequim (1997), “Constitui uma afronta à dignidade das trabalhadoras e impede as mulheres de agirem na medida das suas capacidades”. Para Dias (2008), o assédio no ambiente de trabalho acontece em conversas indesejadas sobre sexo, piadas ou expressões que remetem atos sexuais, solicitações de favores para satisfazer a lascívia, além de contatos físicos não desejados, criação de ambiente pornográfico, o próprio abuso sexual e violações.

A posição socioeconômica de dependência ao emprego das mulheres contribui para a manutenção de uma cultura de assédio no contexto profissional, aflorando ainda mais a posição de dominação que os homens se colocam, são ensinados e apoiados desde sua infância. Os estereótipos de subordinação do gênero feminino em contexto laboral são os cargos que quase sempre são colocados em sua disposição, como de secretárias e assistentes. (DIAS, 2008).

Em 2017, surgiu o movimento “*Me too*”⁶¹ que invadiu as redes sociais quando a atriz Alyssa Milano “twittou” o termo logo após os escândalos de assédio sexual feitos pelo produtor Harvey Weinstein vieram à tona⁶². Tal expressão trouxe à luz milhões de casos de assédio sexual, porque ao se depararem com o “eu também” de outras mulheres, muitas começaram a denunciar seus abusadores.

De acordo com os dados levantados pela ONU, em 2017, depois de ser feita uma pesquisa ao redor do mundo, uma em cada 14 mulheres já sofreu algum tipo de abuso. O #*metoo* aflorou questões como sexismos nas empresas ao redor do mundo, o debate sobre as desigualdades salariais também entraram em pauta, sem deixar de mencionar que as mulheres são menos de ¼ da população que exercem cargos executivos ao redor do mundo.

Deve-se ressaltar que o movimento contra o assédio obteve ainda mais força quando trouxe ao universo masculino preocupações sobre o tratamento das mulheres e o respeito pela igualdade, principalmente no âmbito do trabalho.

Um ano após as milhões de denúncias pelas redes sociais foi percebido que esses atos modificaram as relações de poder. O jornal *New York Times* mostrou que, desde as revelações dos abusos, mais de 200 homens influentes perderam seus empregos, sendo substituídos em

61 Tradução nossa: Eu também.

62 Harvey Weinstein era um dos maiores produtores de Hollywood, fundador da Miramax e da The Weinstein Co. Foi o Jornal The New York Times que abriu as acusações com entrevista da atriz Ashley Judd. Em seguida, apareceram outras e outras narrando suas atitudes desprezíveis. Ao todo, mais de 20 mulheres acusaram Weinstein de assédio sexual, insinuações ou estupro. (Dados do site Estudo Prático, disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/o-que-e-o-movimento-metoo/>. Acesso em: 24. Abr. 2019

43% dos casos por mulheres. Alguns homens, como Weinstein, estão enfrenando processos criminais.

4. Boas práticas de combate a falta de oportunidade e igualdade econômica

Quando se fala de políticas públicas e medidas governamentais que visam a melhorar a participação da mulher no tocante às oportunidades econômicas, destaca-se que a CLT em seus artigos 5 e 461 trouxe a proibição da discriminação por motivo de sexo:

Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

(BRASIL, CLT)

Partindo dos artigos acima pode-se afirmar que no Brasil, perante a lei, é vedada toda e qualquer disparidade salarial de homens para com as mulheres. Entretanto, analisando o que foi exposto durante esse capítulo, fica claro que ainda sim vive-se um momento social que as mulheres ganham menos que os homens. Essa diferença salarial fere o princípio da isonomia consagrado na Constituição Federal vigente.

Uma das saídas encontradas pelo Senado brasileiro foi a PLS 88/2015. A proposta faz parte da pauta prioritária da bancada feminina e seguiu, no dia 13 de março, para a análise da Câmara dos Deputados. O texto endossa o que estabelece a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quando assegura salário igual para homens e mulheres na mesma função e na mesma atividade, cada caso precisará ser apurado em ação judicial e, se constatada a ilegalidade, a empresa será punida com o pagamento de multa em favor da funcionária prejudicada. O valor deverá corresponder ao dobro da diferença salarial verificada mês a mês.

Segundo a pesquisa “Mulheres, Empresas e Direito” (2018), o custo para contratar mulheres em idade fértil é maior em economias

que as leis obrigam que o empregador pague ou totalmente ou parcialmente os custos da licença e nas quais a licença-maternidade é superior a oferecida para os pais. A licença-paternidade remunerada é de somente cinco dias nas 91 economias que estabelecem tal obrigatoriedade, o que significa que a licença-maternidade é 93 dias mais longa, em média. O Brasil se enquadra nessa estatística.

Para evitar disparidades pautadas em gênero criam-se legislações sobre licenças parentais que tinham três objetivos: primeiro coibir que empresas tivessem pagamentos diferentes para mulheres e homens, maior participação estatal no pagamento de benefícios e maior equilíbrio familiar para as responsabilidades com filhos e gestão familiar divididas entre ambos. (RAY, 2008). Na tabela a seguir, estão alguns exemplos destas inovações legislativas.

Tabela 1:

Economia	Exemplos
Alemanha	A mãe e o pai recebem remuneração por dois meses adicionais de licença se cada um tirar pelo menos dois meses dos doze meses iniciais.
Áustria	A mãe e o pai recebem um bônus em dinheiro se compartilharem a licença igualmente, ou pelo menos na razão 60-40.
Coreia, República	O segundo dos genitores que tirar a licença parental (geralmente, o pai) recebe 100% do seu salário, até um determinado teto, por um prazo máximo de três meses. O primeiro recebe 40%.
França	A mãe e o pai recebem pagamentos mais altos se ambos tirarem o mesmo período de licença.
Itália	A mãe e o pai recebem um mês adicional de licença se o pai tirar pelo menos três dos dez meses iniciais.
Japão	A mãe e o pai recebem dois meses adicionais de licença remunerada se eles compartilharem os doze meses iniciais.
Noruega	Da duração total da licença pós-parto, setenta dias são reservados para cada um dos genitores.
Portugal	Os genitores que compartilharem os 120 dias iniciais de licença parental recebem uma licença adicional de 30 dias.
Romênia	O genitor que não solicitar inicialmente a licença parental (geralmente, o pai) é obrigado a tirar um dos 24 meses de licença.
Suécia	Noventa dos 480 dias de licença parental remunerada são reservados para cada um dos genitores.

Fonte: Base de dados do estudo *Mulheres, Empresas e o Direito*.

Fonte: GRUPO BANCO MUNDIAL, 2018.

O McKinley Global Institute, em seu relatório “O poder da igualdade: como o avanço da igualdade das mulheres pode acrescentar US\$12 trilhões ao crescimento global” (2015) identificou algumas ações de combate à desigualdade de gênero. Sendo:

- Facilitar o acesso de mulheres para transferências bancárias, vales para o deslocamento para aquelas que estão desempregadas e têm filhos e, por fim, políticas tributárias diferenciadas para mulheres que possuem filhos.
- Políticas de diversidade no local de trabalho.
- Educação sobre finanças e saúde reprodutiva. Treinamento em instituições e em comunidades.
- Leis e políticas: Leis mais vigorosas sobre a questão de gênero. Aplicação real das leis.

Outras formas de incentivo à participação das mulheres no mercado de trabalho foram observadas pelo Mckinsey Global Institute (2015):

Tabela 2:

EMPRESAS	INICIATIVAS
Renault Nissan	Definição e acompanhamento de indicadores de diversidade de gênero pelo CEO.
Walmart	Programas para (micro) empreendedores na cadeia de fornecimento - compra de produtos de empresas pertencentes a mulheres.
Natura	Serviço de creche no local de trabalho.
Vodafone	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicativos para alfabetização e ensino de matemática a mulheres. • Aplicativo para mulheres que sofrem violência doméstica (Turquia).
Garantibank	Produtos financeiros para empresárias.

Fonte: MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2015.

O ideal para maior participação feminina seria uma junção entre ações e atitudes do Estado e comunhão com as empresas, estabelecendo um local onde o pagamento seria igualitário, protegido por ações estatais e um maior incentivo e acompanhamento das empresas para maior estímulo feminino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diferencial desta pesquisa é utilizar-se apenas de argumentos femininos como ato de representatividade e de também de certa forma

como um protesto ao próprio âmbito jurídico que sistematicamente apresenta menos argumentos femininos.

As mulheres foram excluídas de todos os ambientes políticos e públicos durante a história humana. Foram impedidas, durante praticamente toda a história documentada, de poderem ter acesso a uma educação formal e profissionalizante.

A cultura patriarcal e machista que se instalou na sociedade desde os primórdios retiraram da mulher o poder de escolha, a transformaram em mera coadjuvante em uma história que participaram ativamente.

As imagens de liderança imposta aos meninos são antagônicas a passividade esperada das meninas. Desde cedo é ensinado as meninas que é seu dever ser organizada, responsável, prezar pelos deveres domésticos. E tais ensinamentos e modelos comportamentais fazem com que atualmente, mesmo as mulheres que exercem uma atividade laborativa, tenham mais tempo dedicado aos cuidados domésticos do que os homens.

O mundo deixa de lucrar mais de 1 trilhão de dólares em PIB por ainda persistirem atos sexistas na forma de pagamento das mulheres, mesmo que isso signifique que estas tenham uma educação em paridade ou melhor que os homens. Sendo importante mencionar que estudos, como o feito pelo FMI, demonstram que a participação efetiva das mulheres na economia e também com acesso ao dinheiro, faz com que o desenvolvimento familiar seja maior, avançando em educação e melhorias para diminuir a necessidade do trabalho doméstico.

Este trabalho não vem para sanar os problemas aqui apresentados e sim para dar início a uma discussão mais inclusiva e que leve em consideração todos os lados e não apenas aquele que já está sendo privilegiado.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone (1987), **O Segundo Sexo**, Venda Nova, Bertrand Editora (4.^a edição).

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 08.mar.2020.

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- DE FRANÇA, Ana Letícia; SCHIMANSKI, Édina. **Mulher, trabalho e família: uma análise sobre a dupla jornada feminina e seus reflexos no âmbito familiar** DOI: <http://dx.doi.org/10.5212/Emancipacao.v.9i1.065078>. Emancipação, v. 9, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/687/641>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, H. et al (org.). **Dicionário Crítico do Feminismo**. Editora UNESP: São Paulo.
- DIAS, Isabel. **VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO TRABALHO: O caso do assédio sexual**. SOCIOLOGIA, PROBLEMAS E PRÁTICAS, n.º 57, 2008, pp. 11-23. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/spp/n57/n57a02.pdf>. Acesso em: 10. mar. 2020.
- FERNANDES, Fabiana Santalucia. **Restrições ao trabalho da mulher entre normas discriminatórias e protecionistas**. JUS. mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27319/res-tricoes-ao-trabalho-da-mulher> Acesso em: 08. jan. 2020.
- BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o desenvolvimento mundial de Igualdade de Gênero e Desenvolvimento**. H Street, Washington D.C. 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2018/eng/assets/pdf/imf-annual-report-2018-pt.pdf>. Acesso em: 19 jun.2020.
- RAY, Rebecca. **A detailed look at parental leave policies in 21 OECD countries**. Washington, DC: Center for Economic and Policy Research, 2008.
- TIBURI, Márcia. **O feminismo é para quem gosta de transformações sociais, diz a filósofa Marcia Tiburi**. TV BRASIL. Youtube, 26 mai. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bNzJufpeeto>. Acesso em: 10 mar. 2020

**DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E
FUNDAMENTAIS (VOL. 1)**

Cândida Carvalho, Isabelle Dias Carneiro Santos,
Mayra Thais Andrade Ribeiro e
Michelle Asato Junqueira (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Agosto de 2020