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 Toríbio (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:
CARLOS FREDERICO GURGEL CALVET DA SILVEIRA, LARISSA BORSATO,
SERGIO DE SOUZA SALLES, THAIS JERONIMO VIDAL

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

VOL. 1

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Larissa Borsato, Sergio de Souza Salles, Thais Jeronimo Vidal (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.

D598

Direitos humanos e fundamentais / Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Larissa Borsato, Sergio de Souza Salles e Thais Jeronimo Vidal (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

v. 1; 964 p.

ISBN 978-65-87489-50-6

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos civis. I. Silveira, Carlos Frederico Gurgel Calvet da (org.). II. Borsato, Larissa (org.). III. Salles, Sergio de Souza (org.). IV. Vidal, Thais Jeronimo (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS **17**

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: UM ENFOQUE SOB O OLHAR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 19
Marcelo Negri Soares
Katrin Daniela Arrais de Assis

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA COLISÃO COM DIREITOS DE PERSONALIDADE: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 36
Aline Monteiro Rodrigues Alves dos Santos

O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL 54
Marianne Miranda da Silva

A FAMÍLIA POLIAFETIVA: REALIDADE SOCIAL OU FICÇÃO? 73
Ricardo Almeida Arcoverde
Ailma Cavalcanti Almeida
Nicole Leite Morais

A FLEXIBILIZAÇÃO E AS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 92
Laila da Silva Camilo
Carla Veloso

VIOLENCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 108
Leticiene Aurora Braga de Miranda

A EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DO MATERIAL GENÉTICO DO CONDENADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....127
Fernanda Araújo de Oliveira

O DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE E SUA NEGAÇÃO ÀS PESSOAS DE BAIXA RENDA NO BRASIL.....142
Wallace Charlles Campos Albuquerque
Laura Tereza Nogueira Mariano

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E O PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA.....157
Stéfanny de Queiroga Terto Souza

A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O INTERESSE SOCIAL.....173
Rubens Cantanhede Mota Neto

A CORRELAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....192
Débora Maria Ferreira da Silva
Francisco Mateus Pontes Pereira

DIREITO À VIDA E À PROTEÇÃO CULTURAL: UM CONFRONTO DE DIREITOS HUMANOS NO UNIVERSO DA ETNIA KAMAIURÁ.....204
Hendilly Figueiredo Sousa
Ronny Cesar Camilo Mota

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESQUECIMENTO: PARA UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA DO CONTEXTO BRASILEIRO.....222
Leandro Boechat de Almeida.

INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO E A SITUAÇÃO DA VENEZUELA.....238
Claudine Berneira Brum

DIREITO AO ABORTO E DESDOBRAMENTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DAS MULHERES FRENTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....257
Geovana Bacim

O TRÁFICO HUMANO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS: A MERCANTILIZAÇÃO DO CORPO 273
Amanda Gabriela André da Silva
Robson de Oliveira Lezainski

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DISSEMINAÇÃO DE FAKE NEWS NA ERA DA INFORMAÇÃO 291
Bianca Stephanie Rodrigues de Oliveira
Lorrana Stefanie Faria Silva

VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA POR PROFISSIONAIS DA SAÚDE: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS 309
Keyla Diniz Gonçalves
Neide Aparecida Ribeiro

O DIREITO FUNDAMENTAL À DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO INDÍGENA MYKY 328
Natalia Alencar Cantini
Vívian Lara Cáceres Dan

A DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO AUTÔNOMO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA PROPOSTA A PARTIR DO PENSAMENTO DE RAWLS 349
Cláudia Albuquerque

LIBERDADE DE IMPRENSA E A CRIMINALIZAÇÃO DISCURSIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DE PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS 367
Jordana Lenhardt
Watson Silva de Almeida Lara

DIREITOS TRANS: A (IN)EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 380
Lucas Felipe de Paula

SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A EFETIVIDADE DA LEI Nº 12.732/2012, NO ESTADO DO AMAZONAS, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA 400
Vitória Regina Maia Castelo Branco
Ezelaide Viegas da Costa Almeida

RESSOCIALIZAÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE A RELEVÂNCIA DO TRABALHO DO ASSISTENTE SOCIAL NA APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS.....415
Karla Fernanda Oliveira da Cunha Lima
Jean Patrício da Silva

O AGRAVAMENTO DAS VULNERABILIDADES DURANTE O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19: A QUESTÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PRESTADO DE FORMA REMOTA.....432
Camila Santos Cury
Luciana Franco

A AGRICULTURA FAMILIAR COMO GARANTIDORA DE DIREITOS HUMANOS.....452
Lívia Lima Costa
Sofia Ayres da Cunha

COMBATE AO NOVO CORONAVÍRUS E O DIREITO À PRIVACIDADE: UM DIÁLOGO FUNDAMENTAL SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E O CASO DA DIVULGAÇÃO DOS EXAMES DE COVID-19 DE JAIR BOLSONARO. 467
Rafael Arruda Arraes de Alencar

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, DIREITO E READEQUAÇÃO A UM PADRÃO MAIS HUMANO.....485
Leandro Ferreira de Sá

O DIREITO HUMANO À ÁGUA E AO ESGOTAMENTO SANITÁRIO: ANÁLISE DA POLÍTICA DE SANEAMENTO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES/RJ.....501
Carlos Frederico Rangel de A. Ribeiro
Lucas Queiroz Barbosa

HUMANIZAÇÃO DO ÓBITO PERINATAL: DIREITO AO SEPULTAMENTO NA PERDA PRECOCE E DO NOME AO NATIMORTO.....519
Raianny Gabriely Barbosa Cordeiro Santiago

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTERPRETAÇÃO PONDERATIVA E POSIÇÃO DO STF: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PERSONIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E BALIZADOR PARA OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....533
Fernando Gehling Bertoldi

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A DISCIPLINA LEGAL AOS PORTADORES DE CÂNCER.....551
Barbara Adel Ayoub

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À PAZ NO ÂMBITO JURÍDICO.....569
Renato Zanolla Montefusco
Jamile Gonçalves Calissi

O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....587
Suzy Sousa
Armin Mathis

MORTE DIGNA: CRIME OU DIREITO?.....603
Marciana Magni

A IMPORTÂNCIA DA ALTERAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL PARA OS INDIVÍDUOS TRANSGÊNEROS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....617
Polliana Peron
Fabiane Dottore

A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA POR MEIO DA CONCRETIZAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....634
Darlan Alves Moulin

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FAKE NEWS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO.....653
Rafael Rodrigues Soares
Danilo Ikeda Caetano
Keila Dara Castaldeli Pereira

OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS.....669
Danilo Ikeda Caetano
Keila Dara Castaldeli Pereira
Rafael Rodrigues Soares

AGROECOLOGIA: CAMINHO PARA REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIOAMBIENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO....687
Thaisa Toscano Tanus

DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO E A RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ.....706
Ana Carolina da Luz Proença

LIBERDADE RELIGIOSA EM TEMPOS DE PANDEMIA: VIDA VERSUS MORTE720
Luana Esteche Nunes Korocoski
Michael Felipe Wilmers

ENSAIO SOBRE A MAIORIDADE CULTURAL.....739
Olívia G. Rodrigues

LIMITAÇÕES DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO POR CAUSA DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: BREVES REFLEXÕES EM TORNO DA ADMISSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO DIREITO À INVIOLABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA E DAS COMUNICAÇÕES (AS ESCUTAS TELEFÓNICAS).....758
Clementino João Tiago Balsa
Lauro Edmilson Tacanho Vilinga

O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL.....774
Mariana Pompeu Egydio

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E AS FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIAS PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....786
Aldo Aranha de Castro
Izabela Barbosa da Silva

UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DAS MULHERES E DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL.....803
Andessa Maria Alves Santos

O SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR (LEI 11.346 / 2006): DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA.....820
Flávia Regina França Pascoal de Oliveira

ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL CAUSADO À PESSOA IDOSA.....841
Vitória Karoliny Neves Carrijo
Gricyella Alves Mendes Cogo

A QUEBRA DO SIGILO FISCAL APLICADO À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: BREVE ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E A POSSÍVEL AFRONTA A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....858
Débora Manke Vieira
Fabrizio Bon Vecchio

O TRÁFICO NÃO É SÓ DE DROGAS: UMA ANÁLISE SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS PARA O FIM DE ADOÇÃO ILEGAL.....872
Ana Beatriz Alves Ferreira
Ronaldo Marinho

UMA DICOTOMIA: O DESENVOLVIMENTISMO E OS MODOS DE VIDA TRADICIONAIS NAS FRONTEIRAS ECONÔMICAS.....886
Yuri Rocha Lima dos Santos

RESUMOS.....903

DIREITO À SAÚDE DA MULHER APENADA NO MARANHÃO.....905
Juana Caroline Carvalho Silva
Renata Caroline Pereira Reis

RAÇA COMO PARÂMETRO CENTRAL DA POLÍTICA DE EXTERMÍNIO: UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL A PARTIR DA LÓGICA DA NECROPOLÍTICA.....911
Rúbia Rossato Ribeiro
Vitória Santos da Costa

O DIREITO À PRIVACIDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 917
Larissa Guidorizi de Barros
Walter Roseiro Coutinho Neto

DIREITOS HUMANOS E SEUS INSTRUMENTOS DE GARANTIA: A CONSULTA PRÉVIA E O DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS 923
Ana Luíza Rocha Barros

COMPLIANCE E COOPERAÇÃO PRIVADA COMO PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS 928
Fabrizio Bon Vecchio

CASO CELSO DA ROCHA MIRANDA: REPERFILAMENTO E VIOLAÇÕES PECULIARES 931
Valéria Reis Gravino

AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E O CONSERVADORISMO NO BRASIL 936
Larissa Fonseca de Souza

IMPORTÂNCIA E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS 942
Barbara Tude de Souza Ferreira

CONSELHO 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)*
Arthur Bezerra de Souza Junior	*(Universidade Nove de Julho, Brasil)*
Bruno Zanotti	*(PCES, Brasil)*
Claudia Nunes	*(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*
Daniel Giotti de Paula	*(PFN, Brasil)*
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, 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)*
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	*(Universidade Federal do Sul da Bahia, 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)*
Walkyria Chagas da Silva Santos	*(Universidade de Brasília, 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 Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2020)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de julho de 2020 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 1100 artigos e resumos expandidos de 73 universidades e 43 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 livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: UM ENFOQUE SOB O OLHAR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Marcelo Negri Soares
Katrin Daniela Arrais de Assis

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o princípio da capacidade contributiva teve seu primeiro esboço na Constituição de 1824 (COÊLHO, 1999, p. 275), sob a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no entanto, os textos constitucionais que vieram posteriormente, não o comtemplaram, tal princípio só voltou a ser positivado na Carta dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Na reforma tributária realizada pela Emenda Constitucional número 18/1965, foi novamente excluído do ordenamento jurídico brasileiro. Ocorreu o mesmo nas Constituições de 1967 e 1969 que se seguiram.

Finalmente reaparece na Constituição de 1988 como reedição do art. 202 da Constituição de 1946 que continha "*Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte*", que já se referia ao art. 179, XV Carta de 1824 "*Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.*"

Os Princípios do sistema tributário nacional basicamente objetivam proteger o cidadão da discricionariedade e abusividade do Estado, além de visar garantir ao cidadão uma estabilidade nas relações jurídicas tributárias. Para conceituar a capacidade contributiva é impossível não o relacionar ao princípio da isonomia, pois tais princípios estão ligados umbilicalmente (ALEXANDRE, 2019, p. 150).

A Constituição Federal de 1988 trata do princípio no art. 145 §1º nos seguintes termos:

> **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> I - Impostos;
>
> II - Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
>
> III - Contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.
>
> **§ 1º** Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Apesar da Constituição Federal ter expressamente direcionado a aplicação do princípio apenas aos impostos, o princípio da capacidade contributiva também vem sendo utilizado para fundamentar decisões do Supremo Tribunal Federal, aplicando-o á outras espécies tributárias, como por exemplo, no Recurso Extraordinário 1018911 de 2018:

> Recurso Extraordinário. Tributário e Constitucional. Taxas. Registro de permanência de estrangeiros no país. Interpretação do art. 5º, caput e incisos LXXVI e LXXVII, da CRFB/88, c/c art. 1º da Lei Federal 9.265 de 1996. Acepção

> jurídico-constitucional de cidadania. Conteúdo e alcance do termo. Estado constitucional democrático de direito e capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CRFB/88). Relevância da matéria e transcendência de interesses. Manifestação pela existência de repercussão geral da questão constitucional. (STF - RE 1018911 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 15/03/2018, Processo eletrônico DJe-058, divulg. 23-03-2018, public. 26-03-2018).

A importância do tema é notória, uma vez que as definições não são lineares, ao pesquisar na jurisprudência do STF em março de 2020, o termo "capacidade contributiva" aparece em 214 acórdãos da Corte, uma das principais pontos da pesquisa será realizar uma análise das decisões mais recentes, buscando encontrar qual peso e importância foi dada aos direitos da personalidade nas decisões fundamentadas pelo princípio da capacidade contributiva, os resultados serão apresentados no decorrer do presente trabalho.

Apesar do interesse contínuo da doutrina sobre o princípio abordado no trabalho, atualmente não temos uma definição clara no país, pairando uma grande incerteza quanto a sua aplicabilidade e seus efeitos na prática. O nosso objetivo nesta pesquisa, com esteio no método hipotético-dedutivo, está em identificar se há algum alinhamento entre os princípios, os diplomas normativos, a doutrina e a jurisprudência, além de identificar se há ou não justiça tributária no Brasil.

2 CONCEITUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO E SEU ALINHAMENTO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A busca por uma conceituação do princípio da capacidade contributiva não é tão simples, pois envolve todo um ideal de igualdade e justiça tributária. Para Sérgio Pinto Martins (2006, p. 68) este princípio tem origens no ideal de justiça distributiva, ou seja, cada pessoa deve contribuir para as despesas coletivas, de acordo com a presunção de renda ou capital, contribuindo para os cofres públicos na medida

em que se diferenciem em menor ou maior grau. Portanto, ao aplicar o Princípio da Igualdade na tributação, busca-se repartir o ônus fiscal de maneira o mais igualitária possível.

O princípio da capacidade contributiva se norteia pela premissa maior do princípio da igualdade expresso no artigo 5º da Constituição Federal, que nada mais é do que: *os iguais deverão ser tratados igualmente, e os desiguais, desigualmente, desde que, no limite de suas desigualdades*. O raciocínio é simples, pois, ao tratar todos igualmente as desigualdades seriam acentuadas.

Observa-se, portanto, que os dois princípios estão umbilicalmente ligados, o da igualdade buscando a igualdade tributária seguindo a lógica de tratamento igual apenas aos iguais e o da capacidade contributiva buscando uma justiça distributiva, onde o cidadão deve contribuir para as despesas coletivas conforme a sua capacidade econômica de gerar riquezas, tal contribuição terá seu cálculo baseado na renda ou capital do sujeito passivo.

Além disso, seria impossível tentar conceituar o princípio sem mencionar o § 1º do art. 145 da Constituição Federal, já transcrito anteriormente, pois, para entender intimamente o significado do princípio, é preciso compreender a acepção dada aos termos "sempre que possível" e "caráter pessoal" presentes no citado artigo da Constituição Federal, pois estes termos são alvos de inúmeras divergências entre os doutrinadores.

> **Art. 145 (...) § 1º Sempre que possível,** os impostos terão **caráter pessoal** e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (grifos nosso).

Quanto ao termo "sempre que possível" diversas são as interpretações doutrinárias, grande parte o considera desnecessário, como por exemplo Hugo de Brito Machado: "(...) a expressão 'sempre que possível' (...) pode levar o intérprete ao entendimento segundo o qual o

princípio da capacidade contributiva somente será observado quando possível". Todavia, assevera que essa não parece ser a melhor interpretação do texto, uma vez que "(...) sempre é possível a observância do referido princípio". E arremata que, no seu entendimento, "(...) o sempre que possível, do §1º do art. 145, diz respeito apenas ao caráter pessoal dos tributos, pois na verdade nem sempre é tecnicamente possível um tributo com caráter pessoal" (MACHADO, 2005, p. 59).

Já Roque Antônio Carrazza, afirma categoricamente:

> O sentido desta norma jurídica é outro. Ela, segundo pensamos, assim deve ser interpretada: se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ter caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Ou, melhor: se a regra-matriz do imposto (traçada na CF) permitir, ele deverá necessariamente obedecer ao princípio da capacidade contributiva. (CARRAZZA, 2010 p. 87).

Para Ives Gandra Martins a melhor forma de compreender é a que considera a expressão "sempre que possível" dizendo respeito apenas ao caráter pessoal dos impostos, não se aplicando à capacidade econômica (MARTINS, 1990, p. 76-78).

Outro trecho que sofre divergências doutrinárias refere-se ao "caráter pessoal", para Regina Helena Costa as duas palavras significam que a "personalização dos impostos está condicionada à viabilidade jurídica de ser considerada a situação individual do sujeito passivo numa dada hipótese de incidência tributária" (COSTA, 2003, p. 88).

Na mesma linha, Eduardo Sabbag afirmou em seu manual de direito tributário que a expressão "caráter pessoal" se refere as condições particulares do contribuinte, ou seja, aquelas qualidades pessoais e juridicamente qualificadas do sujeito passivo (SABBAG, 2013, p. 417).

Importante ainda, se atentar para o fato de que a personalização do imposto também pode ser vista como uma das faces capacidade contributiva, à qual, sem dúvida, o imposto pessoal deve ser adequado (AMARO, 2009, p. 140).

Se os impostos fossem de natureza pessoal, a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva não seria complexa (abordaremos na sequência sobre os pontos positivos e negativos do princípio, aqui nos limitamos á aplicabilidade do mesmo), bastaria uma simples análise das qualidades do sujeito que ocupa o polo passivo da obrigação tributária, e a partir destas qualidades, medir a sua capacidade contributiva para na sequência escalonar qual será a sua capacidade de contribuir, ou seja, impor-lhe a obrigação do tributo conforme sua capacidade.

A grande complexidade na aplicação do princípio da capacidade contributiva está nos impostos de natureza real, pois, para essa espécie de tributo o fato gerador não é constituído com base no sujeito passivo e em suas peculiaridades.

Ao tentar esclarecer a complexidade que envolve a aplicação do princípio aos tributos de natureza real, Carrazza (2010, p. 84) afirma que o §1º do art. 145 não deve ser considerado como mera diretriz programática como muitos autores consideram ao afirmar que o contexto do "caráter pessoal" do §1º é incapaz de produzir efeitos, para Carraza, leis que afronte a integridade deste dispositivo devem ser inevitavelmente consideradas inconstitucionais, para o autor, o §1º do art.145 deve vincular os juristas e legisladores, obrigando-os a encontrar soluções para os impostos de natureza real no que concerne ao atingimento do princípio da capacidade contributiva.

3 SOLUÇÃO PARA A PERSECUÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA AOS TRIBUTOS DE NATUREZA REAL

Basicamente, os tributos de natureza real são aqueles em que a obrigação tributária recai sobre a coisa, e não sobre o proprietário, portanto, nestes casos o cálculo do tributo independerá da capacidade contributiva do proprietário do bem, e será de forma igualitária para todos. Como exemplos de impostos reais temos o IPTU e o IPVA, o primeiro recai sobre a propriedade urbana, já o segundo sobre os veículos automotores.

Apesar da existência da igualdade contributiva dos tributos de natureza real, não significa que os proprietários dos bens pagarão o mesmo valor, uma vez que aqui, também deve vigorar o princípio da capacidade contributiva, existe sim, uma proporcionalidade na incidência desses tributos, ainda que ausente a natureza pessoal.

Tal incidência é alvo de grandes debates doutrinários, alguns autores, como Baleeiro (2010, p. 746), acreditam que no empasse entre a justiça e a produtividade, o legislador contemporâneo inclina-se para soluções transacionais, introduzindo certa dose de personalização em impostos havidos como de natureza real.

Até o ano de 2013 as decisões do Supremo Tribunal Federal vinham ao encontro da impossibilidade da aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos de natureza real, e consequentemente não admitiam a adoção da técnica da progressividade fiscal a estes tributos, para essa técnica as alíquotas aumentam em função do valor da base de cálculo, onerando mais pesadamente aqueles que possuem maior capacidade econômica, de forma proporcional à sua riqueza. O STF, inclusive, com relação a essa modalidade de tributo, editou a Súmula 656, com o seguinte teor: *"É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão Inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel."*

Entretanto, a partir do *RE 562.045* de 2013 o STF vem modificando o seu entendimento, neste Recurso Extraordinário, proferiu-se a decisão admitindo a progressividade em impostos reais, fundamentando tal entendimento aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva.

> Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: progressividade de alíquota de imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens e direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da igualdade material tributária. Observância da capacidade contributiva. Recurso Extraordinário provido. (STF - RE 562.045 RS Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em Brasília, 6 de fevereiro de 2013)

O Min. Ricardo Lewandowski ponderou a importância da progressividade estar alinhada ao princípio da capacidade contributiva no citado RE 562.055 vejamos:

> A função da progressividade consiste em dar concreção ao princípio da capacidade contributiva de modo a promover a Justiça Social em matéria tributária, servindo como importante instrumento de desconcentração da riqueza, entretanto, nada se pode afirmar, à evidência, quanto à capacidade econômica daquele que recebe uma herança, um legado ou uma doação, ainda que de grande valor, apenas em razão de tal circunstância. É possível, até, que haja, em certos casos, um incremento em seu patrimônio, mas não se mostra razoável chegar-se a qualquer conclusão quanto à respectiva condição financeira apenas por presunção. Basta verificar que, por vezes, uma pessoa abastada herda algo de pequeno valor, ao passo que alguém de posses modestas é aquinhoado com bens de considerável expressão econômica. Há casos, por demais conhecidos, em que as dívidas do herdeiro superam, em muito, o próprio valor dos bens herdados. (STF - RE 562.045 RS Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em Brasília, 6 de fevereiro de 2013)

Apesar do entendimento do Relator de que a progressividade não seria adequada a essa modalidade de imposto, os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Celso de Mello concluíram que a mesma não é incompatível com a Constituição Federal nem fere o princípio da capacidade contributiva. A partir desse julgamento foi se firmando o entendimento na Suprema Corte de que a observância do princípio da capacidade contributiva é obrigatória no caso dos impostos, independente de sua classificação: seja real ou pessoal.

Consequentemente, as decisões na corte passaram a seguir o viés de que a forma de identificar a desigualdade entre os contribuintes, conferindo-lhes um tratamento fiscal distinto quando diante de tributos de natureza real por meio da progressividade, seria considerar a capacidade contributiva do sujeito passivo.

3.1 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NA PRÁTICA: O IPVA E O DESCONTO PARA DEFICIENTES

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, pertence a classe dos impostos sobre o patrimônio e se destaca no cenário das isenções fiscais. Importante ressaltar que o IPVA é um imposto Estadual com previsão na Constituição Federal mais especificamente em seu Artigo 155 inciso III:

> "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: III - propriedade de veículos automotores."

Por se tratar de um Imposto Estadual cabe a cada Estado legislar sobre a sua isenção. No entanto, de uma maneira geral a isenção de IPVA pode ser requerida por qualquer tipo de pessoa com deficiência, ainda que não possua a Carteira Nacional de Habilitação, sendo necessária apenas a comprovação da deficiência.

A isenção não ignora a presença do fato gerador por meio do qual surge a obrigação do tributo, apenas faz com que o cumprimento desta seja legalmente dispensado ante a exclusão do crédito tributário correspondente, excluindo-o do campo de incidência, ou seja, o pagamento do tributo fica dispensado pela lei. (CARRAZA, 2010, p. 704).

Ainda que o princípio regente para a concessão do benefício aos deficientes seja o da Capacidade Contributiva, uma vez que o deficiente detém capacidade econômica inferior aos demais por suportar o ônus da doença arcando com os custos da mesma, atualmente a jurisprudência e as próprias Leis Estaduais vêm limitando tais isenções:

> Apelação – Mandado de Segurança - IPVA – Isenção – Deficiente físico – Requisitos – Valor do veículo - Pretensão mandamental do impetrante voltada ao reconhecimento de seu suposto direito líquido e certo ao restabelecimento da isenção do IPVA incidente sobre a propriedade de veículo automotor por ele adquirido, em razão de ser pessoa por-

> tadora de deficiência física e independentemente do valor do bem - impossibilidade – falta de preenchimento dos requisitos elencados no art. 13, inciso III da Lei Estadual nº 13.296/2008 – causa individual de exclusão do tributo que exige a renovação do pedido, a cada lançamento, cessando a partir da não demonstração dos requisitos exigidos em lei – inteligência do art. 178 cc. art. 179, §1º, do CTN – respeito ao princípio da legalidade (art. 176, do CTN) – limitação quantitativa (valor do veículo) para o gozo da isenção que se dedica a coibir situações de abuso de direito, sem prejudicar, por outro lado, a promoção, em condições de igualdade, do exercício dos direitos e das liberdades pelas pessoas com deficiência - precedentes - sentença denegatória da ordem de segurança mantida. Recurso desprovido. (TJSP - Apelação Cível 1020030-61.2018.8.26.0114; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/10/2018; Data de Registro: 06/04/2020)

Em suas razões (e-fls. 81/93), a impetrante aduziu que o gozo da isenção do IPVA, nas hipóteses de veículo adquirido por pessoa com deficiência, deve ser geral, isto é, sem qualquer diferenciação entre os valores dos veículos. Acrescentou que a reforma legal promovida pela LE no 16.498/2017, ao instituir um teto de valor do bem para fins de exclusão do referido crédito tributário (até R$ 70.000,00), seria inconstitucional por violar a isonomia.

A jurisprudência pátria, no entanto, tem sido pacífica no sentido de que as limitações estabelecidas não violam o princípio da capacidade contributiva e o princípio da proteção integral à dignidade humana, tampouco padece de inconstitucionalidade leis no sentido de restringir ou limitar a isenção do IPVA.

O tema é melindroso, pois, transgredir um princípio é ferir o próprio ordenamento jurídico no qual ele se insere. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 230-231):

> Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...).

O ponto crucial para a concessão de tal isenção, reside no fato de que as pessoas portadoras de deficiência já possuem ao longo de sua vida, diversos encargos com consultas, medicamentos e equipamentos ao tentarem obter uma melhor qualidade de vida. Por tal motivo é no mínimo coerente afirmar que estes sujeitos possuem capacidade econômica inferior aos demais contribuintes, o fato de adquirirem um veículo melhor, por exemplo, pode basear-se no fato da própria deficiência assim exigir, portanto, medir a capacidade contributiva dessa pessoa baseando-se no valor do bem não parece o correto sob a ótica do princípio da capacidade contributiva, que apregoa a sua não identificação puramente na capacidade econômica individual, mas sim que sua mensuração possa ser realizada pelo valor da solidariedade, um dever orientado e caracterizado pela prevalência do interesse coletivo.

O objetivo principal do imposto, além de obviamente, para os fins econômicos, são os fins sociais e redistributivos, a capacidade econômica do contribuinte é um dos requisitos a serem analisados, mas deve ser acrescido do interesse social e público, objetivando a função social da referida isenção, além de seu caráter solidário.

4 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E OS IMPACTOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao estudarmos a aplicabilidade de um determinado princípio, é importante esclarecer que o Estado ao aplica-lo deve inevitavelmente obedecer ao que consta nos demais princípios que regem o viver em sociedade, sejam eles positivados ou derivados do ordenamento jurídico. Essa respeitabilidade por parte do Estado, deve ser ampla, poden-

do até mesmo, dependendo do caso em tela, ser afastado o texto legal quando determinada interpretação for a mais adequada frente a um determinado princípio.

Para Carraza (2010, pg. 45) é necessário o jurista, ao se deparar com um determinado princípio analisá-lo frente a universalidade de outros princípios, pois desta forma, alcançará verdades objetivas para a aplicabilidade do princípio em questão. Só assim, conseguirá conectar os princípios gerais com as normas jurídicas particulares.

Através do princípio da capacidade contributiva, o exercício do poder de tributar e do dever de pagar tributos é redimensionado perante os princípios que envolvem os direitos da personalidade, de maneira a fixar seus limites baseando-se na proteção da pessoa humana e nas condições dignas de sua existência, além de buscar fundamentar a existência desses direitos.

A importância do princípio se mede na sua tarefa de agir como um dos principais instrumentos da justiça tributária e consequentemente da igualdade material entre os contribuintes, protegendo-os dos excessos na tributação caso a caso, conforme a situação econômica individual.

Analisando o tema sob a ótica dos direitos da personalidade, é notória a existência de grupos em situação de vulnerabilidade, cujo a contribuição igualitária aos demais grupos, se não observada a capacidade contributiva, agravaria ainda mais sua situação e consequentemente sua qualidade, já mínima, de vida.

A principal ligação entre os direitos da personalidade e o princípio da capacidade contributiva é a isonomia, principal marca do princípio da igualdade. Ao analisarmos a isonomia sobre o viés do direito tributário identificamos que a sua principal influencia está na aplicação diferentes alíquotas á contribuintes que se encontram em situações econômicas distintas.

Para Curso (2010, p.38) o princípio da igualdade se projeta na área tributária através do princípio da isonomia, apresentando-se como garantia do tratamento uniforme a todos que se encontram em igual situação, pelo ente tributante, como demonstração desse princípio temos a obrigatoriedade de igualdade em todo território nacional no âmbito dos tributos federais. Ainda assim, não é capaz de ferir o princípio o imposto progressivo, pois ao determinar que aquele que

tem maior capacidade contributiva pague um maior valor a título de tributo, apenas está determinando que o sujeito de maior capacidade econômica seja igualmente tributado. Sendo possível concluir que a igualdade em matéria tributária consiste na proporcionalidade e na incidência da capacidade contributiva.

Um ponto importante para trazer as claras, principalmente quando analisamos o princípio a luz dos direitos da personalidade é o questionamento a respeito do próprio poder de tributar do Estado, pois, se o mesmo deve se preocupar com o bem estar da sociedade, e deseja proteger os vulneráveis, por que tributá-los? As próprias diferenças sociais enraizadas no País é o principal motivo, pois é a partir do que se arrecada com os tributos que se é garantido direitos sociais aos vulneráveis, por isso, sem a tributação seria impossível a concessão por parte do Estado de um mínimo existencial.

Portanto, imensa é a relevância do princípio da capacidade contributiva na sua busca por equilíbrio na participação dos desiguais no momento da tributação, como forma de assegurar aos grupos vulneráveis o direito a igualdade.

Além disso, também é possível relacionar a tributação ao direito de liberdade, que não se limita ao sentido físico do termo, mas alcança o conceito de liberdade de conhecimento, no sentido de que a pessoa pode se predispor a seguir o conhecimento que lhe parece o mais adequado e para alcançar tal liberdade, deve o cidadão ter condições para adquirir bens que lhe proporcione atingir a liberdade desejada, e para conquistar tais bens necessário possuir recursos. Para o estado promover os meios de alcance de conhecimento gratuito, proporcionando o sentido amplo do direito a liberdade precisa tributar, e para mais uma vez não massacrar a classe mais vulnerável, a capacidade contributiva deve ser sua aliada afim de que sejam menos tributados os que menos possuem e dessa forma possam direcionar seus recursos para proporcionar a liberdade que lhes falta conquistar.

Conclui-se assim que a tributação se comunica com diversos sentidos da vida, de maneira que o Estado ao respeitar os direitos da personalidade na instituição de tributos, estará preservando a ordem do Estado Democrático de Direito.

4 EXISTE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA NO BRASIL?

No decorrer do presente trabalho, foi bastante mencionada a busca pela igualdade e pela justiça tributária, pois tais institutos norteiam o princípio da capacidade contributiva, entretanto, a dúvida que surge é: na prática, existe justiça tributária no Brasil? Tal questionamento é importantíssimo, pois uma teoria ou um princípio focado apenas no aspecto jurídico dogmático é inquestionavelmente inútil.

Primeiramente, é importante fazer uma ponderação no sentido de que, embora tenha ocorrido a inclusão do princípio na Constituição e o Judiciário tenha se empenhando em ampliar sua aplicabilidade aos demais tributos, as medidas que visam sua aplicabilidade são ainda embrionárias, uma vez que, o legislador não se preocupou nem mesmo em impor sanções por um eventual descumprimento do princípio. Tal situação, inevitavelmente dificulta a sua aplicação e consequentemente o alcance da justiça tributária, uma vez que, a observação do princípio acaba sendo tida por opcional aos governos, ainda que legalmente instituída. Isto, acrescentado á ausência de um planejamento tributário eficiente acaba por aumentar a carga tributária de forma uniforme entre diferentes classes sociais e inevitavelmente prejudicando as classes economicamente mais vulneráveis.

Conforme dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2020), 49% dos impostos recolhidos anualmente no Brasil estão sobre o consumo enquanto em países desenvolvidos esse índice cai para 32%, o Brasil portanto, baseia sua arrecadação majoritariamente sobre o consumo de bens e serviços o que dificulta a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, uma vez que tal padrão tributário não leva em consideração o poder aquisitivo do contribuinte, como exemplos a serem seguidos, nos países desenvolvidos em torno de 34% da sua arrecadação advém de impostos sobre a renda do cidadão e 5% sobre o patrimônio, no Brasil esses percentuais de arrecadação são de 18% sobre a renda e 4% sobre o patrimônio.

Diante da heterogenia de renda da população brasileira conforme dados obtidos pelo site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA,2020) e ao fato de a tributação no País majoritariamente ser exercida sobre o consumo de bens e serviços, é notória a ausência de justiça tributaria no Brasil, o que torna latente a necessidade de execu-

tar um melhor planejamento para a arrecadação tributária no País, diminuindo-se a tributação indireta sobre os gêneros básicos capazes de assegurar o mínimo existencial aos vulneráveis e realocando eventuais diferenças de valores aos tributos de caráter pessoal.

5 CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada, é possível concluir que o princípio da capacidade contributiva, representa um valor de justiça pensado na área tributária, se sobressai como um instrumento eficaz para o alcance da justiça tributária e consequentemente da efetivação do princípio da igualdade, princípio este regente em qualquer Estado Democrático de Direito.

A forma de tributar no País prejudica as classes sociais vulneráveis, uma vez que, ao concentrar a tributação no consumo (principalmente de bens e serviços básicos) os governos ignoram a capacidade contributiva do Cidadão o que sistematicamente fere o que prevê o §1º do artigo 145 da Constituição Federal.

Diante dos dados levantados na pesquisa e apresentados no trabalho, ficou evidente a necessidade de o Brasil passar por uma rigorosa reforma tributária objetivando o desenvolvimento inclusivo, através de mudanças estruturantes no sistema de tributação, tais mudanças devem ser baseadas na capacidade contributiva de cada Cidadão, e para isso, as estruturas do nosso sistema devem ser alteradas, o planejamento tributário deve ser efetivo e focado em calibrar a arrecadação, tirando o peso desproporcional existente sobre o consumo de bens e serviços e consequentemente sobre os mais vulneráveis.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário** – 13º ed. rev., atual e ampl. – Salvador, Ed. JusPodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.018.911/ RR** Relator(a): Min. LUIZ FUX. Brasília, 15 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14555760>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 562.045 / RS** Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 6 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630039>. Acesso em: 26 mar. 2020.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. rev. ampl., atual. São Paulo: Editora Malheiros. 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis** e do poder de tributar na Constituição de 1988. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEADATA. Disponível em: <http://www.ipeadata.gov.br/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. **Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva. Caderno de Pesquisas Tributárias**, co-edição CEU/Resenha Tributária, São Paulo, n. 4, p. 285-286, 1990.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário**. 9a Edição. São Paulo - Editora Atlas: 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE Disponível em: http://www.oecd.org/fr/ Acesso em: 13 abr. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça; **Apelação Cível 1020030-61.2018.8.26. 01 14;** Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 2ª Vara da Fazenda Pública; Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br /cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=5E4869DDA3467E4D80716B94B61B2B3B.cjsg1> Data do Julgamento: 15/10/2018; Acesso em: 14 mai. 2020.

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA COLISÃO COM DIREITOS DE PERSONALIDADE: ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Aline Monteiro Rodrigues Alves dos Santos

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetivou analisar os limites da liberdade de expressão, tendo em vista a problemática da colisão entre os direitos fundamentais, mais especificamente a que envolve o direito à liberdade de expressão e os direitos de personalidade (à honra, à privacidade e à intimidade).

A pesquisa surgiu em virtude do atual mundo globalizado o qual permite o acesso à informação através de vários meios de comunicação e de redes sociais, contexto este que enseja cada vez mais pessoas a exercerem o seu direito de se expressar. Nesta seara, buscou-se compreender a importância deste direito fundamental na garantia de uma sociedade democrática, partindo da premissa de que por ser um direito constitucionalmente protegido, deve possuir eficácia plena e imediata.

Não é por acaso que a liberdade de expressão está prevista na Constituição Federal como um direito fundamental. É porque muitas

pessoas foram cerceadas ao longo da história humana, que se percebeu o valor de se expressar livremente sem censura.

Por isso, tão importante o estudo de quando e como esse direito constitucional pode ser restringido, para que não haja sua restrição desnecessária ou mesmo arbitrária, sendo realizada como meio de censura e afirmação de poder pelo o Estado. Primordial a pesquisa sobre as excepcionalidades inerentes ao exercício da liberdade de expressão para que não haja o regresso à "Idade das Trevas", a fim de que se tenha coerência e criticidade perante as informações que são divulgadas neste mundo globalizado.

Logo, o cerne do estudo está na excepcionalidade deste exercício, ou seja, quando e como o direito fundamental pode sofrer restrições. Para tanto, realizou-se o estudo sob a ótica do Doutrinador Português Canotilho, assim como, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Por fim, foi realizado o estudo do Caso Herrera Ulloa *Vs.* Costa Rica, e o Caso Ellwanger, os quais foram julgados, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

1. RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em primeiro momento, é necessário analisar duas concepções apresentadas por Robert Alexy, quais sejam a teoria externa e a teoria interna. As disposições apresentadas por ambas concepções são de importante conhecimento para averiguar a possibilidade de haver a restrição a um direito fundamental (2008, p. 276-277).

A teoria externa está relacionada à lógica pura e segundo a mesma, deve haver a separação entre o direito em si, ou seja, aquele não restringido, e o direito após a ocorrência da sua restrição. Por outro lado, a teoria interna difere ao passo que não realiza essa divisão. Neste contexto, para averiguar qual teoria é correta, deve-se indicar se os direitos fundamentais são regras ou princípios (ALEXY, 2008, p. 278).

Adotando-se a teoria externa, há a possibilidade de restrição a direitos fundamentais, partindo da premissa de que estes são princípios, logo o que existe é a proteção de um direito *prima facie* garantido

pela norma de direito fundamental e não somente o bem resguardado. Diferentemente ocorreria caso se atribuísse a conotação de regra, pois ocorreria apenas a restrição do bem constitucionalmente protegido, mas jamais das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 280).

Uma vez esclarecido que é possível restringir direitos fundamentais, conforme a teoria externa, deve-se conceituar a restrição a direitos fundamentais. Para Robert Alexy, trata-se de um conceito de caráter circular, qual seja "normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental" (2008, p. 281).

Importante observar que na visão do filósofo do Direito Alexy, os direitos fundamentais podem ser restringidos por regras, as quais devem ser constitucionais, e por princípios, atentando-se que o último caso é resultado do sopesamento, conforme a lei de colisão, tendo em vista que em ambas hipóteses cuida-se de tipos de normas (2008, p. 283-284).

Para J.J. Gomes Canotilho, importante doutrinador português, a restrição de direitos fundamentais refere-se a uma forma de mediação jurídica de um direito fundamental em concreto. Assim, o jurista acrescenta que um direito existente no âmbito material não implica na sua proteção automática pela norma jurídica, uma vez que dependerá das mediações jurídicas realizadas em torno deste direito, dentre elas a restrição de direitos. Como exemplo, observa-se que a liberdade de reunião é um direito materialmente existente, contudo, apenas as reuniões "pacíficas e sem armas" serão juridicamente protegidas pela Constituição Federal (2003, p. 449-450).

Neste contexto, a restrição a direitos fundamentais é tema de importante discussão para compreender acerca dos limites do direito à liberdade de expressão. Primeiramente, atenta-se que se trata de um direito existente tanto no âmbito material quanto no jurídico, havendo assim uma proteção constitucional. No entanto, por mais que este direito seja resguardado pela Constituição Federal e aceito como direito fundamental, o mesmo não é absoluto, podendo sofrer restrições por várias maneiras.

Assim, a fim de entender como ocorre a restrição de um direito fundamental, deve-se atentar para suas espécies. Conforme Robert Ale-

xy, haja vista que os direitos fundamentais têm hierarquia constitucional, os mesmos somente podem ser restritos por normas de hierarquia constitucional (restrição diretamente constitucional) ou por normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais (restrição indiretamente constitucional), (2008, p. 286). Segundo o Doutrinador Gilmar Mendes, a Constituição Federal de 1988 adota as espécies de restrição supramencionadas (2014, p. 199).

Neste sentido, conforme a Constituição Federal, " é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". (art. 5º, IV). Portanto, a liberdade de pensamento é um direito fundamental, porém, sujeito a restrições, haja vista que o indivíduo não pode expressar suas opiniões sem se identificar. Caso contrário, seria impossível responsabilizar o autor de manifestações violadoras ao direito de outras pessoas, impossibilitando assim, uma possível indenização moral, por exemplo.

Por outro lado, a restrição indiretamente constitucional pode ser exemplificada pelo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, conforme o qual "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Ainda a respeito do ensinado por Mendes (2014, p. 203), têm-se que a restrição indiretamente constitucional pode ser subdivida em restrição legal simples e em restrição legal qualificada. A primeira ocorre quando a Constituição Federal apenas autoriza que a lei infraconstitucional restrinja determinado direito fundamental, condicionando o seu exercício a certas condições e requisitos estabelecidos na mesma. No segundo caso, percebe-se que a Constituição Federal especifica o grau e o objetivo da restrição.

A restrição legal simples pode ser verificada no artigo 5º, inciso VII, conforme o qual "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". Enquanto que restrição legal qualificada é prevista no artigo 5º, inciso LX, o qual prescreve que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

Neste ponto do trabalho, é importante notar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não instituiu requisitos para a intervenção

do legislador, assim como fizera a Constituição Portuguesa de 1976, mais especificamente, em seu artigo 18, n.3 (MENDES, 2014, p. 207). Assim estabelece o mencionado artigo: "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais".

Nos ensinamentos de Canotilho à luz do mencionado dispositivo legal, as leis restritivas devem respeitar os requisitos previstos na Constituição Portuguesa, a fim de eludir a restrição desproporcional que acaba por assolar os direitos fundamentais.

Observam-se as seguintes exigências: a) autorização constitucional expressa de restrição; b) requisito de lei formal, ou seja, apenas a lei ou regulamentos e atos administrativos, os quais têm a restrição com fundamento em lei, podem adotar medidas restritivas, mantendo-se a denominada "cadeia de legitimidade legal"; c) a lei restritiva precisa ser geral e abstrata, dirigindo-se assim, a destinatários e casos indeterminados ou indetermináveis; d) a lei restritiva não pode ter efeito retroativo, a fim de consagrar o princípio da segurança jurídica; e) respeito ao princípio da proibição do excesso; f) observância ao princípio da salvaguarda do núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias restringidos (CANOTILHO, 2003, p. 452-458).

Nesta seara, o posicionamento de Canotilho abrange uma terceira espécie de restrição, trata-se das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Segundo o doutrinador, cuida-se dos casos denominados difíceis, e exemplifica com direito de manifestação previsto no artigo 45, n. 2, da Constituição Portuguesa. Apesar de não haver restrição, seja direta ou indiretamente, pela Carta Portuguesa, de tal direito fundamental, seria inconcebível o seu exercício de forma violenta e com armas. Logo é possível sua restrição a depender do caso concreto, embora não haja quaisquer limites à luz do texto constitucional (2003, p. 450-451).

Gilmar Mendes corrobora este entendimento ao apontar que não existe direito fundamental absoluto, haja vista que constantemente as situações concretas exigem a realização da ponderação, e consequentemente a restrição de um direito em detrimento de outro (2014, p. 208-209).

O doutrinador luso vai além, ao lecionar acerca das medidas ou intervenções restritivas, as quais são atos das autoridades públicas que atuam restringindo um direito de forma concreta e imediata, trata-se, por exemplo, da decisão judicial que decreta a prisão preventiva e restringe o direito de locomoção (CANOTILHO, 2003, p. 451).

Portanto, conclui-se que os direitos fundamentais não são absolutos, considerando que uma sociedade democrática somente é possível se regida pelo exercício equilibrado e harmônico de tais direitos. Uma vez compreendida esta premissa, é que será possível adentrar no estudo da colisão entre os direitos fundamentais.

2. PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO

O princípio da proporcionalidade possui imprescindível papel na realização da ponderação entre direitos fundamentais. Como anteriormente exposto, existem alguns direitos fundamentais que são restringidos direta ou indiretamente pelo próprio texto constitucional, devendo-se observar a proporcionalidade como instrumento de estabelecer a legitimidade das leis e dos atos administrativos limitadores (MARMELSTEIN, 2018, p. 379).

Entretanto, para que haja a restrição dos direitos fundamentais que não foram limitados pela via legislativa, é preciso um processo mais rigoroso e justificativa muito mais plausível. Assim, adentra-se nos casos em que é preciso ponderar direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2018, p. 379).

Primeiramente, importante compreender que o princípio da proporcionalidade se subdivide em três princípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MARMELSTEIN, 2018, p. 381).

A adequação diz respeito ao meio escolhido para alcançar a finalidade do interesse em conflito; sendo uma medida considerada adequada para o caso em análise, é preciso estabelecer se a mesma é necessária, ou seja, se é o meio que não excede a razoabilidade (vedação de excesso), bem como se é o suficiente para proteger a norma constitucional em colisão (vedação de insuficiência); e a proporcionalidade em senti-

do estrito é analisar se a medida adotada acarretou mais vantagens do que desvantagens (MARMELSTEIN, 2018, p. 382-389).

Neste contexto é *mister* a análise da distinção entre regras e princípios para compreender a estrutura das normas de direitos fundamentais. Como bem disse Robert Alexy em sua Obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", essa distinção é a base da sua teoria, bem como o instrumento necessário para a solução de problemas envolvendo direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 86).

À primeira vista, importante observar a existência de várias vertentes doutrinárias que buscam distinguir princípios de regras. Uma apresenta a distinção "forte", sendo defendida, principalmente, por Dworkin e Robert Alexy, outra projeta a ideia de uma distinção "fraca", e ainda é possível delinear uma terceira que rejeita a possibilidade de haver qualquer diferenciação (DE SOUSA, 2011, p. 96). Salienta-se que a presente pesquisa se ateve a aprofundar a teoria difundida por Dworkin e Alexy.

Importante notar a situação fática em que Dworkin estava inserido no momento em que concluiu haver uma distinção muito clara entre regras e princípios. Sua teoria surgiu a fim de se contrapor ao positivismo instalado à época, sobretudo ao pensamento de Herbert Hart (DE SOUSA, 2011, p. 97).

Na visão de Dworkin, o positivismo adotava tão somente as regras para solucionar os conflitos jurídicos existentes, ocasionando uma certa problemática nas situações em que inexistissem regras ou até mesmo quando estas fossem indeterminadas. Partindo desta premissa, o filósofo do Direito entendia que fosse necessária a aplicação dos princípios nos casos mencionados, os quais são vistos como difíceis (JUNIOR, 2007, p.179).

Neste sentido, Dworkin atentou-se para dois critérios básicos de diferenciação. Pelo primeiro critério, as regras são analisadas no âmbito da validade, ou seja, se a regra for válida, será de cunho obrigatório no caso concreto, ao passo que se for inválida, não será aplicada (DE SOUSA, 2011, p. 97).

Enquanto que os princípios apenas contribuem a proferir uma decisão judicial, tendo por finalidade afastar a discricionariedade do magistrado nos casos em que não se tem regras estabelecidas, o que

proporciona mais segurança jurídica e um ordenamento jurídico pautado em elementos morais (JUNIOR, 2007, p. 178-179).

O segundo critério trata-se de um desdobramento do primeiro, no sentido em que os princípios possuem a dimensão do peso quando estão em colisão, diferentemente do que ocorre com as regras, já que estas são aplicadas conforme sua validade (DE SOUSA, 2011, p. 98).

Neste viés, os princípios não perdem sua validade em alguma circunstância, mas apenas serão sopesados quando estiverem em colisão. Importante atentar às circunstâncias de cada caso em discussão, pois não há uma constante definida na realização da ponderação. Logo, é possível que em determinado caso concreto o princípio (P1) prevaleça sobre o outro colidente (P2), o que não necessariamente deve prevalecer estando-se diante de um cenário completamente distinto (DE SOUSA, 2011, p. 101).

Por outro lado, a fim de solucionar o conflito entre regras não é possível haver ponderação, considerando que a resolução se encontra tão somente na dimensão da validade jurídica. Neste contexto, uma regra declarada inválida é consequentemente desentranhada do ordenamento jurídico, enquanto que aquela tida como válida terá eficácia plena (JUNIOR, 2007, p. 180-181).

Em continuidade à tese de que há distinção "forte" entre regras e princípios, Robert Alexy desenvolveu a Teoria dos Direitos Fundamentais como forma de aprofundar os estudos realizados por Dworkin. A inovação apresentada refere-se à ideia de que se estando diante de um caso de colisão, é preciso buscar o máximo de efetividade de todos os princípios colidentes. (JUNIOR, 2007, p. 185).

Segundo Alexy (2008, p. 90-91), em sua Obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" a distinção entre princípios e regras é qualitativa. Neste sentido, as regras são normas que são ou não satisfeitas, devendo-se seguir exatamente aquilo que uma regra exija, caso seja válida. Por outro lado, os princípios são "mandamentos de otimização", ou seja, são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas.

A fim de solucionar esta colisão, deve-se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, para que haja a efeti-

vação de cada um na maior medida possível (JUNIOR, 2007, p. 185). Ademais, é de se ressaltar que a ponderação não será feita de forma discricionária, pois o magistrado precisa motivar o sopesamento com fundamentos racionais e jurídicos (JUNIOR, 2007, p. 191).

Sintetizando a teoria da ponderação de Robert Alexy, observa-se que um direito fundamental é tido como um princípio e, portanto, um "mandado de otimização", o que consequentemente permite que seja satisfeito em graus variados. Logo, quando há a colisão entre direitos fundamentais, em que é necessário ponderá-los conforme as circunstâncias fáticas, deve-se observar que o direito que não preponderou não é aniquilado, sendo mantido o seu núcleo essencial. Por fim, destaca-se primordial a observância ao princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, para que assim, seja garantido a máxima eficácia dos direitos fundamentais, a fim de que se tenha a harmonia no exercício destes.

3. ANÁLISE DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DE CASOS CONCRETOS

3.1 CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Partindo da premissa que o direito à liberdade de expressão e de pensamento, bem como os direitos de personalidade possuem o peso em abstrato relevante, em seu ponto máximo, importante partir para a análise das circunstâncias inerentes a cada caso concreto, que norteiam uma ponderação mais adequada.

Neste ponto do estudo, deve-se analisar um emblemático julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Este precedente da Corte teve início com os eventos ocorridos no ano de 1995 na Costa Rica.

Ocorre que o jornalista Mauricio Herrera Ulloa publicou no *Jornal La Nación* uma série de artigos que atribuíam a prática de atos ilegais ao diplomata Félix Przedborski, representante honorário da Costa Rica na Agência de Energia Atômica na Áustria. Em razão deste fato, no ano de 1999, Herrera Ulloa foi condenado nas esferas cível e criminal

pelo Tribunal Criminal de San José, por praticar o crime de difamação (OPPITZ, 2017, p. 89).

Em 2001, o representante legal do Jornal ajuizou petição junto à Comissão Interamericana, a qual recomendou a anulação da condenação do jornalista Mauricio Herrera Ulloa, bem como do *Jornal La Nación*, por meio do relatório nº 64/02. No entanto, o Estado da Costa Rica não cumpriu com tais recomendações. Assim, no ano de 2003, a Comissão Interamericana ingressou com uma petição junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão da violação ao direito à liberdade de expressão pelo Estado da Costa Rica (OPPITZ, 2017, p. 89-90).

Ao final, a Corte Interamericana concluiu que a Costa Rica violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão do jornalista Herrera Ulloa, bem como do *Jornal La Nación* (OPPITZ, 2017, p. 93).

Anteriormente ao ocorrido no presente caso, em novembro de 1985, o Estado da Costa Rica invocou o artigo 64 da Convenção dos Estados Americanos (*Pacto de San José da Costa Rica*), o qual prevê a possibilidade de consulta à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a interpretação desta Convenção. Objetivou-se obter uma opinião da Corte acerca da finalidade e limitações do direito à liberdade de expressão, de pensamento e de informação, previsto no artigo 13 da Convenção, bem como, a respectiva consonância com o artigo 29 do referido diploma internacional (PARECER CONSULTIVO OC-5/85, 1985, p. 3).

Neste contexto, firmou-se a Opinião Consultiva nº 5/85, com a qual a Corte fundamentou sua decisão no julgamento Herrera Ulloa *versus* Costa Rica. De acordo com tal parecer, a liberdade de expressão possui caráter dúplice, ou seja, quando este direito fundamental é indevidamente restringido se está violando tanto o direito individual quanto o direito coletivo de livre acesso à informação (VARELLA; MONEBHURRUN; GOTIJO, 2019, p. 275).

Portanto, observa-se que a dupla perspectiva de difundir e de receber informações, inerente ao direito à liberdade de expressão e de pensamento, cuida de conceitos indissociáveis. Segundo o parecer consultivo supramencionado, esta duplicidade da liberdade de expres-

são garante a existência de uma sociedade democrática, a qual permite a construção da opinião pública (VARELLA; MONEBHURRUN; GOTIJO, 2019, p. 280).

Ainda, importante salientar que no caso em comento cuida-se de uma situação em que o direito à honra é atribuído a uma autoridade pública. Diante deste cenário, é essencial invocar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), tendo em vista que esta ressaltou a necessidade de distinguir as situações em que se objetiva proteger o direito à honra de uma pessoa privada daquelas envolvendo uma figura pública (OPITZ, 2017, p. 92).

De acordo com o TEDH:

> Os limites da crítica aceitável são mais amplos quando se trata de um político desempenhando suas funções públicas do que quando se trata de um particular, posto que o primeiro se expõe, de forma consciente inevitável, ao escrutínio de cada uma de suas palavras e ações pelo público e pelos jornalistas, devendo apresentar maior tolerância a críticas. (OPPITZ, 2017, p. 20).

A Corte considerou que as publicações do Jornal *La Nación* foram pautadas nas notícias veiculadas na imprensa europeia acerca dos fatos. Concluindo assim, pela restrição abusiva e excessiva da liberdade de expressão, observando o interesse público em obter informações relacionadas às condutas do diplomata (OPITZ, 2017, p. 92).

Assim, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgar o caso em questão foi necessário ponderar os direitos fundamentais em colisão. a Corte partiu do pressuposto de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, sendo possível sofrer restrições, inclusive quando se objetiva a proteção do direito à honra, seguindo os ditames do artigo 13.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

No entanto, para tanto, é preciso que haja o preenchimento de três requisitos, previstos no dispositivo legal mencionado: a) existência de previsão legal da restrição; b) a restrição deve ter por objetivo a garantia dos direitos ou da reputação dos outros ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou moral públi-

cas; c) a restrição deve ser necessária para manutenção da democracia (OPPITZ, 2017, p. 91).

Além de observar os requisitos supra, os julgadores do presente caso aplicaram o tripé do princípio da proporcionalidade, qual seja: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, é possível concluir que a restrição à liberdade de expressão é a exceção e deve ser fundamentada em uma lei a fim de alcançar um propósito legítimo (VARELLA; MONEBHURRUN; GOTIJO, 2019, p. 282- 283).

Deve-se ressaltar, que conforme o analisado, os direitos fundamentais em questão não perderam sua eficácia totalmente, apenas ocorreu uma limitação do direito à honra, buscando a efetivação de cada um na maior medida possível.

Portanto, o julgamento sob reflexão ilustra o funcionamento da ponderação realizada em virtude da colisão entre direitos fundamentais. No caso concreto, a existência de uma figura pública como sujeito de direitos de personalidade, em tese violados, ressaltou a necessidade de priorizar o direito à liberdade de expressão, devido o notável interesse público no acesso à informação divulgada. Conclui-se assim, que a restrição ao direito à honra, no presente caso não apresentou tantos prejuízos quanto se tivesse sido limitado o direito à liberdade de expressão e de pensamento.

3.2 CASO ELLWANGER E OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos são essenciais na formação da democracia e de uma sociedade mais justa e igualitária. Dito isto, interessante trazer à tona a importância do direito penal na concretização de tais valores, a medida em que, muitos dos bens jurídicos protegidos penalmente são direitos fundamentais, podendo citar a integridade física, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, o direito à honra, dentre outros (MARMELSTEIN, 2018, p. 424).

Em que pese os direitos fundamentais sejam protegidos constitucionalmente, nenhum indivíduo poderá exercê-los de maneira abusiva, sendo criminalmente punido aquele que se utiliza destes direitos

como meio de dissimular uma conduta delitiva praticada de modo a prejudicar a eficácia de outros direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2018, p. 424).

Em vista os apontamentos supra, o próprio Poder Constituinte objetivou resguardar a probidade da utilização dos direitos constitucionais, conforme extrai-se do artigo 5º, XLI, da Constituição Federal: "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Nota-se que diante da problemática apresentada, aconteceu o julgamento do emblemático Caso Ellwanger. o Ministério Público do Rio Grande do Sul denunciou o escritor Siegfried Ellwanger pela prática do crime de racismo, previsto no artigo art. 20 da Lei 7.716/89, delito este imprescritível e inafiançável, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.

De acordo com o *Parquet,* o acusado na condição de escritor e proprietário de uma editora e livraria chamada "Revisão", escreveu, bem como publicou e vendeu livros de sua autoria e de outros autores, sendo que todos tinham um teor racista e antissemita. Logo, Ellwanger estaria disseminando, por meio de suas publicações literárias, sentimentos de ódio e segregação contra o povo judeu (MARMELSTEIN, 2018, p. 432).

Assim, o cerne do caso em tela é a discussão sobre a existência de proteção ou não das publicações pelas garantias constitucionais às liberdades de informação e de expressão. Partindo desta premissa, o juízo de primeira instância absolveu Ellwanger, com fundamento de que a atitude do editor e escritor constitui uma manifestação de opinião, concluindo que ele estava no exercício constitucional da liberdade de expressão (MARMELSTEIN, 2018, p. 433).

A situação foi revertida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sede de recurso de apelação interposto pelos assistentes da acusação, condenou Siegfried Ellwanger a dois anos de reclusão, com *sursis,* pela prática do crime de racismo, nos termos da denúncia (MARMELSTEIN, 2018, p. 433).

Posteriormente, os advogados de Ellwanger impetraram o *Habeas Corpus* nº 82.424 - 2/RS no Supremo Tribunal Federal, como um

substituto de recurso ordinário, visando o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, sob o fundamento de que teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva. O julgamento encerrou no ano de 2003 (SILVA; DE OLIVEIRA; RABELO, 2011, p. 774).

A defesa alegou a inexistência do crime de racismo, afirmando que os Judeus não são uma raça. Apoiadores desta ideia, os Ministros Moreira Alves (relator originário) e Marco Aurélio votaram pela concessão do *Habeas Corpus* pela ocorrência da prescrição (MARMELSTEIN, 2018, p. 434).

Por outra banda, a maioria dos ministros sustentou a desvinculação do conceito de raça com o racismo (MARMELSTEIN, 2018, p. 434). Ainda foi objeto de discussão se o fato em análise estaria acobertado pelo direito à liberdade de expressão. A tese vencedora aplicou o princípio da proibição de abuso, ao apresentar que "o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal".[1]

A fim de elucidar melhor a temática, interessante a leitura de trecho da vista do Senhor Ministro Maurício Corrêa: "A previsão de liberdade de expressão não assegura o 'direito à incitação ao racismo', até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra"[2].

Logo, não há que se falar em censura, como proíbe o artigo 220, § 2º, da Constituição Federal, mas sim, de permitir o exercício harmônico dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2018, p. 431).

Nesta seara dos limites da liberdade de expressão, o discurso de ódio (*hate speech*) tem sido objeto de grandes debates na atualidade, permeando, inclusive, o Caso Ellwanger. Segundo o Doutrinador André de Carvalho Ramos, esta terminologia "consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem" (RAMOS, 2016, p. 553).

1 Trecho da ementa do acórdão proferido no HC 82.424 – 2/ RS

2 HC 82.424, Rel. p/ o ac. Ministro Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, *DJ* de 19-3-2004.

Desta maneira, percebe-se que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, podendo sofrer restrições explícitas, conforme o expresso na Constituição Federal que veda, por exemplo, o anonimato, prevê o direito de resposta, bem como assegura indenização proporcional ao dano em caso de violação aos direitos de personalidade. No mesmo teor, existe a possibilidade da restrição implícita, que consiste na ponderação dos direitos em colisão (RAMOS, 2016, p. 554).

No caso sob análise, verifica-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal realizaram o árduo trabalho da ponderação entre o direito à liberdade de expressão e o direito da dignidade da pessoa humana, previsto como um fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, da Constituição Federal.

O desfecho deste julgamento que ficou para a história do Supremo Tribunal Federal foi de máxima valia para a formação de precedentes, assim como para os estudiosos e operadores do Direito, pois consagrou que os direitos fundamentais possuem limites, a fim de que todos os indivíduos possam exercê-los em um sistema harmônico e de respeito recíproco.

CONCLUSÃO

Ao longo da história humana foi possível perceber, através das dificuldades enfrentadas, bem como do cerceamento das liberdades, quais fatos deveriam ser considerados valores supremos para todos os seres humanos, o que desencadeou na positivação e consequente criação dos direitos fundamentais.

Logo, os direitos fundamentais detêm eficácia plena e imediata, e todo indivíduo tem a garantia de exercê-los, e da mesma forma, de exigir do Estado o seu devido cumprimento. Em contrapartida, surge a obrigação de exercer tais direitos de forma a respeitar o exercício dos demais valores constitucionais por parte dos outros seres humanos.

Com efeito, há a necessidade de se manter um sistema harmônico e de equilíbrio no exercício dos direitos fundamentais. Para tanto, verifica-se que um direito fundamental não pode ser absoluto, podendo sofrer restrições.

Entretanto, o problema surge em face da omissão legislativa no sentido de restringir um direito fundamental quando as circunstâncias do caso concreto levam a concluir que o direito deve ser limitado para que outro possa ser considerado preponderante, é a chamada colisão entre direitos fundamentais.

Diante desta situação, Robert Alexy apresentou ao mundo a técnica da ponderação, a qual deve ser realizada de forma detida às circunstâncias fáticas, visando alcançar uma decisão judicial fundamentada juridicamente, à medida que se afasta a discricionariedade do magistrado.

Neste contexto, conclui-se que a ponderação não se trata de uma técnica de tão somente "escolher" o direito fundamental que deve prevalecer na aparente colisão, mas sim uma análise de todos os elementos inerentes a cada caso e que levem a decisão mais acertada. Ressaltando-se que o sopesamento é realizado de maneira a permitir a máxima eficácia do direito limitado, assim, não há a sua exclusão total, mas apenas a limitação em determinado caso e nas proporções especificadas na decisão.

Atinente aos limites da liberdade de expressão, conclui-se que é um direito, o qual possui restrições expressas na própria Constituição Federal, como exemplo, a vedação ao anonimato. E da mesma forma pode ser ponderado com outros direitos, a exemplo dos direitos de personalidade, como o ocorrido no Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica.

A apreciação das circunstâncias do caso concreto é tão importante, que, como verificado, não existe uma constante no tocante à predominância de um direito fundamental. No Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, o direito à liberdade de expressão prevaleceu, pois se concluiu que a intenção do jornalista fora a de informar a população acerca de um fato de interesse público. Porém, no Caso Ellwanger, o mesmo não ocorreu, haja vista que o mencionado direito foi utilizado de forma a acobertar um ato delitivo, qual seja o crime de racismo contra o povo judeu.

Portanto, a liberdade de expressão é um direito fundamental que deve ser protegido e exercido por todos os cidadãos. No entanto, é inadmissível que o seu exercício seja ilimitado ou, mesmo, um meio de prática de condutas criminosas. Da mesma maneira que se cuida de um

direito essencial na manutenção de uma sociedade livre e democrática, é preciso atentar se sua utilização não é desenfreada a ponto de ocasionar o efeito reverso de sua essência. E como saber disto? Somente a análise do caso concreto permitirá dizer.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5ª ed. alemã São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL; Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* Nº 82.424 - Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. 17 set. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer consultivo OC-5/85 13/11/1985. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/jurisprudencia-corte-idh/pareceres-consultivos/>. Acesso em 7 abr. 2020.

DE SOUSA, Felipe Oliveira. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de informação legislativa,** Brasília, v. 48, n. 192, p. 95-109, out./dez. 2011., 10/2011. ISSN 0034-835X. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf>. Acesso em 29 ago. 2019.

DE OLIVEIRA, Felipe Guimarães; SILVA, Adrian Barbosa E.; RABELO, Victor Alberto P. de Albuquerque**.** A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e no Supremo Tribunal Federal: Uma análise sobre o caso Sigefried Ellwanger. ***Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales del Chile****, Universidad de Talca*, Año 9, Nº 2, p. 771 – 790, 2011. ISSN 0718-

0195. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/issue/view/10>. Acesso em: 10 mar. 2020.

GOTIJO, André Pires; MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo Dias. **Proteção internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

JUNIOR, José Armando Ponte Dias. Princípios, regras e proporcionalidade: Análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy**. NOMOS:** Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 177-199, jul. - dez. 2007/2. ISSN 1807-3840. Disponível em:< http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12279/1/2007_art_japdiasjunior.pdf >. Acesso em 25 ago. 2019.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

OPPITZ, Daniela Gomes. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 73-105, 2017. Disponível em: < www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.03.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2010. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. San José,1969. Disponível em:<http://www.oas.org/dil/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> Acesso em: 27 ago. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

O ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Marianne Miranda da Silva

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal (STF) frente ao reconhecimento de um problema estrutural de omissão do poder público, que se caracteriza por um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais.

Assim, discute-se a legitimidade do Poder Judiciário em sanar os danos causados pela inércia dos poderes Executivo e Legislativo, bem como sua atuação ativista e a possível mitigação da teoria clássica de Separação dos Poderes como forma de preservar a efetividade dos direitos fundamentais.

1. O Estado de Coisas Inconstitucional

As decisões que reconhecem o "Estado de Coisas Inconstitucional" tiveram origem na Colômbia. A Corte Constitucional Colombiana foi criada mediante o acolhimento da Constituição de 1991, e

é composta por nove magistrados que tem por finalidade guardar a integridade e supremacia da Carta Política do país.

Dentre suas funções estabelecidas por lei, ganha destaque neste trabalho a função de decidir sobre as demandas que reivindicam o reconhecimento de inconstitucionalidades.

Deliberações importantes, como por exemplo, a *Sentencia de Unificación* - SU 559 proferida em 1997 que reconheceu uma violação pelas autoridades públicas ao direito previdenciário de diversos professores, caracterizando uma falha estrutural, influenciaram decisões que reconhecem o Estado de Coisas Inconstitucional em vários outros países.

Quando o Estado viola um enunciado normativo constitucional, seja por ação ou omissão, ele impede a atuação concreta da norma. Da mesma forma, o cumprimento falho ou incompleto deste enunciado pode possibilitar a inconstitucionalidade por omissão.

Ao identificar uma omissão inconstitucional que implica violação massiva e contínua de direitos fundamentais, decorrente da inércia do poder estatal, a Corte Constitucional Colombiana reconhece o ECI como forma de proteção a esses direitos.

Neste sentido, o instituto pode ser definido como:

> Técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. (CAMPOS, 2019, p.23)

Esse mecanismo jurídico tem por objetivo impelir o Estado à observância da garantia dos direitos fundamentais, bem como atuar na realidade social de forma eficaz para a superação dos quadros de inconstitucionalidade através de implementação de políticas públicas.

Conforme os posicionamentos da Corte Colombiana, houve mudanças no que diz respeito ao conceito e aos pressupostos que definem o Estado de Coisas Inconstitucional.

Segundo o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019), pode-se falar em quatro pressupostos essenciais de identificação desse instituto: (i) comprovação da violação generalizada de direitos fundamentais; (ii) reconhecimento da omissão das autoridades públicas; (iii) adoção de medidas para a superação dos quadros de inconstitucionalidade; (iiii) alívio do congestionamento da máquina judiciária.

O primeiro pressuposto é a comprovação de um quadro de violação permanente e generalizada de direitos fundamentais, que afeta um número indeterminado de pessoas. Para o reconhecimento do primeiro pressuposto, a grave e permanente violação de direitos deve atingir não apenas os demandantes de uma ação judicial, e sim um número inexato de pessoas, apresentando-se não somente como um problema jurídico, mas também social.

O segundo pressuposto é regido pela identificação de uma omissão persistente das autoridades públicas no cumprimento de sua obrigação de proteção aos direitos fundamentais. A passividade estatal em deliberações orçamentárias, legislativas e administrativas estabelece uma falha estrutural que, por consequência, gera grave violação a direitos, fazendo assim, com que o cenário de inconstitucionalidades seja perpetuado.

Nas decisões da Corte Colombiana em que o ECI foi reconhecido, a origem da falha estrutural estava justamente na omissão das autoridades públicas resultando no funcionamento deficiente do Estado, o que viola os direitos inerentes a cada cidadão.

O terceiro pressuposto de reconhecimento do instituto, diz respeito à adoção de medidas necessárias para a superação dos quadros de inconstitucionalidade. Diante da inconsistente realidade social, se faz necessário a expedição de ordens a um conjunto de órgãos do poder público, uma vez que a responsabilidade sobre a omissão deve ser atribuída a todos eles.

Para a superação dos quadros de inconstitucionalidade, são necessárias novas políticas públicas, ajustes de recursos e várias outras medidas para que haja uma mudança estrutural.

O quarto - e último pressuposto - está intimamente ligado ao número elevado de pessoas lesionadas pela inconstitucionalidade. Argumenta-se também sobre os direitos humanos violados, e a possível conversão dessas demandas em processos judiciais que geram abarrotamento do Poder Judiciário. Neste pressuposto, a Corte atua não somente alcançando o maior número possível de afetados garantindo a isonomia na resolução do conflito, mas também atua com estratégia para prevenir o congestionamento da máquina judiciária.

Portanto, o ECI "Não é uma ação judicial propriamente dita, e sim uma ferramenta processual pela qual cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social." (CAMPOS, 2019, p.192). O instituto esmera-se então, com a efetividade da norma constitucional que versa sobre direitos fundamentais a fim de transformar a realidade social discrepante.

A decisão que declara o ECI gera duas espécies de efeitos: direto e indireto, sendo eles de igual importância. O efeito direto refere-se ao cumprimento efetivo das ordens determinadas pela decisão, afetando diretamente os litigantes e destinatários da ordem. Já os efeitos indiretos, dizem respeito às transformações sociais que serão alcançadas por esta decisão.

O Estado de Coisas Inconstitucional não é um instituto com relevância apenas na Colômbia, onde teve origem e evolução. No âmbito jurídico, serviu como modelo para aplicação também em outros países. No Brasil, em 2015, o ECI foi identificado no sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, e tal fato causou grande repercussão.

O Plenário do STF iniciou no dia 27 de agosto de 2015 o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 347, onde o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu o reconhecimento da figura do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de medidas em face dos danos decorrentes de ação e omissão do Poder Público.

Em síntese, além do reconhecimento do ECI, o requerente solicitou que fosse determinado aos juízes, que em caso de prisões provisórias, fossem feita motivação expressa justificando a não aplicação de medidas cautelares diversa da privativa de liberdade.

Ainda, que fosse realizado no prazo de noventa dias audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante o juiz no prazo máximo de vinte e quatro horas. Requereu também, que o Conselho Nacional de Justiça coordenasse um "mutirão carcerário" a fim de que fossem revisados todos os processos de execução penal em curso no país.

Para tentar minimizar os quadros de inconstitucionalidade, caberia ao Poder Judiciário simplificar a aplicação e interpretação do ordenamento jurídico-penal a fim de evitar os possíveis excessos da "cultura do encarceramento" que acabaria por contribuir no caos da superlotação.

Contudo, no entendimento do Ministro-relator, somente o STF se encontraria apto diante do reconhecimento do ECI para retirar os demais Poderes da inércia, entretanto, existem dificuldades de o Supremo Tribunal Federal exercer funções atípicas, uma vez que sendo reconhecidos os pressupostos do ECI resulta na possibilidade do Tribunal participar de decisões primariamente políticas, e tais participações podem ser consideradas ofensivas aos princípios de democracia e Separação de Poderes.

2. Ativismo Judicial como efetivação dos Direitos Fundamentais

Desde as mais primitivas sociedades podem-se identificar as ideias de justiça, liberdade, igualdade e dignidade do homem como fundamento da vivência em comunidade. As normas contidas nos grandes códigos morais da humanidade tinham por objetivo proporcionar o bem-estar social para o povo, se aproximando em muito das finalidades dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais como riqueza maior da humanidade é responsável pela evolução do Direito Constitucional e da sua positivação como núcleo da Constituição Federal. Neste sentido, Marmelstein os define como:

> Os 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. (2019, p. 181)

Desde o seu reconhecimento, os direitos fundamentais passaram por diversas modificações em seu conteúdo, eficácia e na sua aplicação. A doutrina, com o propósito de demonstrar todas essas evoluções, passa a identifica-las como "gerações de direitos".

Certo é que o termo recebeu diversas críticas pela doutrina moderna que preferiu a utilização da expressão "dimensões". Na concepção de Pedro Lenza (2015), o termo "dimensão" não abandonaria as conquistas da "dimensão" anterior. No sentido de evolução histórica, o uso dessa expressão se tornaria mais adequado.

A primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais tratavam de normas limitadoras do poder estatal, onde o homem cria uma proteção contra a ingerência e abusos do Estado na esfera privada do indivíduo. Esses direitos foram conhecidos também por seu caráter negativo.

Já a segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais, previa a proteção à dignidade da pessoa humana e, diferentemente da anterior, essa dimensão de direitos exigia do Estado atuação na defesa e garantias dos direitos dos indivíduos, com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais, a fim de que fosse materializada a igualdade formal entre todos.

Após a Segunda Guerra Mundial, ocorreram graves violações aos direitos essenciais ao homem, o que fez surgir a terceira dimensão ou geração de direitos que estava intimamente ligada à concepção de fraternidade e solidariedade. Os direitos positivados decorrentes dessa dimensão diziam respeito à coletividade, sendo reconhecidos como direitos difusos, transindividuais.

Alguns autores, como Paulo Bonavides (2008), vêm defendendo a existência de uma quarta e quinta dimensão ou geração de direitos também alicerçados na defesa da dignidade da pessoa humana.

A evolução histórica desses direitos foi marcada por grandes revoluções sociais, políticas religiosas e econômicas. Os direitos fundamentais foram construídos ao longo dos anos, sendo resultado de

lutas entre poderes e contra poderes. Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que:

> Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (2004, p.9)

Em conformidade com ensinamentos de Nathália Masson (2016, p. 195), os direitos fundamentais possuem nove características básicas, sendo elas: (I) universalidade; (II) historicidade; (III) indivisibilidade; (IV) imprescritibilidade, inalienabilidade; (V) relatividade; (VI) inviolabilidade; (VII) complementariedade; (VIII) efetividade e, (IX) interdependência.

A universalidade dos direitos fundamentais indica a existência mínima de um rol de direitos inerentes a cada indivíduo independentemente da condição jurídica, visto que a mera condição de ser humano é suficiente para titularização. Já a característica de historicidade está relacionada à evolução histórica desses direitos, fazendo sentido somente se contextualizados em determinado período histórico.

A indivisibilidade diz que os direitos fundamentais formam um sistema harmônico e inseparável. Ainda, a característica de imprescritibilidade e inalienabilidade referem-se à impossibilidade de renúncia, compra e venda e doação desses direitos. Os direitos fundamentais não estão sujeitos à alienação e não podem prescrever.

A relatividade relaciona-se com a particularidade de nenhum direito ser absoluto ou prevalecer mediante conflito com outros direitos. Já a inviolabilidade é a impossibilidade de desrespeito a esses direitos, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

Ainda, os direitos fundamentais não podem ser interpretados isoladamente, é o que diz a característica de complementariedade. Além disso, a característica da efetividade diz respeito em como a atuação do poder público deve se pautar, inclusive por meios coercitivos, caso

se faça necessário. Por último, "a interdependência versa sobre as previsões constitucionais que se traduzem em direitos fundamentais". (MASSON, 2016, p.195)

Como visto anteriormente, a inegável relevância dos direitos fundamentais os faz objeto das principais discussões jurídicas no mundo. O artigo 5°, inciso XLI, da Constituição Federal, estabelece em seu texto o dever de proteção aos direitos fundamentais. Segundo Carlos Alexandre, "a alusão à segurança, como direito fundamental social, induz à ideia de o Estado ter não apenas a missão política, mas o dever jurídico geral de agir no plano social para proteger os indivíduos contra violação dos seus direitos fundamentais". (CAMPOS, 2019, p.86)

O dever de proteção contem em si a obrigação do Estado criar, mediante lei, condições e meios para efetivação dos direitos fundamentais na maior amplitude possível. A proteção desses direitos só poderá ser alcançada pela atuação adequada da correspondente norma constitucional.

É importante ressaltar que o Estado também ofende a Constituição quando deixa de atuar em prol dos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, Carlos Alexandre esclarece que:

> O dever de proteção dos direitos fundamentais compreende os deveres constitucionais de legislar ou de expedir normas regulamentares. Sem embargo, é assente, hoje, o papel do Estado de atuar positivamente, e não apenas negativamente, para proteger e promover direitos e objetivos fundamentais. O Estado ofende a Constituição não apenas quando "pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando o faz de modo insuficiente. Assim, a perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais impõe limites não apenas ao excesso de restrição estatal, mas também em face da omissão ou da ação insuficiente do Estado". O Estado também deve proteger os titulares de direitos fundamentais diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. (2019, p.81)

A falta de efetividade dos direitos fundamentais nem sempre decorrerá da falta de lei, ela também decorre da falta de coordenação entre o regulamento e a solidificação dos comandos legais, estabelecendo as falhas estruturais.

As falhas estruturais vinculam-se as deficiências no processo de formação e execução das políticas públicas, ocasionando graves e massivas violações de direitos.

> Graves e sistemáticas violações de direitos são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de desenho, implementação, avaliação e financiamento de políticas públicas. Essas falhas têm raízes em prolongadas omissões dos agentes e autoridades públicas correspondentes, na falta de medidas administrativas, legislativas ou orçamentárias voltas a superação dos problemas de direitos. (CAMPOS, 2019, p.97)

Assim, a violação de direitos ou a falta de proteção dos mesmos é resultado de deficiências legislativas bem como da discrepância entre o que foi estabelecido por lei e o que foi implementado como política pública.

Segundo Carlos Alexandre (2019), haverá omissão inconstitucional toda vez que a falta ou deficiência de políticas públicas motivarem a proteção insuficiente de direitos fundamentais.

No Brasil, a proteção das garantias e direitos fundamentais pelos poderes públicos está diretamente relacionada aos ideais que constituem o Estado Democrático de Direito.

O conceito de democracia surge na Grécia Antiga, onde os cidadãos atenienses exerciam poderes políticos decidindo o futuro da cidade-estado. A democracia pode ser definida, então, como um modelo de organização política onde todo poder emana do povo, tipificando um governo popular. (ZANETTI, 2013, p.35)

A Constituição Federal promulgada em outubro de 1988 deu início a um novo ciclo para a nação brasileira, construindo um conceito de uma sociedade livre e igual, estabelecendo que o regime democrático deveria mediar todas as relações jurídicas, afirmando-o como princípio fundamental da república.

O sistema democrático como governo popular deve proteger os direitos dos grupos vulneráveis, cujas opiniões também devem ser consideradas nas tomadas de decisões, garantindo-lhes igual efetividade de direitos.

Quanto mais democrático o ambiente político, maior será a previsão de existência dos direitos fundamentais. Destaca-se que, de nada adianta a previsão de existência de direitos se não houver meios de controle e de responsabilização em casos de violações.

> A pesquisa indicou, pois, ser este o principal elemento que permite a classificação de um governo como verdadeiramente democrático: a possibilidade de responsabilização de qualquer pessoa, física ou jurídica, de natureza privada ou pública, por eventual violação de direitos fundamentais e os principais instrumentos para tanto, em nível constitucional, são as garantias fundamentais. (VINCI, 2017, p.65)

Ante o exposto, chega-se à conclusão de que a democracia poderá ser fragilizada quando os direitos fundamentais inerentes a cada indivíduo forem ignorados, ou até mesmo quando o próprio Estado, que tem o dever de protegê-los, se omitir diante das graves violações, resultando em retrocesso na história do Estado Democrático de Direito.

3. Ativismo Judicial Dialógico

Como visto, diante do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, as cortes assumem para si a tarefa de agentes de transformação social, indo além do papel judicial tradicional. A interferência é notória no dever de legislar, nas políticas públicas e na alocação de recursos do Estado como forma de proteger os direitos fundamentais e sociais.

Em sua obra "Dimensões do Ativismo Judicial do STF" (2014), Carlos Alexandre descreve sobre cinco dimensões do ativismo judicial, sendo elas: (I) dimensão metodológica, (II) dimensão processual, (III) dimensão estrutural, (IV) dimensão de direitos e (V) dimensão antidialógica.

A dimensão metodológica diz sobre a forma de aplicação dos dispositivos constitucionais, expandindo ou reduzindo além ou aquém dos significados com sentidos mais imediatos. Carlos Alexandre explica essa dimensão através do "caso do nepotismo", onde a Corte utilizou dos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativa para configuração da norma.

> O Supremo tem aplicado princípios constitucionais para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário. Foi assim no "caso do nepotismo", paradigma dessa hipótese de ativismo metodológico. Esse caso foi definido em três atos: primeiro, em sede de ADC, a Corte validou a proibição do nepotismo quanto ao Judiciário; depois, em sede de recurso extraordinário, definiu poder a proibição abranger todos os poderes de governo e nos três níveis federativos; por último, o Supremo editou súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra da vedação de nepotismo e vinculando efetivamente o comportamento de todos os poderes da República. (CAMPOS, 2014, p.5)

Já a dimensão processual está intimamente ligada à autoamplificação dos poderes processuais de suas decisões. Como exemplo desta dimensão, o autor cita as súmulas vinculantes. O Supremo poderá aprovar súmulas cujo conteúdo normativo será de observância obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, desde que a súmula seja precedida de reiteradas decisões no mesmo sentido.

> Ocorre que, esses requisitos não têm sido sempre observados. Algumas súmulas vinculantes foram editadas sem reiteradas decisões anteriores e com conteúdo normativo que extrapola o decidido anteriormente. Ou seja, algumas súmulas têm servido para construções normativas totalmente inovadoras, o que representa o exercício de poder político pelo Supremo além da autorização constitucional. (CAMPOS, 2014, p.22)

A dimensão estrutural diz respeito à interferência incisiva do Tribunal nas funções dos outros poderes. Como exemplo dessa dimensão de ativismo, o autor cita o julgamento da ADI-MC 4.048/ DF, onde o Tribunal controla os critérios de urgência e relevância de medidas provisórias, interferindo, portanto, nas funções do Poder Executivo.

> Da mesma forma, é destacado o avanço de ativismo estrutural na postura mais rígida assumida pela Corte em controlar efetivamente os critérios de urgência e relevância das medidas provisórias. No mesmo paradigmático julgamento da ADI-MC 4.048/DF, o Supremo avançou o controle também sobre os requisitos constitucionais para edição de medidas provisórias. Nesse caso, a Corte considerou liminarmente inconstitucional a edição para abertura de créditos extraordinários do orçamento da União Federal por entender não estarem presentes os requisitos de imprevisibilidade e urgência das despesas a serem cobertas pelos créditos "abertos", tal como exigido pelo artigo 167, § 3°, da Constituição. (CAMPOS, 2014, p.24)

A dimensão de direitos é regida pela interferência do Poder Judiciário na tutela dos diretos fundamentais, podendo ser de dimensão negativa (de defesa) ou positiva (prestacional). Neste sentido, Carlos Alexandre exemplifica a atuação ativista do Supremo na proteção de direitos através da Lei 11.340/2206 (Lei Maria da Penha). A lei previa que os casos de agressão doméstica e familiar deveriam ser condicionados à representação da mulher ofendida, não sendo possível que o Estado atuasse com ações punitivas sem o consentimento da mulher.

> A maioria do Supremo considerou que deixar a ação penal condicionada à vontade da mulher nos casos de crime de lesão corporal representava *proteção insuficiente* da dignidade da ofendida e a desconsideração da desigualdade histórica de forças entre homens e mulheres. Como consta do voto do ministro Luiz Fux, "uma abordagem pós-positivista de nossa Carta Magna infere dos direitos fundamentais nela previstos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) impostos ao Estado", enquanto "o con-

> dicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade feminina". Significa dizer: para Fux e para a maioria da Corte, a lei penal, nesse ponto, promoveu uma **proteção insuficiente aos direitos de igualdade e dignidade da mulher.** Como apontado anteriormente neste mesmo capítulo, o Supremo "corrigiu" a Lei Maria da Penha, dando-lhe "interpretação conforme a Constituição" para determinar que nos crimes de lesão corporal, de qualquer espécie, a ação penal deve ser tida como incondicionada à representação da mulher ofendida. (CAMPOS, 2014, p.31)

Por fim, a dimensão antidialógica é a afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único exclusivo. Para Carlos Alexandre, o julgamento da ADI 2.797/DF serve como exemplo contundente de ativismo judicial antidialógico. No caso em tela, estava em jogo a pretensão do legislador ordinário, por meio da Lei 10.628/2002, de desafiar a interpretação anterior do Supremo sobre a extensão do foro especial por prerrogativa de função para depois do exercício da função Pública.

Neste julgamento, a maioria do Supremo negou à possibilidade da lei ordinária realizar interpretação contrária a interpretação anterior realizada pela Corte. Tal posicionamento indicou o Supremo Tribunal Federal como único intérprete da Constituição.

> A maioria da Corte não admitiu esse desafio, tendo julgada a lei inconstitucional por vício formal. O ministro Pertence, relator da ação, qualificou tal postura do legislador como sendo a de um "desconcerto institucional" e defendeu a inconstitucionalidade *formal* da lei, o que significa a absoluta falta de *autoridade política* do legislador infraconstitucional *para legislar* (!!!). Afirmou Sepúlveda Pertence que, além de fundamentos puramente dogmáticos, "razões de alta política institucional" são impostas à Corte para "repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental". Exercício legislativo

> dessa espécie, argumentou, deve ser encarado como pretensão de inverter a leitura da Constituição feita pelo órgão da jurisdição constitucional, usurpação do papel institucional da Corte de "guarda da Constituição". As razões do voto, mais do que colocarem o Supremo na condição de titular da palavra final sobre o que diz a Carta, promoveram-no ao *posto de único intérprete*. (CAMPOS, 2014, p.32)

É notório que o STF tem avançado em sua participação na vida pública e privada através da atuação ativista. Na concepção de Carlos Alexandre (2019), uma decisão pode ser ativista e, ainda assim, correta e legítima. Exceto quando se trata de um ativismo judicial em sua dimensão antidialógica.

A proposta da atuação conjunta é impedir que a interpretação constitucional seja encarada como uma tarefa exclusiva dos juízes e cortes, caracterizando assim a supremacia judicial.

> Trata-se de combater a visão convencional de que cabe à corte dar a "última palavra" ou ainda a "única palavra" sobre o que significam direta ou indiretamente as constituições e, consequentemente, sobre a melhor forma de proteger os direitos constitucionais. A corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas, não necessariamente, acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição dessa questão deve resultar de uma "construção coordenada" entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico. (CAMPOS, 2019, p.250)

O ativismo judicial estrutural nega à Suprema Corte ser autoridade final em decidir as questões constitucionais. A ideia de diálogo entre os poderes corresponde a uma garantia de equilíbrio entre constitucionalismo e democracia.

O ativismo judicial estrutural, decorrente da declaração do ECI, poderá ser considerado legítimo se permitir o diálogo entre os poderes. Deve haver uma preocupação em elaborar bases normativas que favoreçam a atuação conjunta dos três poderes.

Cabe ressaltar, no entanto, que a atuação do Poder Judiciário não tem por intuito anular os demais poderes no exercício de suas funções típicas. Deve, contudo, convocar os demais poderes ao diálogo para que as ações necessárias para a superação dos quadros de inconstitucionalidade sejam discutidas.

> O diálogo entre os representantes dos poderes estatais e os cidadãos em busca dos significados da Constituição, almejado pelo constitucionalismo democrático, não se harmoniza com a tradicional supremacia judicial, ou seja, não se concretiza em meio a situações em que as distintas partes não se encontrem em posição de igualdade, estando uma delas, na verdade, em um lugar de dominação. (KOZICKI; SCHNEIDER, 2018, p.176)

Tem-se, portanto, que o ativismo estrutural dialógico corresponde à interferência legítima do Poder do Judiciário, em atividades inerentes aos outros Poderes, excedendo suas funções típicas, constitucionalmente elencadas.

O objetivo do ativismo estrutural dialógico é a reparação de falhas na estrutura social ocasionada por ausência de políticas públicas ou decorrente de sua aplicação deficiente, com o intuito de sanar as violações de direitos fundamentais.

A problemática presente no sistema carcerário brasileiro deixa explícito a existência de falhas estruturais, e em razão da complexidade dos direitos violados, o STF assume a função de proteção dos direitos fundamentais através de "remédios estruturais" que objetivam a reformulação e execução de políticas públicas.

A atuação do Supremo Tribunal frente ao reconhecimento do ECI no sistema carcerário brasileiro, portanto, vai além de procurar superar as deficiências e inércias estruturais, mas pretende dar tangibilidade aos direitos fundamentais.

Dentro da inércia e dos litígios estruturais, o Supremo atuará para conter os bloqueios políticos institucionais, promovendo o diálogo e a cooperação entre os poderes.

Os bloqueios políticos institucionais se caracterizam pela falta de iniciativa por parte dos poderes públicos para solucionar a violação

massiva de direitos fundamentais dos presos, por se tratar de uma minoria menosprezada e sem representação política.

No dispositivo da ADPF 347 (2015), o STF determina que:

> **Decisão:** O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea "b", para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea "h", por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas " a", "c" e "d", vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea " e", vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea " f"; em relação à alínea " g", por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria,

> deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015.

Na decisão do caso em tela, pode-se verificar a postura do Supremo Tribunal Federal na tentativa de retirar os poderes da inércia e de coordenar a atuação conjunta, através de determinação aos órgãos competentes, a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam observados.

Assim, o ativismo judicial decorrente do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional tem a pretensão de efetivar a comunicação entre os poderes públicos a fim de garantir direitos fundamentais de grupos sociais desprezados, não caracterizando ilegitimidade na atuação do Supremo Tribunal Federal. O ativismo realmente dialógico tem a capacidade de ser eficaz na superação dos quadros de inconstitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais são entendidos como riqueza maior do ser humano, e, portanto, compõem a base da Constituição Federal brasileira, estando sua efetividade e a proteção dependentes de ações positivas das autoridades públicas.

Observa-se que quando os direitos fundamentais a cada indivíduo forem gravemente violados, ou até mesmo desprezados pela ação ou omissão do poder público, a democracia corre o risco de ser fragilizada, causando assim o declínio do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que, mesmo com a existência de flexibilização na teoria de separação dos poderes, o Poder Judiciário deve ter cautela para que sua atuação ativista não incida em supremacia judicial. Em nenhu-

ma hipótese de solução para superação dos quadros de inconstitucionalidade a Corte poderá ser a autoridade final em decidir.

Para tanto, defende-se a legitimidade do ativismo judicial estrutural dialógico, onde existe a atuação coordenada dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em um processo de diálogo.

Ante o exposto, defende-se não ser possível a superação dos quadros de inconstitucionalidade por meios de remédios constitucionais tradicionais. O ativismo judicial estrutural dialógico é legítimo na defesa e na efetividade dos direitos fundamentais no estado de coisas inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Distrito Federal, 27 de agosto de 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucion**al. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença SU-559**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 12 mar. 20.

KOZICKI, Katya; SCHNEIDER, Bianca Maruszczack. **A ADPF 347 e o "Estado de Coisas Inconstitucional":** ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/

media/art%206%20direito%2053.pdf. Acesso em: 19 de maio de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

VINCI, Luciana Vieira Dallaqua. **A relação entre democracia e direitos e garantias fundamentais**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20483/2/Luciana%20Vieira%20Dallaqua%20Vinci.pdf > Acesso em 02 de maio de 2020.

ZANETTI, Bruno Marco. **Democracia.** Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/democracia_-_artigo_-_bruno_marco_zanetti.pdf> Acesso em 02 de maio de 2020.

A FAMÍLIA POLIAFETIVA: REALIDADE SOCIAL OU FICÇÃO?

Ricardo Almeida Arcoverde
Ailma Cavalcanti Almeida
Nicole Leite Morais

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretende-se demonstrar que as famílias poliafetivas estão inseridas no conceito de família moderna, conforme a Constituição Cidadã, sendo uma realidade social e que necessita de tutela urgente por parte do Estado.

Diante da verificação de que o papel dos operadores do direito, ao lidar com os conflitos familiares, não tem se limitado ao contido no texto legal, vez que as relações familiares estão em constante mudança, assim, trava-se uma verdadeira batalha no Judiciário, através de litígios que exigem soluções rápidas e justas, e não se enquadram no modelo uniforme engessado na lei. Neste trabalho, buscou-se compreender a noção de família, enfatizando-se as mutações sofridas pela sociedade e que a maneira de se relacionar também se modifica com o passar das épocas.

A partir da constatação de tais mudanças, é preciso concretizar o que ocorre na sociedade com a finalidade de preservar a dignidade da pessoa humana de todos os indivíduos.

Novas configurações de família surgem na contemporaneidade, em especial, a denominada família poliafetiva – quando mais de duas

pessoas se relacionam entre si, todas em comum acordo. A partir da Constituição Federal de 1988, a afetividade é vista como princípio constitucional basilar para os que têm interesse de constituir família. A partir daí, outras entidades familiares foram estabelecidas, não permanecendo à margem do direito.

Interessante anotar que a Constituição de 1988 consagra os princípios constitucionais, que passaram a compor uma base de valores para as decisões. Neste novo contexto formado, e também como consequência dele, uma série de decisões inimagináveis outrora, passaram a compor o nosso arcabouço de julgados, como o reconhecimento da família homoafetiva.

A partir desta nova compreensão acerca dos laços afetivos, as decisões não devem mais desprezar a afetividade. Em sendo assim, a família patriarcal foi substituída por outras formas de constituir família. E, consequentemente, o conceito de família sofreu ajustes, voltando-se à busca da realização plena de seus membros, caracterizada pelo afeto recíproco entre eles.

O sistema judiciário brasileiro tem sido agravado por recentes decisões, que modifica a tradicional concepção do conceito de família. No ano de 2012, foi lavrada uma escritura de união estável poliafetiva, na cidade de Tupã, em São Paulo, reconhecendo-se a união estável entre os companheiros. Outros cartórios também seguiu a mesma temática. Sem dúvida, essas escrituras demonstram de forma cristalina, que as atuais famílias já não mais obedecem aos modelos tradicionalmente impostos, sendo necessário que o Direito aprenda a tutelá-las da forma mais justa possível.

De fato, deve o caminhar do Direito seguir as pistas da sociedade, sob pena de tornar-se obsoleto, e de nenhuma serventia à mesma. Já não há mais espaço para o conservadorismo e formalismo, que vigeu por tanto tempo em nosso ordenamento jurídico. Deve a legislação, portanto, acompanhar as mudanças da família, com destaque no afeto, e na busca pela Justiça, objetivo final de nosso Estado Democrático de Direito.

Tendo em vista que muitos dos litígios que chegam ao Judiciário não contam com uma previsão legal clara, muitos acabam caindo nas chamadas "brechas da lei", não sendo tratados de maneira uniforme pelos

operadores de direito, dando ensejo a uma série de injustiças que variam conforme a linha de cada magistrado. Diante desta realidade, marcada fortemente pela pluralidade, do ponto de vista dos arranjos familiares, e das diversas decisões que se é nos dada, buscamos os princípios fundamentais de nosso Estado de Direito, em especial, a afetividade, vez que é o principal fator para a formação da família contemporânea.

1. Conceito de família e os princípios norteadores

A família continua sendo uma das instituições mais importantes, e, por isso, é base da sociedade e merecedora de proteção do Estado. As mudanças sociais acarretam visíveis transmutações no conceito de família. Apresentar-se-ão alguns conceitos iniciais sem apuradas observações, apenas para clarear e especificar as transformações na sua concepção.

Entende-se família como sendo:

> Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritivamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. (BEVILACQUA, 2007, p. 16).

A definição trazida por Clóvis Bevilácqua já não retrata a realidade das famílias contemporâneas.

A evolução e a mudança que caracterizam de modo significativo o mundo atual não exclui a família. A descrição da concepção de família sofreu várias inovações durante as épocas.

Mas o que vem a ser família hoje? O agrupamento poliafetivo pode receber a denominação de família? A poliafetividade é uma realidade social?

É certo que a noção de família foi ampliada. A afetividade, como princípio norteador na atualidade, tem primazia sobre a consanguinidade.

> A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art.

> 1º, consagra em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, *s.d*).

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), de logo, já demonstra sua vital importância à coletividade, sendo primordial nas constituições das famílias a preservação deste princípio. O ser humano é o centro e o fim do Direito:

> Os direitos humanos são o único baluarte que partilhamos comumente contra esses males. Ainda devemos aperfeiçoar continuamente a versão dos direitos humanos do século XVIII, para se assegurar que o "Humanos" na Declaração Universal dos Direitos Humanos elimine todas as ambiguidades do "homem" nos "direitos do homem" . A cascata de direitos continua, embora sempre com um grande conflito sobre como ela deve fluir: o direito de uma mulher a escolher *versus* o direito de um feto a viver, o direito de morrer com dignidade *versus* o direito absoluto à vida, os direitos dos inválidos, os direitos dos homossexuais, os direitos das crianças, os direitos dos animais — os argumentos não terminaram, nem vão terminar. (EICHENBER; HUNT, 2009, p. 2014/2015).

A Carta Magna acentua que todos são iguais perante a lei. A igualdade indica "que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza." (COMPARATO, 2010, p. 21).

A luta pela igualdade entre os humanos é também a luta pelo fim das discriminações.

> Garantir a dignidade humana passa necessariamente por reconhecer a igualdade entre todos os seres humanos, de modo que nenhuma categoria possa afirmar-se superior às demais, evitando a discriminação de qualquer natureza. (...) garantir os direitos e liberdades sem absolutamente nenhuma forma de discriminação, como por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião,

> opiniões política ou de qualquer outra natureza, origem social ou nacional, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (MACIEL, 2012, p. 163).

Não há cidadania quando direitos são desrespeitados. Dessa forma, não se reconhecendo a família poliafetiva, consequentemente, os direitos inerentes a toda conjuntura familiar também lhes são negados. O ser humano necessita, primeiramente, do direito a ter direitos:

> O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação pública. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão, para ela, o primeiro direito humano, do qual deriva todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece. (LAFER, 1998, p.166).

A liberdade é mais um princípio explícito na Carta Cidadã, sendo o estado no qual se supõe estar livre de limitações ou coação, sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com princípios éticos e legais cristalizados dentro da sociedade. Portanto, a liberdade de constituir família deve ser respeitada e tutelado pelo Estado.

Menciona-se também o princípio da afetividade (que será tratado especificamente em outro tópico), que tem um peso substancial na elaboração do conceito de família moderna.

É certo que a afetividade possui valor jurídico merecedor da tutela do Direito:

> (...) o reconhecimento da afetividade como valor jurídico representa um avanço da ciência jurídica, que com isso reconhece a complexidade dos seres humanos e se põe em linha com o pensamento complexo, que é uma das marcas da Pós Modernidade. (SANTOS, 2011, p. 106).

É nesse contexto, e como forma de sanar parte da irregularidade e brechas da lei, que o princípio da afetividade emerge de forma concreta, com o escopo de fundamentar as decisões que necessitam de previsão legal, posicionando a humanidade e o afeto em plano superior a letra fria da lei.

2. O poliamor enquanto entidade familiar

Primeiramente, vale dizer que o poliamor "é um nome dado à possibilidade de estabelecer mais de uma relação amorosa ao mesmo tempo com a concordância de todos os envolvidos" (GOLDENBERG, PILÃO, 2012, p. 62).

É perceptível que os juristas, até o século passado, confundiam o conceito de família com o de casamento. Em verdade, até mesmo no limiar deste terceiro milênio, é possível verificar a resistência de muitos doutrinadores em aderir a novos conceitos de família, sendo um equívoco pensá-la dentro do conceito estrito do casamento. As mudanças, contudo, já podem ser verificadas, à medida que novas entidades familiares se formam, sendo criadas e recriadas pela própria sociedade, obrigando o Direito contemplá-las e protegê-las.

Sabe-se que o conceito de família sofre severas transformações com o passar do tempo, demarcando tendências ora mais amplas, ora mais restritas. Para o Direito brasileiro, a ideia de família sempre foi a de que ela é constituída por pais e filhos unidos a partir de um casamento e regulado pelo Estado. Todavia, a Constituição de 1988 ampliou esse conceito e reconhece "como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", bem como a união estável entre o homem e a mulher. A partir desta nova e última definição, houve substancial mudança no que se tem como família, porque não a limitou à entidade constituída tão-somente pelo casamento. (PEREIRA, 1997, p. 30).

Maria Berenice Dias esclarece essa mutação no conceito de família de forma elucidativa:

> O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui

> mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação. (2011, p. 41).

Os lações afetivos tornam-se indispensáveis à constituição de família. Hoje, a família não provém unicamente do casamento tradicional. Essas transformações são advindas da evolução humana ou da mudança no meio social. O modo de pensar das pessoas se modifica e tudo ao redor também ganha novas características. Mais do que nunca, busca-se a realização pessoal, onde a felicidade é requisito de importância fundamental aos encontros entre as pessoas que desejam formar núcleos familiares.

Assevere-se que se família poliafetiva cumpre os requisitos da união estável (convivência pública, duradoura e contínua), deve ser enquadrada como entidade familiar, como ocorreu ao se reconhecer a família homoafetiva.

Dessa forma, mesmo que o poliamor esteja, ainda, inserido no cenário do desconhecido pela ordem jurídica, o fato é que é uma realidade social, assim como um dia foram outras entidades familiares que agora são tuteladas. É indispensável que a formação de famílias diferentes das tradicionais sejam aceitas e respeitadas, só assim a dignidade da pessoa humana não será violada.

3. Família poliafetiva: divergências de posicionamentos

A Constituição Federal de 1998 regulamentou a união estável entre duas pessoas. Assim sendo, por exclusão, a Norma Maior já estaria excluindo a união entre mais de duas pessoas? A poliafetividade seria crime de bigamia/poligamia? Mas, por outro lado, se esse agrupamento de pessoas coexistirem com a intenção de constituir

família, onde o afeto está presente, como da mesma forma o assistencialismo entre os envolvidos, não poderiam ser inseridos no conceito moderno de família?

> (...) se a bigamia é proibida (e inclusive constitui crime) e, portanto, se não é possível o reconhecimento da família conjugal matrimonializada entre mais de duas pessoas, também não o seria o da família conjugal não-matrimonializada polígama/poliafetiva. Parece-nos que o argumento seria decorrente de interpretação lógica – pela lógica da proibição legal à bigamia, a poligamia e a união estável polígama//poliafetiva também estaria proibida. (VERCCHIATTI, s.d.).

Na mesma linha de raciocínio, só que inversamente, Maria Berenice Dias enfatiza:

> Pretender elevar a monogamia ao *status* de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um, ou pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. (2007, p. 59).

Diante dos casos concretos que ingressaram nos cartórios, pleiteando decisões justas, efervescentes são as discussões doutrinárias a respeito da Teoria do Poliamor, a qual consente a existência de duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

> Cabe questionar o que fazer diante do vínculo de convivência constituído independente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua e duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe existência, sob o funda-

> mento da ausência de objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. (DIAS, 2007, p. 164).

Há divergências de posicionamentos. Uns fundamentam sob a ótica da prática de crime de bigamia, já que a relação é formada por mais de duas pessoas, e outros entendem que mais grave é não resguardar os direitos desse novo arranjo familiar.

Enfatize-se que alguns cartórios confeccionaram registros reconhecendo a família poliafetiva, mesmo depois o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibindo, mas tal reconhecimento, por si só, já comprova que a poliafetividade é uma realidade social, tendo os cartórios apenas reconhecido o que de fato já existe na sociedade.

Alguns comentários serão feitos sobre a ação desempenhada pelos cartórios e depois a proibição por parte do CNJ.

O primeiro caso de reconhecimento da união estável poliafetiva foi em Tupã, São Paulo, no ano de 2012, sendo um homem com duas mulheres. Em 2015, foi a vez do Rio de Janeiro, Barra da Tijuca, reconhecendo-se a relação poliafetiva entre três mulheres. A união estável entre elas foi embasa no princípio da dignidade da pessoa humana. Há notícia de outros casos. Então, enfatize-se que é um assunto merecedor de atenção, porque envolve pessoas desprotegidas juridicamente. (VECCHIATTI, s.d.).

Essas famílias já mantinham relação duradoura, pública e contínua, sedimentada no afeto, isto é, uma união estável de fato. Os cartórios não estão criando famílias poliafetivas, o que ocorre é o inverso, as famílias poliamorosas existem e é feito somente o documento atestador. O reconhecimento em cartório serve para confirmar que as pessoas envolvidas constituem família, assim como no reconhecimento de qualquer união estável.

Contudo, a associação de direito da família e das Sucessões (ADFAS) requereu que o Conselho Nacional de Justiça não permitisse a lavratura de escrituras públicas pelos cartórios das uniões poliafetivas. E, no ano de 2016, houve recomendação do CNJ para que não fossem lavradas novas escrituras até posicionamento sobre o tema, não

se resguardando, assim, os direitos das famílias advindas do poliamor (realidade social).

A recomendação do CNJ para não se confeccionar registros que reconheçam a família poliafetiva, não muda a realidade, apenas causa mais sofrimento às relações poliamorosas, pois o direito da liberdade de constituir família é negado aos envolvidos.

4. A afetividade *versus* a família poliafetiva

A tendência contemporânea reside em enxergar a família sob a ótica das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios para regulação de seus direitos. Dá-se a esse fenômeno o nome de "repersonalização". A dignidade humana passa a residir na pessoa, e não no patrimônio que a integra. (LÔBO, *s.d*).

Uma vez superada a função tradicional da família, a afetividade ganhou importância máxima. A comunhão de afeto passou a ser, portanto, incompatível com o modelo único, matrimonializado, que perdurou de 1824 até 1988 no Brasil. O modelo familiar que antes era rigidamente fixado foi aos poucos sendo superado. A afetividade, antes estudada e aprofundada apenas pelos cientistas sociais, educadores, psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. (LÔBO, *s.d*).

O surgimento da família poliafetiva, mais especificamente, a partir da Carta Cidadã, marca a valorização da pessoa humana, e não apenas valoriza as relações procracionais. A realização da dignidade da pessoa humana, no que se refere às relações familiares, está pautada, agora, na afetividade e por isso a desburocratização também é mandamento fundamental para a constituição de arranjos familiares

A afetividade serve de embasamento para a formação de outras entidades familiares distintas da família dita tradicional. O reconhecimento da poliafetividade, enquanto arranjo familiar, mostra-se necessário e urgente, até mesmo devido à afetividade ter valor jurídico merecedor de proteção.

> (...) o reconhecimento da afetividade como valor jurídico representa um avanço da ciência jurídica, que com isso reconhece

> a complexidade dos seres humanos e se põe em linha com o pensamento complexo, que é uma das marcas da Pós Modernidade. (SANTOS, 2011, p. 106).

Ao mesmo tempo em que a afetividade passou a receber maior atenção, forçando os juristas a aprender a lidar com esta nova corrente, surgiram novas formas de relacionamentos afetivos, que tem se apresentado de variadas formas. Famílias constituídas por apenas um dos pais e seus filhos, relacionamentos homoafetivos com a presença de filhos, famílias recompostas, e famílias poliafetivas, já abrem espaço e inovam em nossa sociedade. A passos lentos, o Direito foi se dando conta da precariedade de seus recursos, obrigando, sobretudo aos doutrinadores, juristas, operadores de direito, a debruçar-se sobre estas novas formas de família, objetivando encontrar a solução mais justa ao caso em concreto. (SANTOS, 2011, p. 107).

Aos poucos, a legislação se modifica, e a jurisprudência tem se empenhado em consolidar esses novos avanços que se fazem sentir em toda a sociedade.

A pós-modernidade apresenta relações humanas com peculiaridades. Cabe ao ordenamento jurídico, com o auxílio do operador de direito, apresentar respostas rápidas e eficazes a cada caso em concreto, evitando possíveis injustiças. E é nesse contexto que as relações poliafetivas começam a ganhar força enquanto família.

5. Família poliafetiva: tutela com base no afeto e na união estável

O afeto foi elevado à categoria de princípio, devido à sua importância na sociedade contemporânea. É apontado como principal fundamento das relações familiares, decorrente da dignidade humana. Ascendeu a um novo patamar no Direito de Família. A família, outrora descrita como matrimonializada, hierarquizada, desapareceu, surgindo em seu lugar, a família compreendida por laços afetivos. (PEREIRA, 2005, p. 182).

Paulo Luiz Neto Lôbo (*s.d*) ilumina a questão da seguinte forma:

> Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Nas relações poliafetivas, assim como em outros tipos de entidade familiar, o que interessa é a intenção de formar família. Portanto, se não há legislação que normatize todas as situações, o Judiciário precisa, através dos mais variados mecanismos, resguardar os direitos de todos. E caso sejam comprovados que os requisitos da união estável (relação pública, contínua e duradoura, além do afeto) estejam presentes nesses novos arranjos familiares, não há motivo para o não reconhecimento enquanto união estável, por óbvio.

> Cabe questionar o que fazer diante de vínculo de convivência constituído independente da proibição legal, e que persistiu por muitos anos, de forma pública, contínua e duradoura e, muitas vezes, com filhos. Negar-lhe existência, sob o fundamento da ausência de objetivo de constituir família em face do impedimento, é atitude meramente punitiva a quem mantém relacionamentos afastados do referendo estatal. (DIAS, 2007, p. 164).

As opiniões doutrinárias e mesmo no Judiciário são divergentes. Inegável que vínculos plúrimos sempre existiram nas famílias. Se antes esses diferentes tipos de famílias ficavam relegados à marginalização, hoje, devem ser reconhecidos com base nos requisitos da união estável e no afeto, salvaguardando os direitos humanos de cada indivíduo.

6. A poliafetividade e o consenso dos envolvidos para sua caracterização

Nos vários conceitos da poliafetividade há um eixo comum: os envolvidos consentem viver a relação poliamorosa.

O poliamor tem muito a ver com a liberdade de constituir família, escolher parceiro(a)(s) sem quaisquer interferências. É impossível impedir que novos arranjos familiares surjam, sendo livre o ser humano.

> O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2011, p. 69).

A família tradicional não desapareceu, mas outras famílias distintas surgiram. O poliamor não é ficção, é uma realidade, porque há pessoas vivendo esses amores plurais, mantendo a convivência pública, contínua, duradoura e com muita afetividade entre si. Negar sua proteção é afrontar a Carta Cidadã.

É relevante que todos sejam tratados de forma igual, sem discriminação. Nessa linha de raciocínio, equiparar a família poliafetiva a qualquer outro tipo de familiar é o mais indicado. A legalidade precisa ser ampla, não excludente.

Destaque-se que os tribunais já reconheceram outros arranjos familiares que outrora não eram aceitos no âmbito jurídico, como a família homoafetiva. Assim também, não há mais razões para que a família poliafetiva permaneça à margem da proteção estatal.

O Sistema Jurídico não serve para consolidar discriminações. Então, se duas pessoas, sejam do sexo oposto ou sejam do mesmo sexo têm a liberdade de formarem família, por que mais de duas pessoas não podem ter o mesmo objetivo? Apenas pelo fato de não viverem uma relação monogâmica?

A monogamia não deve ser considerada princípio absoluto que rege as relações amorosas. Outros tipos de famílias surgem e não acreditam na monogamia, então a função do Estado é resguardar o ser humano, não mitigando a liberdade de constituir família.

A ideia da família poliamorosa não tem a ver com desrespeito ao parceiro. Todos estão de acordo com as relações múltiplas, todos têm ciência e aceitam essa maneira de amar. O poliamor não tem o objetivo de aniquilar a monogamia. Os relacionamentos entre duas pessoas podem e devem continuar, porém, negar as relações poliafetivas é, no mínimo, irresponsabilidade, porque se trata de fato social.

Vale destacar que a poliafetividade é uma relação tão séria como as demais.

> No poliamor uma pessoa pode amar seu parceiro fixo e amar também as pessoas com quem tem relacionamentos extraconjugais, ou até mesmo ter relacionamentos amorosos múltiplos em que há sentimento de amor recíproco entre todos os envolvidos. Os poliamoristas argumentam que não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas, sim, de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente. O poliamor pressupõe uma total honestidade no seio da relação. Não se trata de enganar nem de magoar ninguém. Tem como princípio que todas as pessoas envolvidas estão a par da situação e se sentem à vontade com ela. A ideia principal é admitir essa variedade de sentimentos que se desenvolvem em relação a várias pessoas, e que vão além da mera relação sexual. O poliamor aceita como fato evidente que todos têm sentimentos em relação a outras pessoas que as rodeiam. Como nenhuma relação está posta em causa pela mera existência de outra, mas, sim, pela sua própria capacidade de se manter ou não, os adeptos garantem que o ciúme não tem lugar nesse tipo de relação. Não é o mesmo que uma relação aberta, que implica sexo casual fora do casamento, nem na infidelidade, que é secreta e sinônimo de desonestidade. O poliamor é baseado mais no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, estejam estes num casamento, num ménage à trois, ou no caso de uma pessoa solteira com vários relacionamentos. Pode ser visto como incapacidade ou falta de vontade de estabelecer relações com uma única pessoa, mas os poliamantes se sentem

> bastante capazes de assumir vários compromissos, da mesma forma que um pai tem com seus filhos (LINS, 2007, p. 401).

É fundamental a compreensão de que há várias formas de se relacionar e a relação poliafetiva é somente mais uma, assim como acontece com as ralações monogâmicas tradicionais.

Toda a reflexão sobre a família poliafetiva surge no âmbito jurídico devido ao não reconhecimento dos seus direitos enquanto família.

Embora ainda se negue a poliafetividade enquanto família, enquadrando-a no que se entende como relações poligâmicas e ilegais, sabe-se que tudo isso é apenas uma questão de tempo, assim como foi para o reconhecimento da família homoafetiva (STF, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF e ADPF).

As relações poliamorosas, assim como as monogâmicas, também é um estilo de vida. Não há superioridade entre os diferentes tipos de relações.

Dessa forma, diz-se que a família hoje pode ser plural, não existindo somente o modelo tradicional. O respeito às escolhas de cada indivíduo se faz fundamental para construir uma sociedade mais justa. Então, a dignidade da pessoa humana é resguardada quando as relações familiares não se sobrepõem umas às outras.

Logo, se os poliamoristas estiverem de boa-fé entre si e objetivam, em consenso, constituir família, não há motivos para interferir nessa decisão particular. Pelo contrário, o Estado deve proteger todo tipo de entidade familiar. Assim, verificando-se os requisitos da união estável e estando presente a afetividade entre os envolvidos, o reconhecimento da família poliafetividade se faz necessário. É importante manter a felicidade ao alcance de todos, protegendo os direitos humanos das pessoas.

CONCLUSÃO

Família é o local em que se é permitido construir vínculos biológicos, afetivos, solidários, entre seus membros. Do ponto de vista social, é onde se permite estruturar-se as relações de afeto entre os envolvidos, dando origem a uma série de consequências jurídicas.

A sociedade muda com as épocas. Outras formas de constituir família surgem e o Direito precisa acompanhar as transformações ocorridas no meio social para salvaguardar os direitos de todos. É preciso reconhecer que o conceito de família já não engloba apenas a família tradicional, devendo ser analisado de forma ampla.

Reconhece-se que, na atualidade, a família deixou de ser considerada aquela advinda tão-somente da procriação. É desta nova compreensão que se originaram plúrimas entidades familiares, que passaram a ser reconhecidas pelo Direito e pela sociedade, e que extrapolam e muito, o rol enunciativo disposto na Constituição Federal, como é o caso da família poliafetiva.

A família poliafetiva é uma realidade concreta na sociedade, não se tratando de ficção. Assim, não deve continuar à margem do legal.

Da mesma forma que houve o reconhecimento das famílias homoafetivas, também deve haver para as poliafaetivas através dos requisitos da união estável.

A afetividade é principio norteador para as relações amorosas, e não deve ser diferente aos poliamoristas. Muito mais grave é não tutelar as relações daqueles que se amam, sob a fundamentação de que cometem crime por não serem monogâmicos. A liberdade de cada um deve se manter intacta também no momento da construção da família. Ser monogâmico é escolha, assim como viver uma relação poliamorosa.

Constatou-se, no estudo, que há divergências de posicionamentos entre os que aceitam e os que não aceitam a família poliafetiva. O que não pode negar é esse tipo de família que carece de tutela estatal.

A proteção dessa nova entidade familiar, por ausência de legislação, é feita utilizando-se dos princípios agasalhados pela Constituição Cidadã, especialmente, o princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

A propósito, o trabalho dos magistrados no reconhecimento da família poliafetiva, buscando os princípios constitucionais para respaldar as suas decisões, será de importância singular para se alcançar o justo para a sociedade, já que não existe legislação específica sobre o assunto. É preciso criar mecanismos que tutelem os direitos humanos dessa minoria.

Impende destacar, que a legislação será sempre insuficiente face às mudanças constantes da sociedade, devendo o nosso Direito se dedicar à adoção de uma hermenêutica voltada para a defesa dos princípios constitucionais e, como especificado, que o Judiciário possa encontrar formas de não marginalizar esses novos arranjos familiares.

Conclui-se, portanto, que não é mais coerente ignorar a família poliafetiva, deixando-a à margem de soluções jurídicas justas. Necessário se faz, adentrar-se em cada caso concreto que se apresenta, e perceber as novas possibilidades de se constituir famílias, e com a consciência de que o mais importante é a justiça das decisões, em prol do interesse maior da sociedade.

Dessa forma, assegura-se que a família poliafetiva não é uma ficção, e a partir disso se faz urgente resguardar os direitos dos envolvidos, seja através de legislação específica, seja através de reconhecimento, pelos magistrados, embasado nos princípios constitucionais, seja através da verificação dos requisitos da união estável e assim também entender que os poliamoristas podem ser enquadrados na união estável. O mais importante é que os entes formadores da família poliafetiva tenham seus direitos garantidos, preservando-se a dignidade da pessoa humana e a liberdade de se constituir família.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17/06/2020.

BRASIL. STF, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF e ADPF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931 . acesso em:17/06/2020.

BEVILACQUA, Clóvis. **Direito de Família.** São Paulo, Servanda, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 8º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____ **Manual de Direito das Famílias**, 4ª edição, São Paulo: Editora RT, 2007.

_____ **As famílias e seus direitos**. Disponível em: site http://www.mariaberenice.com.br/uploads/14_-_as_fam%EDlias_e_seus_direitos.pdf. Acesso em 17/06//2020.

EICHENBERG, Rosaura; HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

GOLDENBERG, Mirian; PILÃO, Antonio Cerdeira. **Poliamor e monogamia**: construindo diferenças e hierarquias. Revista Ártemis. v. 13. p. 62-71. jan./jul. 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 1998.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito de amor e sexo.** Novas tendências. Ed. rev. e ampliada. - Rio de Janeiro: BestS eller, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011. 4ª edição.

_____ **Princípio Jurídico da Afetividade**. Acesso em: h/ttp://jus.com.br/revista/texto/527/principio-juridico-da-afetividade--na-filiacao. Acesso em: 17/06/2020.

_____ **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: **para além do numerus clausus.** Acesso em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 17/06/2020.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Direitos Humanos**: proteção e promoção. Ações afirmativas e os direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família:** Uma abordagem psicanalítica. 2º ed. Ver. E atualizada- Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. **A Tutela Jurídica da Afetividade:** Os laços humanos como Valor Jurídico da Pós-modernidade. Curitiba: Juruá: 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto. Artigo**: União estável poliafetiva:** breves considerações acerca de sua constitucionalidade**.** Disponível em: http://jus.com.br/artigos/22830/uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade#ixzz2d5TcFLSZ. Acesso em 17/06/2020.

A FLEXIBILIZAÇÃO E AS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Laila da Silva Camilo
Carla Veloso

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho brasileiro é conhecido pela forma protetiva que trata os empregados. Há dois diplomas que versam sobre direitos trabalhistas, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada em 1943, que criou direitos e a Constituição Federal, promulgada em 1988, que elevou alguns desses direitos à garantias fundamentais.

Ocorre que, em 2017, com a edição da Lei 13.467/17, conhecida como Reforma Trabalhista, ocorreram diversas mudanças na CLT como teletrabalho e o trabalho intermitente, e, com a legislação "modernizada" pós reforma, o Brasil (e o mundo) tem sofrido com a tecnologia no âmbito trabalhista. A chamada "uberização" surgiu como uma forma de garantir autonomia ao trabalhador mas tem se mostrado, na realidade, como ferramenta de precarização das relações de trabalho.

A legislação brasileira não ampara ainda esta categoria de trabalhadores e a jurisprudência tem divergido acerca do vínculo empregatício. Fica, assim, fragilizada a segurança jurídica e precarizadas, ainda mais, algumas relações. Por quais caminhos seriam possíveis a proteção ao trabalhador e a garantia da segurança jurídica em meio à tanta modernidade?

Tendo em vista a problemática, a presente pesquisa tem o intuito de obter maiores informações sobre o processo de "uberização" no Brasil e no mundo, abordando a relação de trabalho, suas características e a precarização que vem ocorrendo. Além disso, objetiva-se analisaro entendimento doutrinário brasileiro e internacional e como seria possível assimilar tais mudanças sendo capaz de proteger o empregado, garantido-lhe direitos mínimos e dignidade.

Mesmo com legislações protetivas como a CLT e a Constituição Federal, as pessoas que trabalham para "Uber" ou nessa forma de contratação para outros aplicativos, por não se enquadrarem ainda como empregados, de forma oficial, ficam desamparados, dependendo de decisões judiciais que ratifiquem que esses trabalhadores têm sim direitos e que devem ter algum tipo de proteção. É a dependência dessas decisões judiciais que tem causado insegurança jurídica.

A grande motivação dessa pesquisa surgiu com as inúmeras notícias que apareceram recentemente quanto às jornadas exaustivas que esses motoristas têm; quão desgastante tem sido ter que dirigir por, muitas vezes, mais de dez horas em um único dia, não ter amparo legal e proteção alguma em troca de uma suposta autonomia que, na prática, pelo princípio da primazia da realidade, que rege o Direito do Trabalho, poderiam ser considerados empregados e deveriam ter proteção.

Quanto à metodologia, esta pesquisa será uma pesquisa exploratória, em que se utilizará como técnica a pesquisa bibliográfica.

O presente trabalho foi desmembrado com a uma abordagem acerca da globalização e seus efeitos no mercado de trabalho, bem como a violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

DESENVOLVIMENTO:

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO MERCADO DE TRABALHO

A globalização pode ser definida como o fenômeno de expansão dos países, tanto na esfera econômica quanto na cultural e na política, em nível global.

De acordo com o intelectual Milton Santos, não ocorreu apenas 1 (uma) globalização. A primeira ocorreu na época das grandes colonizações, das viagens de "descobrimento". Os territórios "conquistados" não estavam, na verdade, desocupados, eram habitados com seus povos, culturas e idiomas nativos. Estima-se que, em apenas um século, mais de 80% (oitenta por cento) dos povos pré-colombianos foram exterminados após a chegada de Colombo nas Américas. Segundo estudo publicado pela *Science Advances*, na América do Sul, nenhuma das linhagens genéticas encontradas nas múmias chegou aos indígenas da atualidade, tão brutal foi a colonização e, com ela, a dizimação dos povos. Os colonos tornaram os povos como escravos ou consumidores, eram vistos como mão-de-obra ou como um possível mercado consumidor. Essa primeira globalização se caracterizou pela ocupação e expansão territorial.

A segunda globalização é a que se iniciou no final do Século XX e início do Século XXI, quando se inicia a revolução tecnológica, trazendo consigo uma revolução no setor econômico. E essa segunda globalização, de acordo com Milton Santos, vem, para a maioria da sociedade, como uma globalização perversa, pois, se por um lado se avança na economia, com o livre fluxo de mercadorias pelo mundo, abaixando os preços, estimulando a competição e dando mais opções ao consumidor, do outro lado, estimuladas pelo consumo voraz, as condições de trabalho ficaram cada vez mais precárias, diminuindo salários, gerando, ao revés do esperado, desemprego, agravando os quadros de miserabilidade, aumentando a desigualdade e o trabalhador, como parte mais frágil, sempre é o que mais sofre.

A Ordem na globalização, que tem fundamento no capitalismo voraz e no neoliberalismo ou mesmo no ultraliberalismo, está pautada na abertura do mercado econômico, para que, na teoria, ou na "globalização como fábula", trazida por Milton Santos, com o mundo funcionando numa mesma forma de economia, todos poderiam também poderia ter as mesmas coisas e mesmas oportunidades. Não é o que ocorre. Temos, na realidade, um mundo globalizado que é pautado pelo consumismo voraz e completamente dividido pelo capital.

Houve, nessa segunda e atual fase da globalização, o avanço das multinacionais e do capital estrangeiro, enfraquecendo o Estado.

Lecionam Átila de Alencar Araripe Magalhães e Marcus Maurícius Holanda:

> O neoliberalismo é o ambiente político propício para o desenvolvimento da globalização porque a finalidade principal daquele é assegurar a prevalência das decisões do mercado, desarticulando e subordinando a autoridade estatal, pelo que se expressa no "mercado máximo, estado mínimo", onde ocorre o enfraquecimento do Estado, com sua submissão a interesses transnacionais e a consequente e necessária fragilização da Soberania Nacional. Não são os Estados que dizem aos mercados o que fazer, são os mercados que dizem aquilo que os Estados têm obrigação de fazer, sob pena de não haver investimento produtivo (MAGALHÃES; HOLANDA, 2012)

A abertura das economias para o capital estrangeiro e o enfraquecimento do Estado aliadas com a tecnologia, fizeram com que essas multinacionais adentrassem inúmeros países, tendo uma enorme abrangência pelo mundo e adentrando, principalmente, os países ainda em desenvolvimento ou considerados como de "terceiro mundo", assim, as multinacionais tem um enorme mercado consumidor nos países desenvolvidos e, para obter mais lucro, mão de obra barata nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Um dos conceitos trazidos como essenciais para que haja o monopólio de poder e de capital, para Milton Santos, é a retenção da informação. Para o intelectual, graças ao avanço da ciência fora produzido um sistema de técnicas da informação e no processo de mudanças econômicas, se viu os países ricos se apropriando dessas tecnologias em detrimento de países pobres – aumentando ainda mais a diferença entre esses países

Uma das estratégias utilizadas na globalização foi a desconcentração industrial, que promoveu uma verdadeira "desterritorialização" da produção, em que a empresa multinacional é dividida em unidades operacionais pelo mundo, em diferentes territórios, criando assim, o fornecimento em rede planetária, por exemplo, a Empresa "Boeing",

que, em 2014, recebeu partes de suas aeronaves fabricadas em até 21 (vinte um) países diferentes.

Essas multinacionais transferiram sua produção, preferencialmente, para países em que não há limites para a exploração de mão de obra, países pobres, que normalmente tem dificuldades econômicas e sociais, a fim de explorar o trabalho de forma mais intensa, pagando menos e gerando, assim, mais lucro. A nova distribuição do trabalho na globalização transformou a exploração em superexploração dos trabalhadores, tirando-lhes bem-estar social, e, por vezes, a dignidade.

Nas palavras de João Bernardo:

> A globalização do capital alcançou um estágio superior e converteu-se em transnacionalização. Mais do que a junção de fronteiras, trata-se da passagem por cima das fronteiras. Por isso a terminologia de "companhias multinacionais", comumente usada, deve ser substituída pela de "companhia transnacionais", que nos indica as especificidades desse tipo de empresa Elas não juntam nações – passam por cima delas. (BERNARDO, 2000, p.39)

Essa nova configuração das multinacionais, ou transnacionais, aumentou a exploração e a precarização do trabalho, desvalorizou salários, causou desemprego e alargou ainda mais o abismo financeiro e de desenvolvimento que havia entre os países – para se ter noção, hoje em dia, segundo o site TradingEconomics, um norte-americano ganha 8,48 vezes mais que um brasileiro e 58,7 vezes mais que um moçambicano ganha, pela mesma hora de trabalho.

Para Milton Santos, o desemprego já parece normal, é condição para chegarmos a mais globalização. Torna-se necessária a discussão acerca da nova divisão do trabalho e a perda de direitos dos trabalhadores, principalmente, com a nova onda de tecnologia, que trouxe o serviço *ondemand*, ou a chamada "gig-economy".

A globalização mudou drasticamente os panoramas do Direito do Trabalho – com a necessidade de se produzir mais, se aumentou a desigualdade entre países, reduzindo salários, aumentando as jornadas de trabalho, eliminando direitos e, por vezes, ao contrário da sua proposta inicial de gerar empregos, acabou trazendo o desemprego.

Agravando um sistema já perverso aos trabalhadores, em 2008, houve a crise imobiliária nos Estados Unidos, que operacionalizou um colapso nesse sistema e a economia mundial sofreu fortemente e, no intento de se recuperarem, mais uma vez, sofre o proletariado. Leciona Vólia Bomfim Cassar, *in verbis*:

> Diante dessas crises, afirmam os neoliberais que poderá haver uma revisão das garantias mínimas, devendo o Estado enxugá-las. Todavia, as consequências da minimização do Estado onde de fato foi aplicado o *welfare* são incomparáveis com aquelas de Estados em que nunca houve um Estado Social, como é o caso do Brasil. Em nosso país as promessas de modernidade e de reintegração da atividade econômica na vida social nunca foram cumpridas. Com base nesses argumentos os patrões tiram "proveito do enfraquecimento sindical e da grande quantidade de mão de obra excedente (desempregados e subempregados) pra impor regimes e contratos de trabalho mais flexíveis. (CASSAR, 2017, p.23)

Apesar das crises que um Estado está propenso, é necessário fortalecê-lo para que não dependamos apenas do mercado e das exigências internas, para que a população garanta a proteção necessária e tenha seus interesses resguardados.

A Constituição Federal garante um Estado fortalecido, que tem poder para regularizar e intervir sempre que necessário à proteção dos seus interesses. A minimização de direitos enfraquece o Estado, sendo que este é o único ente capaz de efetivamente reduzir as desigualdades e fazer frente quando o mercado ultrapassa os limites.

Sobre o tema, Vólia Bomfim Cassar leciona, *in verbis*:

> O Direito do Trabalho reflete todo o pioneirismo do papel ativo do Estado, priorizando o bem-estar social dos trabalhadores, intervindo nas relações privadas para a pacificação das lutas de classe, tornando um direito, até então privado e individualista, em um direito voltado para o bem-estar social mínimo garantido aos trabalhadores, já que impõe re-

> gras básicas para o contrato de trabalho, dando uma feição de direito público a um direito privado (...). A garantia de direitos mínimos ao trabalhador faz parte de um conjunto de valores humanos civilizatórios (mínimo existencial), que encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente como maior patrimônio da humanidade (CASSAR, 2017, p.26)

O Direito do Trabalho, por ser um ramo conhecido pela sua configuração protecionista e, considerado por alguns, no Brasil, como um ramo até mesmo paternalista, tem sofrido de forma demasiada, pois não há espaço para paternalismos ao trabalhador no sistema neoliberal. Sendo assim, o Direito do Trabalho tende ao retrocesso atualmente.

Naturalmente, com a globalização, o Direito do Trabalho teve que se adequar, o que é normal, quase não existe mais o contrato de trabalho clássico como nos foi ensinado nos primórdios pela doutrina, não é a adequação que é criticada, o que aqui se critica são os limites a essa adequação, impondo barreiras a espoliação do trabalhador. Podemos usar como limite à exploração extrema do trabalhador os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, um Estado forte e, claro, o princípio da dignidade humana.

Alguns dos mecanismos utilizados na facilitação da exploração do trabalhador para atender à globalização foram a dissecação do salário, as novas formas de contratação e a descaracterização do instituto jurídico de empregador. Sobre o tema, afirmam Cristina Soares Campos e Flávia Cristina Rossi Dutra:

> Em detrimento do salário fixo, avultam-se os prêmios, gratificações e salário-produção – o que leva o trabalhador a participar dos riscos do negócio (...). A decomposição do salário também se insere na prática das negociações coletivas e na esfera legislativa, quando utilidades típicas, como habitação e transporte, são extirpadas de sua esfera. Em sentido oposto, dá-se o enfraquecimento do binômio trabalho/descanso. As pausas vão perdendo a relação com a fadiga, e passam a ser negociáveis, como se dá com banco de horas, e, à margem da lei, com a

> venda de férias e repousos semanais. Também sofre alteração o conceito de empregador, que já não é, necessariamente, quem se serve da atividade do empregado – mas sim quem o contrata formalmente e o aluga a outro, comercializando a sua força de trabalho. (CAMPOS, DUTRA, 2006, p.83)

Ainda nesse condão, temos a flexibilização de direitos trabalhistas e até mesmo a ideia de desregulamentação, que é a ausência total do Estado.

A desregulamentação é a ausência total do Estado na regulamentação dos contratos trabalhistas. Segundo Maurício Godinho Delgado:

> A desregulamentação trabalhista consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao conhecido expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da história desse ramo jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas. Nessa medida, a ideia de desregulamentação é mais extremada do que a ideia de flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas de prestação de labor. (DELGADO, 2019, p.74)

Na desregulamentação, com a abstinência total do Estado, o contrato de trabalho passa a ser regulado apenas pela vontade das partes, se tornando um instrumento então completamente privado, a mercê das regras do mercado apenas. Quem defende essa corrente acredita que no século atual os trabalhadores estão suficientemente informados e conscientes, conseguindo, portanto, independência para estipular as cláusulas de seu contrato com seu empregador sem que isso lhe cause qualquer prejuízo. Sobre o tema, Maurício Godinho Delgado cita como exemplo:

> A desregulamentação (ou desregulação) trabalhista ocorre, regra geral, por meio de iniciativas legais, que abrem exceção ao império genérico da normatização trabalhista clássica. É o que se passa, por exemplo, com as relações cooperativistas de trabalho, que buscam instaurar um vasto campo de utilização do labor humano, mas com parcas proteções e garantias normativas. (DELGADO, 2019, p.74)

Apesar de serem institutos diferentes, é possível considerar a flexibilização um caminho para a desregulamentação. Mais branda que essa, apesar de muito prejudicial às proteções trabalhistas, a flexibilização tende a reduzir direitos e "burocracias trabalhistas" para que não venham a se tornar empecilho a saúde da empresa. Conceitua Maurício Godinho Delgado:

> Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação daforça imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justrabalhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada. (DELGADO, 2019, p.71)

A maioria da doutrina adota a flexibilização como um prejuízo necessário já que as condições que nos encontramos atualmente são, de fato, alarmantes. Segundo pesquisa realizada recentemente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no primeiro trimestre de 2020 12,3 milhões de pessoas estavam desempregadas e mais de 38 milhões de pessoas ocupam empregos informais. Milton Santos afirma que o desemprego cresceu a ponto de se tornar crônico e praticamente estrutural à globalização.

Admitida, portanto, a flexibilização no Brasil, os autores debatem qual o seu nível de aplicação, porém há, entre eles, o consenso de que

esta deve ser utilizada de forma responsável e moderada. São quatro as mais comumente aceitas, a flexibilização legal, a sindical, a heterônoma e a autônoma, em alguns pontos essas convergem.

A flexibilização legal ou heterônoma ocorre quando a própria lei prevê as exceções que poderão ocorrer, autoriza a redução de direitos, em hipóteses específicas. Converge com a ideia da flexibilização classificada como heterônoma por Maurício Godinho Delgado, que a define como:

> Configuram flexibilização heterônoma trabalhista as situações em que a norma jurídica estatal realiza a própria atenuação da regra legal abstrata em referência ou, ao invés, estipula autorização para que outro agente o faça (em geral, o processo negocial coletivo). Nessa medida, a flexibilização heterônoma envolve também as regras jurídicas autorizadoras da própria flexibilização autônoma. A flexibilização heterônoma tem como limite o disposto na Constituição da República, uma vez que não é possível à norma legal afrontar normas constitucionais prevalecentes. (DELGADO, 2019, p.72)

A flexibilização sindical ou negociada sindicalmente (CASSAR, 2017) acontece quando as normas coletivas autorizam a diminuição de direitos. Essa definição converge, com a de flexibilização autônoma trazida por Maurício Godinho Delgado, que a define, *in verbis*:

> Configuram flexibilização autônoma trabalhista as situações em que a negociação coletiva sindical — usualmente autorizada por prévia e específica norma constitucional ou legal — é que realiza, na prática, a atenuação da regra legal abstrata em referência. Esse tipo de flexibilização tem como limite não só a Constituição, como também o disposto na legislação heterônoma estatal e em normas de tratados e convenções internacionais ratificados. Quer isso dizer que essa flexibilização tem de se posicionar dentro dos limites fixados pela ordem jurídica heterônoma estatal. (DELGADO, 2019, p.72)

Mas, afinal, há o questionamento de até onde é possível flexibilizar e ainda garantir a mínima dignidade ao trabalhador. O Direito do Trabalho é um ramo com muitos princípios protetivos, o maior deles é justamente o princípio da proteção, do qual decorrem outros princípios e todos eles guardam entre si a preservação ao trabalhador como conteúdo mínimo, que deve ser utilizado como limite a essa flexibilização.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana, preceito constitucional e fundamental ao Estado democrático de Direito deve ser utilizado como parâmetro. O trabalhador não pode ficar sujeito a formas degradantes de trabalho. O direito ao trabalho vem como meio de atingir uma vida digna, não podendo dessa se desvincular.

Não há trabalho digno sem que existam condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador, sem justas condições para o trabalho (BRITO FILHO, 2004). Desconhecer do trabalhador condições mínimas é retirar-lhe a dignidade.

Deve haver equilíbrio na busca pelo lucro. Os interesses do empregador/empresário dificilmente irão convergir, enquanto o trabalhador quer boas condições e remuneração satisfatória, o empresário quer obter mais lucro, pagando menos e, diante da necessidade, por sobrevivência e das poucas oportunidades que lhe são oferecidas, a pessoa tende a se expor a situações degradantes para ter o mínimo, um trabalho que garanta sua comida à mesa, e isto não é dignidade - a dignidade de pressupõe um mínimo existencial. Acerca do tema, Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

> A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico dos princípios vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais . Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquele daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta

> variação (...) mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.(BARROSO, 2002)

É preciso uma rede de proteção reforçada, necessária a um Estado de estrutura econômica capitalista, como um patamar mínimo civilizatório que humaniza as relações de produção contra a exploração das forças de mercado (MENDES, 2009)

Portanto, há de ser ter um Estado fortalecido para fazer frente às imposições degradantes que o mercado tenta impor, usando como critérios a dignidade da pessoa humana e os princípios trabalhistas, fazendo uma ponderação e permitindo a flexibilização apenas quando houver necessidade, em épocas de crise.

O trabalhador deve ter o mínimo garantido, não importando qual tipo de função exerça – esse tema deve ser observado com ainda mais cautela na nova formulação do trabalho trazida pela globalização, no âmbito do trabalho por aplicativo, que será tratado no capítulo a seguir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, é possível concluir que diversas foram as formas de exploração da mão de obra humana, da escravidão aos dias atuais, a exploração do humano tomou diferentes formas, mudando, somente, a condição do trabalhador, que sob a proteção do Direito do Trabalho, passou a ser reconhecido como digno de tutela, garantindo a esses dignidade e respeito.

Ocorre que, com o passar dos anos e a evolução do mercado, barreiras foram rompidas, advindo a globalização – sendo essa conhecida como um fenômeno que veio alterando a forma como o mundo se movimenta e se comunica, mudando cultura, política e introduzindo e disseminando a internet pelo mundo, com o rompimento de barreiras tecnológicas e com isso, surgiram novas formas de explorar o trabalho humano, ainda não abrangidas pela tutela trabalhista.

Devido a disseminação da internet, surge uma maior demanda consumerista e, para atendê-la, novas formas de exploração do trabalho humano, oferecendo renda para pessoas que estavam desempre-

gadas, fragilizadas, que, por se encontrarem nessa situação, aceitam quaisquer condições apenas para que possam alimentar suas famílias, para sobreviver. Assim, começam a trabalhar para aplicativos e passam a ser superexplorados por empresas de economia de compartilhamento, como a Uber, que usam como artifício legal o argumento falacioso de que fazem somente a intermediação entre oferta e demanda, não tendo empregados e não tendo, assim, qualquer obrigação trabalhista.

Com o advento da globalização, fica cada vez mais clara a importância do Estado, pois, com a necessidade de se produzir mais, se retira garantias e proteções trabalhistas. No neoliberalismo, há a ideia de que direitos trabalhistas são os responsáveis pelo desemprego e falta de lucro, e, em um sistema dominado pelo capitalismo, somente o Estado pode proteger o trabalhador frente a busca feroz pelo lucro.

É preciso reafirmar que não deve haver categoria de trabalhadores alheios à tutela do Estado. O direito do Trabalho, este é um ramo que deve alcançar a todos, sendo preciso uma reorganização legislativa para acompanhar as mudanças no mundo do trabalho em sentido global, de forma que não haj aempecilho ao acesso desse trabalhador a garantias básicas – para tanto, conforme relatado no presente trabalho, se estuda formas de adequar esses trabalhadores ao direito tutelar do trabalho, sendo as duas principais alternativas a criação de uma nova categoria ou a adequação desses trabalhadores ao modelo clássico trabalhista, levando em consideração apenas a atualização nos critérios, afinal, não se pode crer que a globalização e tecnologia tenham mudado tanto as relações de trabalho mas em nada tenham

Entendemos, portanto, não ser cabível tamanha sonegação de direitos a esses trabalhadores, impondo-lhes remuneração irrisória, carga horária altíssima – caracterizando a superexploração, sem direito à previdência, fundo de garantia, estando sujeitos a todo tipo de risco na execução do trabalho, com chances aumentadas de doenças ocupacionais como *burnout,* tudo isso pela dificuldade do Direito em se amoldar as novos tempos, permitindo a objetificação dessas pessoas e mercantilizando de forma tão baixa seus esforços.

Acreditamos que o Direito do Trabalho no Estado brasileiro possui mecanismos capazes de lidar com as mudanças advindas pela globalização trazendo os meios telemáticos de controle e que os tribunais

são capazes de absorver toda mudança e garantir a esses motoristas de aplicativos seus direitos básicos e fundamentais.

Relevante destacar que os direitos trabalhistas possuem como base a dignidade da pessoa humana que é um direito fundamental e pressuposto do Estado Democrático de Direito, não devendo ser deliberadamente negado a ninguém, principalmente quando se verificam os pressupostos necessários, como pode ocorrer, conforme exposto no presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Darlan. Desemprego sobe para 11,6% em fevereiro e atinge 12,3 milhões. G1, São Paulo, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/31/desemprego-fica-em-116percent-em-fevereiro-e-atinge-123-milhoes-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BERNARDO, João. Transnacionalização do Capital e Fragmentação dos trabalhadores. Ainda há lugar para os sindicatos? São Paulo, Boitempo, 2000.

BOMFIM CASSAR, Vólia. **Direito do Trabalho**: De acordo com a Reforma Trabalhista – Lei 13.467/17. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRAZIL Real Average Monthly Income. Trading Economics. Maio, 2020. Disponível em: < https://tradingeconomics.com/brazil/wages>. Acesso em 22 mai. 2020

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: uma análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo, LTr, 2004.

CAMPOS, Cristina Soares; DUTRA, Flávia Cristina Rossi. **Globalização e dignidade da pessoa humana**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v 43, n 73, p. 79 -84, jan./jun.2006.

CASSAR, Vólia. **Direito do Trabalho**: De acordo com a Reforma Trabalhista – Lei 13.467/17. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. P. 28.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, de 10 de dezembro de 1948.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18ª Edição. São Paulo, LTr, 2019.

DE STEFANO, Valerio. **The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork andlabour protection in the "gig-economy".**International Labour Office (ILO), Conditions of Work and Employment Series, n. 71, Geneva, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2682602>. Acesso em: 22 mai. 2020.

DOMINGUEZ, Nuño. Extermínio dos primeiros povos americanos é explicado pelo DNA. El Pais, São Paulo, 02 abr. 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/31/ciencia/1459446271_454060.html>. Acesso em: 22 mai. 2020.

FONSECA, Lincoln Saldanha Fernandez de. **Fronteiras da precarização do trabalho**: Uberização e o trabalho *on-demand*.IN: XXXI CONGRESSO ALAS. 31 ed., 2017, Montevideo.

MAGALHÃES, Átila A. A; HOLANDA, Marcus M. **A observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição do retrocesso dos direitos trabalhistas no Brasil:** desafios em meio à política neoliberal e à globalização da economia. In: Vladmir Oliveira da Silveira; Aires José Rover; Alexandre Walmott Borges. (Org.). XXI Encontro Nacional do CONPEDI. 21ed.Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2012, v. , p. 2908-2929.

MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os direitos sociais trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social.** 2009. Tese (Mestrado em Direito) – UNIFOR, Fortaleza, 2009.

MOZAMBIQUE MinimumWages in AgricultureLivestockHuntingandForestry. Trading Economics. Maio, 2020. Disponível em: <https://tradingeconomics.com/mozambique/minimum-wages>. Acesso em 22 mai. 2020.

NOGUEIRA, Danielle**. O quebra-cabeça da montagem do 737**. O Globo. Rio de Janeiro, 07 abr. 2014. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/o-quebra-cabeca-da-montagem-do-737-12112298>. Acesso em: 22 mai. 2020.

PEREIRA, Josecleto. C. A. **Os paradigmas no mundo do trabalho na era da globalização.** Sequência (UFSC) , v. 46, p. 51-75, 2003.

ROMITA, ArionSayão. Globalização da economia e Direito do Trabalho. In: BOMFIM

SAMUELSON, Kate. **The Latest Uber Effect: People Are Ditching Their Cars**. Fortune. Chicago, 26 mai. 2017.Disponível em <http://fortune.com/2017/05/26/uber-lyft-people-ditching-cars/> Acesso em: 22 mai. 2020.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6ª Edição. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2001.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

VIOLENCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Leticiene Aurora Braga de Miranda

1. INTRODUÇÃO

Uma sociedade civilmente organizada tem como base o direito que impõe normas imperativas de organização social no sentido de garantir segurança, a ordem e paz.

Em suma, podemos dizer que o direito consiste em um mecanismo de organização social e que por consequência reflete no desenvolvimento histórico, social, político, econômico e cultural da sociedade a qual se destina, a fim de atender as necessidades e aos anseios dos cidadãos aos quais se dirige, objetivando a promoção de igualdade e justiça social.

Sendo assim, a luz do entendimento em epígrafe, temos as garantias fundamentais asseguradas pela Lei Maior Brasileira, cujo objetivo consiste em garantir o exercício do direito da personalidade de forma plena, e isso só é possível tendo por base, um regime de governo democrático, que busca a efetividade dos direitos individuais, a segurança e o bem-estar social. O artigo 5º, X Constituição de 88 preconiza que os direitos inerentes as personalidades são invioláveis, seguindo os ditames da lei maior, o Código Civil afirma no artigo 186 que: "violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Neste sentido, extraímos o entendimento que, aquele

que causar dano a terceiro, atingido a esfera da personalidade, enseja reparação moral e patrimonial, conforme dispõe o artigo 927 do Código Civil, que diz: "Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. "

Partindo do pressuposto valorativo que se origina o direito e o dever do Estado de garantir a máxima efetividade dos serviços públicos, principalmente no que tange ao atendimento à mulher gestante, é que se faz necessária a presente pesquisa. Muitas mulheres, precisam recorrer ao Sistema Único de Saúde (SUS) quando se tornam gestantes, e, a maioria delas, não tem conhecimento de uma série de garantias inerentes a sua condição, que vão desde a atenção obstétrica ao cuidado hospitalar básico, e isso faz com que muitas mulheres sofram violência obstétrica diariamente no Brasil.

Neste espeque, foi preciso reunir informações com o objetivo de responder à problemática da pesquisa: Quais os efeitos danosos na vida da mulher puérpera a qual sofreu violência obstétrica? De quem é a responsabilidade nestes casos? O que é preciso fazer para pôr termo a estas práticas abusivas? Ante a posição de vulnerabilidade da mulher gestante, é que se faz necessária a presente pesquisa, com escopo de buscar a responsabilização do agente causador do dano tanto na esfera cível quanto criminal, bem como a responsabilidade do Estado no sentido que o mesmo tem o poder-dever de garantir a efetividade do serviço público sobre o ângulo das garantias fundamentais.

DESENVOLVIMENTO:

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Uma das maiores preocupações e felicidade na vida de uma mulher, é virar mãe. Neste momento, tomada pela ansiedade e o medo, a mulher não leva em conta sobre a importância de se pensar no que é melhor tanto para a mulher quanto para o bebe, como o tipo de parto mais benéfico para ambos. Acontece que neste momento, muitas mulheres não se dão conta de seus direitos e só pensam no que é melhor para o médico. Na maioria dos casos, os médicos orientam o parto ces-

saria com o argumento de que é melhor para o bebe, mas na verdade, acaba por movimentar uma intensa maquina capitalista.

A história de que o parto nas civilizações pré agriculturas eram mais simples e muito mais práticos e rápido, porém a forma em que entendemos o parto nas sociedades contemporâneas, industrializadas é um evento novo se levarmos em consideração o tempo em que estamos na face da terra.

1.1 O parto e o nascimento

A pouco tempo atrás, a maioria dos bebes nasciam em casa e eram atendidas por mulheres da comunidade. Nessa época, se tivesse um problema a mãe e o bebe morreriam, hoje, com o advento da tecnologia é possível prever algumas complicações, assim podemos juntar o conhecimento empírico com a ciência, e aplicar o que for mais benéfico para a mulher.

Neste passo, pode-se afirmar que a partir do ingresso do homem no mundo dos partos, passou-se a introduzir técnicas novas que que lhes fosse mais fácil para fazer os procedimentos. Assim, a entrada do homem no universo secreto do parto, trouxe com ele além das luzes racional, uma modificação nos modelos e nos paradigmas em atenção ao parto.

1.2 Transição do parto normal para o Cesário no Brasil

O Ministério da Saúde afirma, que nas primeiras décadas do século XX, teve início a transição do parto doméstico para o parto hospitalar, acompanhado de mudanças graduais nos hábitos das mulheres. Assim, foram sendo adotados o costume de frequentar os consultórios de obstetras e pediatras, o uso de medicamentos e o consumo de produtos da indústria de higiene e alimentação infantil.

Aduz ainda, que além disso, foram sendo ampliados a oferta e o acesso aos serviços públicos de saúde materno-infantil com maior participação de instituições filantrópicas, paraestatais, patronais e de trabalhadores.

Segundo o Manual, Parto e nascimento domiciliar assistidos por parteiras tradicionais do Ministério da Saúde:

> A institucionalização do parto levou à medicalização e perda da autonomia da mulher como condutora do seu processo de parir. Dessa forma, o modelo de atenção ao parto e nascimento atual é marcado pela medicalização, pelo abuso de práticas invasivas e desnecessárias, potencialmente iatrogênicas, e pela prática abusiva da cesariana. Ocorre o isolamento da gestante de seus familiares, a falta de privacidade e o desrespeito à sua autonomia. (BRASIL, 2010, p.27).

Neste contexto, vale a reflexão sobre o que seria mais benéfico para a mulher e para o bebe no momento do parto. Hospitais nos remete um ambiente gelado e inóspito, lugar onde são levados os doentes e, portanto, induzir a parturiente que a intervenção cirúrgica como o parto cesáreo, sem necessidade, constitui ato de violência e transforma um evento particular afetivo e sublime, para algo assustador.

1.3 Violência Obstétrica

Como já colacionado, o momento mais marcante na vida da mulher ocorre no momento do nascimento de um filho, o qual provoca significantes transformações desde a descoberta da gestação, do parto, para o resto da vida. Ocorre que, quando ocorre violação dos direitos no momento como este, o impacto prejudicial a sua vida física ou psíquica também é permanente.

No Brasil, como em outros países da América Latina, o termo "violência obstétrica" é utilizado para descrever as diversas formas de violência ocorridas na assistência à gravidez, ao parto, ao pós-parto e ao abortamento. Existem outras formas de caracterizar este fenômeno, como: violência de gênero no parto e aborto, violência no parto, abuso obstétrico, violência institucional de gênero no parto e aborto, desrespeito e abuso, crueldade no parto, assistência desumana/ desumanizada, violações dos Direitos Hu-

manos das mulheres no parto, abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto, entre outros.

Neste sentido, a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim, entende-se que a mulher se encontra debaixo do guarda-chuva protetivo do Estado, tendo como garantia os mesmos direitos inerentes ao homem. Em que pese exista de forma expressa a tutela constitucional à mulher, na prática as mulheres ainda sofrem as mais diversas violações no cenário Nacional e Internacional.

Conforme o entendimento acima, a violência obstétrica é a ação ou omissão que caracteriza a violência física e psicológica à mulher. Atos estes que violem, agridam o corpo e a dignidade das parturientes.

1.4 Violência Obstétrica no Brasil

No que tange ao tema em epígrafe, a violência obstétrica se define como qualquer conduta, ato ou omissão realizado por profissionais de saúde, tanto em instituição pública, quanto privada que, direta ou indiretamente, leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres. Expressa-se em tratamento desumano, abuso da medicalização e patologização dos partos naturais, levando à perda da autonomia e capacidade para decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida.

O tema violência obstétrica já vinha sendo discutido no Brasil pelo grupo feminista. O pioneiro *Espelho de Vênus*, fazia uma etnografia da experiência feminina, descrevendo explicitamente o parto institucionalizado como uma vivência violenta. O grupo afirma que a violência contra a mulher não acontece somente no âmbito das relações sexuais, acontece também na relação médico-paciente, uma vez o desconhecimento de sua fisiologia é acionado para explicar os sentimentos de desamparo e desalento com que a mulher assiste seu corpo ser manipulado quando ocorre que à medicina nos momentos mais significativos da sua vida: a contracepção, o parto, o aborto.

1.5 Característica da Violência Obstétrica

No Brasil é comum que os médicos influenciarem ou até mesmo impor à gestante uma intervenção cirúrgica por vezes desnecessária a cesárea, mesmo nos casos em que a mãe deseja um parto normal. Pode se dizer que a violência começa no momento em que o profissional se coloca acima do paciente. O médico utiliza de seus conhecimentos profissionais e de sua autoridade para conferir, por meio de argumentos pouco convincentes, uma forma de nascimento invasiva, mais traumática para o bebê e mais demorado e complicada para a mãe.

Além da imposição de cirurgia, existem outros procedimentos violentos cometidos desde o pré-natal até o nascimento do bebê. Negar à gestante um acompanhante durante o trabalho de parto é uma agressão, visto que é direito da paciente ter alguém de sua confiança nesse momento. Toques excessivos em exames no pré-natal, agressões físicas e verbais durante o parto e práticas desnecessárias, como limpeza intestinal e depilação pré-parto, são também exemplos de violência.

1.6 Humanização do parto

A expressão parto humanizada ainda é incomum para a maioria das mulheres, porém seu significado é de grande valor para as parturientes, abrange todo parto em que é respeitada a vontade da gestante.

O parto vem passando por inúmeras mudanças durante os anos, passou de uma assistência em que era realizada somente pelas parteiras para ser realizado por médicos. Os medicamentos que não eram utilizados no trabalho de parto passaram a ser utilizados, pois o uso deles acelera o trabalho de parto aumentando as contrações e fazendo com que o parto evolua de forma mais rápida.

Desta forma houve um aumento desnecessário da prática de intervenções cirúrgicas e a desvalorização do parto vaginal. Durante o processo de humanização, houve vários movimentos onde a mulher passou a ter autonomia no processo do parto e nascimento do filho, bem como a observação e defesa da humanização durante o trabalho de parto.

Nesta senda é possível observar as organizações o quanto favorece o bem-estar físico e emocional da gestante, evitando possíveis riscos de intercorrências durante o trabalho de parto, facilitando o apoio familiar e a assistência de qualidade durante o nascimento do recém-nascido (RN).

O termo humanizar foi utilizado há muitas décadas, sendo empregado pela primeira vez no século 20. A expressão era utilizada para defender que a narcose e o uso de fórceps seriam procedimentos que humanizariam a assistência aos partos. Esses conceitos eram difundidos por autoridades em obstetrícia médica no cenário internacional. A humanização da assistência, nas suas muitas versões, expressa uma mudança na compreensão do parto como experiência humana e, para quem o assiste, uma mudança no "que fazer" diante do sofrimento do outro humano.

No Brasil, o movimento pela humanização do parto é impulsionado por experiências em vários Estados. Na década de 1970, surgem profissionais dissidentes, inspirados por práticas tradicionais de parteiras e índios, além do Hospital Pio X em Goiás, e de grupos de terapias alternativas como a Yoga, com o Instituto Aurora no Rio. Na década de 1980, vários grupos oferecem assistência humanizada à gravidez e parto e propõem mudanças nas práticas, como o Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde, e os grupos Curumim e Cais do Parto em Pernambuco.

1.7 Das parturientes

Cumpre analisar, que até pouco tempo atrás, os partos eram realizados em casa por pateiras. O Ministério da Saúde afirma, que as mulheres só procuravam médico se tivesse complicações. Os partos realizados em casa, independia de questões sociais e econômica, era culturalmente natural.

Aduz ainda que a arte de partejar é uma atividade que acompanha a história da própria humanidade. Por muitos milênios esta arte era considerada uma atividade eminentemente feminina, tradicionalmente realizada pelas parteiras, que também cuidavam do corpo feminino e dos recém-nascidos.

As parteiras eram depositárias de um saber popular, que foi produzindo lendas e crendices sobre o corpo gravídico, associadas à natureza. Era normal as mulheres ajudar umas às outras, principalmente as mulheres próximas da parturiente.

Conforme o entendimento de Agelin:

> Ao analisarmos o contexto histórico da Idade Média, vemos que bruxas eram as parteiras, as enfermeiras e as assistentes. Conheciam e entendiam sobre o emprego de plantas medicinais para curar enfermidades e epidemias nas comunidades em que viviam e, consequentemente, eram portadoras de um elevado poder social. Estas mulheres eram, muitas vezes, a única possibilidade de atendimento médico para mulheres e pessoas pobres. Elas foram por um longo período médicas sem título. Aprendiam o ofício umas com as outras e passavam esse conhecimento para suas filhas, vizinhas e amigas. (AGELIN, 2005, p.144 apud TEIXEIRA 2017, p.5)

1.8 Das intervenções médicas no Brasil

A cultura do parto cesáreo no Brasil ganhou muitos adeptos, a disseminação da ideia de segurança, assim como a possibilidade de escolher o dia do nascimento, fez com que as mulheres optassem pelo parto cesáreo, tornando um evento fisiológico a um ato cirúrgico, alimentando cada vez mais a fábrica do nascimento favorecendo, de forma lucrativa médicos e hospitais.

No que tange à cesariana, o governo brasileiro vem fazendo campanhas para a diminuição das taxas há alguns anos, porém, de acordo com documentos da UNICEF, o país é líder mundial em número de cesarianas por ano. Isto, segundo o que preconiza a Organização Mundial de Saúde (OMS), a taxa máxima de 15% de partos por cesárea, configuraria uma situação de epidemia. As cesáreas, ainda de acordo com a UNICEF, apenas seriam necessárias diante de indicação de risco para a mãe e/ou para o bebê, e taxas acima dos 15% indicados pela OMS poderiam indicar um uso abusivo desse recurso, aumentando o risco de partos prematuros e de morbidade para mãe e bebê. (OMS)

Neste contexto, para garantir a saúde e a integridade da mulher durante o parto, tem-se investido em inovações tecnológicos capazes de refletir nos mais diversos aspectos, sociais e culturais, e isso impactam em todos os aspectos da sociedade e principalmente no que tange aos atendimentos médicos da rede pública de saúde. No caso dos hospitais públicos, a importância dos profissionais plenamente capacitados para atender e garantir as gestantes segurança na hora do parto é de extrema importância.

Ainda que haja todos esses instrumentos direcionados a garantir a saúde integral da mulher, o programa de atenção integral à saúde da mulher (PAISM), reconhece o tratamento impessoal e muitas vezes agressivo da atenção à saúde das mulheres. Porém, ainda que o tema estivesse na pauta feminista e mesmo na de políticas públicas, foi relativamente negligenciado, diante da resistência dos profissionais e de outras questões urgentes na agenda dos movimentos, e do problema da falta de acesso das mulheres pobres a serviços essenciais.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a cesariana pode salvar a vida de uma mulher e seu bebê desde que por razões médicas, e que o uso desnecessário pode colocar em risco a vida e o bem-estar das mães e de seus filhos a curto ou longo prazo. Afirma ainda que em todo o mundo, as taxas de cesariana têm aumentado e, portanto, reconhece a necessidade urgente de novas orientações sobre intervenções não clinicas projetadas especificamente para reduzir as cesarianas desnecessárias.

1.9 Morbidade e Mortalidade Materna

Verifica-se, pois, que a mortalidade materna constitui um importante problema social e de saúde pública e reflete diretamente a qualidade assistencial. De acordo com a OMS/UNICEF, A mortalidade materna representa um indicador do status da mulher, seu acesso à assistência à saúde e a adequação do sistema de assistência à saúde em responder às suas necessidades. É preciso, portanto, ter informações sobre níveis e tendências da mortalidade materna, não somente pelo que ela estima sobre os riscos na gravidez e no parto, mas também pelo que significa sobre a saúde, em geral, da mulher e, por extensão, seu status social e econômico.

Neste sentido, o descumprimento de normativas importantes, a violação dos principais direitos das parturientes, caracteriza-se de forma descaradas a magnitude da violência e a necessidade da melhoria desses serviços.

A ausência de informação, a desorganização dos serviços, problemas estruturais e descumprimento de práticas baseadas em evidências científicas foram identificados como fatores que contribuem para esse fenômeno.

O parto é o reconhecimento de que o parto é um momento significativo na vida de cada mulher pode ser um dos aspectos importantes a serem retomados pelos profissionais de saúde.

2 VIOLENCIA OBSTÉTRICA E A LEGISLAÇÃO CONTEMPORÂNEA APLICÁVEL PARA PROTEÇÃO DA MULHER

Analisamos a atuação das parteiras até a institucionalização do parto e as intervenções médicas. Foram expostas no capitulo anterior o número de cesárias no Brasil e os cuidados que se deve ofertar a gestante desde a concepção até o período pós-parto.

Mas, antes de adentrarmos objetivamente sobre violência obstétrica e suas consequências na saúde da mulher, é pertinente que se faça algumas considerações a respeito da dignidade da mulher no sentido de adquirir uma melhor compreensão sobre a dimensão de tal violação.

2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

O constitucionalismo moderno trouxe em seu bojo valorativo as afirmações dos direitos fundamentais como base principiológica capaz de gerar direitos e obrigações. Assim, a Constituição de 88 consagrou diversos princípios importantes para uma mulher tais quais: a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher; a igualdade de direitos entre filhos, a proteção as famílias não fundadas no matrimonio; proteção à criança, o adolescente e o idoso.

Os princípios que regem nossa sociedade, tem por objetivo assegurar dignidade humana, o qual compõe a base do nosso Estado De-

mocrático de Direito, garantindo à homem proteção especial (art. 1º, III, CF88). Este atributo sempre existiu, porém passou a ter mais valor após a segunda guerra. Neste sentido observa-se que o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana pelo Direito são resultados da evolução do pensamento humano e da atribuição da devida importância a valores intrínsecos que permeiam toda a sociedade.

O direito positivo conferiu a ao homem o atributo valorativo da inviolabilidade de direitos inerentes a sua personalidade, devido seu caráter fundamental. Sabe-se que a concepção da dignidade da pessoa humana tardou a ser objeto de reconhecimento no Brasil, sendo inserido no texto constitucional no primeiro capítulo somente em 1988 (art. 1.º, III), assim, situando-a no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes da sociedade.

Assim como ocorreu no âmbito da evolução constitucional em geral, também no direito constitucional positivo brasileiro a dignidade da pessoa humana, em comparação com a absoluta maioria das demais ordens constitucionais, foram inseridas a dignidade de maneira relativamente precoce em um texto constitucional. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno.

Como se pode verificar, a Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Assim, consoante ao supramencionado, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, portanto, deve ser analisada pelo prisma axiológico destes princípios em consonância com o contexto social.

Verifica-se, pois, que a proteção a mulher quanto parte vulnerável representa a reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos.

Seguindo a esteira do entendimento em epígrafe, o princípio da dignidade da pessoa humana alcança de forma ampla em diversos setores sociais

Acontece que, o princípio da dignidade da pessoa humana é um tanto abstrato, para que seja aplicado no caso concreto, deve-se buscar a máxima afetividade valorativa.

Como já exaustivamente mencionado, a Constituição Federal de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, afirmando que todos são iguais perante a lei, devendo ser entendido este direito sempre levando em consideração o momento da criação da Magna Carta, que visava um Estado de Bem-Estar Social.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno.

Acontece que, o princípio da dignidade da pessoa humana é um tanto abstrato, para que seja aplicado no caso concreto, deve-se buscar a máxima afetividade valorativa. Neste sentido, um dos primeiros movimentos no Brasil, a encarar a violência obstétrica como sendo violação da dignidade da mulher, foi o movimento feminista, que discutia entre as feministas tanto nas universidades como práticas abusivas e violadoras da dignidade da pessoa humana. Verifica-se, pois, que esse grupo de mulheres descreviam o parto institucionalizado como uma vivência violenta.

Ainda neste viés de proteção a mulher, faz-se mister o estudo do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é basilar a legislação pátria e deve ocupar lugar preponderante nos textos jurídicos, assim como a sua concretização deve ser uma busca permanente do homem, não podendo estar sujeita a indicadores e variáveis econômicas.

Como se pode verificar, a Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Com amparo ao supramencionado, a Constituição Federal inovou ao inserir a dignidade da pessoa humana no elenco dos direitos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, portanto, situando-a no âmbito dos princípios fundamentais.

Assim preleciona o ilustre doutrinador Luiz Roberto Barroso:

> A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. (BARROSO, 2010, p. 328)

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento do respeito ao próximo. Portanto, todas as mulheres são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno.

2.2 Da autonomia

A Constituição preconiza no art. 5.º, caput, da CF, que a liberdade, podendo aqui ser reconhecida também como autonomia da vontade da mulher, assim como a vida, a igualdade, a dignidade da pessoa humana compõe um conjunto de direitos fundamentais que assume particular relevância no sistema constitucional brasileiro. O Estado Brasileiro atribui a sua Lei Maior, o atributo mais importante e que tem por base a liberdade.

A autonomia esta intrinsicamente ligada a dignidade, portanto pode ser traduzida como atributo da personalidade e ao princípio da autonomia. Nessa perspectiva, o direito geral de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o § 2.º do art. 5.º da CF, o qual estabelece um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, consagrando outros direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional.

Dessa forma, o direito geral de liberdade também está aberto à integração com outras liberdades previstas nas declarações de direitos no

plano internacional, além de guardar sintonia com a ideia de liberdades implícitas.

A positivação de um direito geral da autonomia tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a autonomia, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo um amplíssimo leque de possibilidades de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido por meio de liberdades específicas previstas em textos normativos.

Sendo possível uma definição jurídica desta faculdade que é relacional porque ela se manifesta dentro de um espaço pelo sistema jurídico, ou seja, "o meu direito vai até onde começa o do outro" ou ainda, aquilo que não está proibido para o particular, está permitido, não por acaso a noção basilar de liberdade de ação é extraída do art. 5º, II, CF/1988, que consagra o princípio de legalidade.

2.3 Reconhecimento da autonomia da mulher como expressão de Direitos Humanos

O movimento feminista, teve relevante papel na busca pela autonomia e liberdade do corpo feminino, cresceu e alcançou e passou ser discutido internacionalmente.

Foi na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994, no Cairo, que 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos. Na IV Conferência Mundial da Mulher, em Beijing, comprometeram-se para que a mulher fosse amparada desde a concepção ao parto.

Verifica-se que, a partir de então, os direitos sexuais e reprodutivos, além de serem reconhecidos, passaram a ser discutidos sob a perspectiva dos direitos humanos, pressupondo o respeito à liberdade e à autodeterminação, sem coerção ou violência, e o dever dos Estados parte, incluindo o Brasil, de garantirem condições sólidas para o exercício desses direitos por meio de leis e políticas públicas. As mulheres necessitam ter autonomia sobre sua sexualidade e seu corpo, além do

que o debate sobre partos humanizados assim como violência obstétrica deveria ser pauta obrigatória nas consultas de pré-natal.

Sob o ponto de vista da saúde pública, a situação contemporânea de mortes de mulheres em plena capacidade reprodutiva é insustentável. Nessa direção, e em coerência com as bases democráticas do Brasil, torna-se essencial a instalação de amplo debate nacional sobre a temática, que culminaria em manifestação da sociedade.

Assim, entende-se que a violência obstétrica é uma medida de elevado impacto dos atuais indicadores de morbidade e mortalidade feminina. No Brasil, questões referentes as agressões sofridas na hora do parto, principalmente na saúde pública ainda é um tema ocultado pela medicina, fazendo muitas mulheres desconhecerem do que realmente caracterizariam a violência no parto e do seu direito a autonomia e liberdade de seu corpo.

Muitos preferem ignorar os dados alarmantes de mulheres que sofrem violação de seus direitos, a maioria esquece ao ver o rostinho do bebe tão esperado, assim, preferem tratar com neutralidade.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que as garantias de Direitos Fundamentais expressa no artigo 5° da Constituição Federal, constituem valoração maior no ordenamento jurídico pátrio. Assim, o Poder Público tem o dever de preserva-la bem como garantir sua inviolabilidade, atribuindo-lhes dignidade.

Como dito anteriormente, a maior felicidade da vida de uma mulher é o momento de dar à luz, e é justamente neste momento que ela se torna mais vulnerável. A ansiedade e o medo tomam conta da vida da mulher e a faz não levar em consideração a aplicabilidade de seus direitos e nem mesmo o que é melhor para si mesma e para seu bebê.

É neste momento que a parturiente necessita da proteção estatal no sentido de garantir que o momento do parto seja conduzido de forma segura, seguindo os preceitos constitucionais.

A Carta Magna preconiza que o Estado tem o dever legal de garantir a segurança da parturiente, permitindo somente técnicas, mé-

todos e substância que garantam a qualidade de vida tanto da mulher quanto do nascituro.

O Estado tem a obrigação de fiscalizar a atuação dos profissionais da saúde, bem como por meio de políticas públicas orientar a parturiente sobre a forma mais saudável de fazer o parto, direcionando tantos aos profissionais da saúde quanto a gestante a maneira mais confortável para ambos.

Nesta perspectiva de nortear os deveres do particular, bem como em lhe impingir normas de conduta e caráter ético, a nossa Lei Maior estabelece limites quando a técnica utilizada e consideradas lesivas a mulher, os infratores estarão sujeitos as sanções penais, civis e administrativas.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando a segurança da mulher gestante, existe a necessidade da implementação de políticas públicas no sentido de conscientizar os profissionais da área da saúde acerca das possibilidades de incorrer em violência obstétrica e assim evita-las, garantindo a efetividade do serviço público.

Por derradeiro, podemos afirmar que o direito da mulher deve ser respeitado por todos, o que a mulher sente, ou pensa deve ser levado em consideração. Os profissionais da saúde devem respeitar e resguardar o direito da parturiente desde o descobrimento da gestação até o trabalho de parto. As mulheres precisam receber atendimento integral e de qualidade sempre.

O Ministério da Saúde deve garantir os direitos sexuais, de cidadania e reprodutivos das mulheres, a fim de que elas conheçam seus direitos para que possam exigi-los e se prevenirem de abusos e desrespeito contra a sua dignidade.

Conforme exposto acima, conclui-se que é necessário o posicionamento das autoridades públicas no sentido de criar leis e políticas públicas que garanta a segurança e proteção das mulheres independente de sua opção tendo em vista o alto índice de mortalidade materna garantindo assim a inviolabilidade da dignidade humana de todas as mulheres.

REFERÊNCIAS

BELLINE, Giovana e MOTTA, Anais. Violência obstétrica é comum no Brasil. Por. Njsr. Disponível em: < http://www2.eca.usp.br/njsaoremo/?p=4013> acessado em: 01/04/2020

BETIOLI, Antônio Bento**. Introdução ao Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL- Ministério da Saúde veta uso do termo 'violência obstétrica Disponível em:: <file:///C:/Users/AnaPedro/Downloads/folha-07052019_Ministerio-da-Saude-veta-uso-do-termo-violencia-obstetrica-07_05_2019-Cotidiano-Folha%20(1).pdf> Acessado em: 15/04/20

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde. 36 p. 2005

DINIZ CSG. O que nós profissionais de saúde podemos fazer para promover os direitos humanos das mulheres na gravidez e no parto? In: Projeto Gênero, Violência e Direitos Humanos: novas questões para o campo da saúde. 2.ed. São Paulo: Fundação Ford, CREMESP, 2003.

DINIZ, Simone Grilo et al . Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. **J. Hum. Growth Dev.**, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 377-384, 2015 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 15 abr. 2020.

GOLLOP, T. R. Por que despenalizar o aborto? **Ciência e Cultura,** São Paulo, v. 61, n. 3, p. 4-5. 2009

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Pg 28- Volume 6. ED. Saraiva. São Paulo. 2017

GUIMARAES, Liana Barcelar Evangelista; JONAS, Eline; AMARAL, Leila Rute Oliveira Gurgel do. Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. Rev.

stud. Fem., Florianópolis, v.26, n.1, e43278, 2018.Disponívelem<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2018000100205&lng=pt&nrm=iso>. acessosem 30 mar. 2020.Epub 15Jan2018. https://doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n143278.

PEREIRA, Jéssica Souza, SILVA, Jordana Cunha de Oliveira, BORGES, Natália Alves Borges, RIBEIRO, Mayara de Mello Gonçalves, AUAREK, Luiza Jardim, SOUZA, José Helvécio Kalil De Souza. Acadêmica- Violência Obstétrica: Ofensa a dignidade humana vol. 15, nº 1. pp 103-108 (jun-ago 2016). Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/6646/1/ARTIGO_Viol%c3%aanciaObst%c3%a9tricaOfensa.pdf acessado em 15/04/20

LIANA Barcelar Evangelista Guimarães Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil Eline Jonas Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, GO, Brasil Leila Rute Oliveira Gurgel do Amaral Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ref/v26n1/1806-9584-ref-26-01-e43278.pdf> Acessado em 15/04/20

MARIANO, Janaina da Mota. Parto Humanizado: Assistência de Enfermagem para as Parturientes disponível em: http;//repositório.faema.edu.br;8000/jspui/handle/123456789/2552

NAZÁRIO, Larissa e HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol apud Pulhez (2013). Os Direitos Da Parturiente Nos Casos De Violência Obstétrica Artigo desenvolvido como parte do trabalho de conclusão no curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta. 2 Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta; E-mail: larinazario@hotmail.com 3 Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Jurídica em Cidadania, Democracia e Direitos

Humanos - GPJUR; Docente da Graduação e Pós Graduação da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. E- mail: fhammarstron@unicruz.edu.br.

NETFLIX - Renascimento do Parto- Documentário

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO. **Curso de direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TEMPORÃO, J. G. **Direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil**: conquistas recentes e desafios prementes. Ciência e Cultura, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 21-23, abr./jun. 2012

VENTURI G, Godinho T. Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado. São Paulo: Sesc/Fundação Perseu Abramo; 2013.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho, URIBE, Magaly Calderón, NADAL,Ana Hertzog Ramos De, HABIGZAG, Luísa Fernanda. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA REVISÃO NARRATIVA-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf> Acessado em: 15/04/20

A EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DO MATERIAL GENÉTICO DO CONDENADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Fernanda Araújo de Oliveira

INTRODUÇÃO

Os processos de identificação criminal foram muitos ao longo dos anos. Atualmente, com os avanços biomédicos, bem como os tecnológicos, apresentou-se o material genético humano como uma nova e eficaz forma de identificação criminal.

O ácido desoxirribonucleico, mais conhecido como ADN, em sua sigla em português, ou DNA em inglês, é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo e, em razão disso, é facilmente extraído dele. O ADN determina as características de cada ser humano fazendo dessa forma que cada pessoa seja individualizada de maneira única. Essa unicidade traz a eficácia desse processo para a identificação, tornando o método popular e aceitável no ponto de vista de que esse meio de identificação seria benéfico à sociedade.

Diante disso, o presente estudo tem como objetivo, utilizando o método de pesquisa qualitativa e exploratória, analisar a Lei 12.654/12, que permitiu a criação de um banco de perfis genéticos para fins criminais e determinou a obrigatoriedade da extração de material genético dos condenados por crimes específicos.

A eventual violação de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal serão os principais objetos de análise do tema, que dará enfoque ao art. 9-A da referida Lei que prevê em seu conteúdo a possibilidade de utilização do DNA, retirado de maneira compulsória, em um eventual novo inquérito policial.

Nesse sentido, usando o procedimento de pesquisa bibliográfica, o estudo buscará compreender até que ponto os direitos e garantias fundamentais são realmente absolutas quando comparadas com o interesse público na resolução mais facilitada de crimes graves, utilizando o ponto de vista da Constituição Federal e o que ela considera como garantias fundamentais do homem. Os princípios constitucionais serão analisados de maneira imersiva buscando a compreensão dos embates e conflitos da Lei 12.654/12 com a Constituição Federais e seus princípios.

O CONTEXTO HISTÓRICO DOS PROCESSOS DE IDENTIFICAÇÃO

A identificação humana tem como objetivo principal individualizar e estabelecer com isso, uma identidade inequívoca à pessoa, diferenciando-a de todas as outras. Para isso, é necessário um método de identificação capaz de criar um conjunto de características próprias que possam diferenciar uma pessoa da outra de maneira precisa, estabelecendo assim, uma identidade.

Na história, muitos foram os utensílios e métodos utilizados para promover a identificação. Inicialmente a identificação era objeto de preocupação quando se tratava de identificação civil já que era importante determinar a propriedade sobre imóveis, escravos, animais, entre outros. Apenas em um momento posterior que o homem sentiu necessidade de identificar criminalmente as pessoas de forma a demonstrar que uma determinada pessoa era nociva à sociedade.

Quando houve a necessidade de uma identificação criminal ao homem, os métodos utilizados além de servirem como forma de identificação, também era utilizado como penalidade ao delito cometido pelo criminoso. Sendo assim, aquele condenado estaria sempre ligado fisicamente ao crime por ele cometido.

O primeiro método de identificação criminal, foi um processo chamado "Ferrete". Este método era utilizado em criminosos, escravos e animais e era baseado na utilização de um instrumento de ferro aquecido para marcar a pele desses grupos de pessoas e animais com o fim de identificar aquelas pessoas como perigosas e delinquentes.

Além do uso do "Ferrete" para identificação de criminosos, começou a ser utilizada também a mutilação. Este método, além de servir para identificar os autores de crimes, também servia como penalidade aos criminosos, pois era extirpado do delinquente o órgão relacionado com a prática do crime cometido por ele. Na época, acreditava-se que se a punição sofrida fosse igual à ofensa cometida, o criminoso ficaria curado de sua tendência criminosa.

Muitos procedimentos considerados desumanos foram utilizados para identificar os criminosos ao longo da história. Além do Ferrete e da mutilação, já foram utilizadas também tatuagens para a identificação de criminosos.

Objetivando o fim desses métodos, em 1879, Alphonse Bertillon, reuniu diversos processos de identificação em apenas um, com o fim de exterminar as probabilidades de erros judiciários que na época eram comuns. Alphonse teve a ideia de utilizar as medidas antropométricas como forma de estabelecer a identidade de uma pessoa. Medindo o tamanho do tronco, cabeça, membros e dedos para estabelecer precisamente a identidade de alguém. A antropometria ainda é utilizada hoje já que medidas como altura do criminoso são ainda conferidas em eventual condenação.

Findando os métodos desumanos, a papiloscopia surgiu substituindo o sistema da antropometria. A papiloscopia é a ciência que estabelece a identificação humana por meio das papilas dérmicas presentes nas palmas das mãos e na sola dos pés. Atualmente, ela é utilizada para identificação humana constando inclusive as digitais do polegar direito em documentos pessoais.

Em 2012, surgiu a Lei nº 12.654/2012, sancionada pela então presidenta Dilma Rousseff, que previu a coleta de perfil genético (DNA) como forma de identificação criminal dos condenados e, além disso, admitiu a criação de um banco nacional de dados para

o armazenamento do material genético compulsoriamente retirado do criminoso.

O DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

O Direito à privacidade tem característica de Direito Fundamental, portanto, é inerente à pessoa. Esse Direito existe e é possuído independente de ser conquistado ou não. A intimidade é característica do homem e foi sendo cada vez mais preservada com o passar do tempo. Nisso, se encontra também o Direito à intimidade genética que tem como objetivo delimitar e determinar as condições de acesso à intimidade genética.

O indivíduo deve ter o controle acerca das informações e dados genéticos pessoais, tendo como principal aliado dessas decisões o princípio da autonomia da vontade para ter o consentimento do acesso a esses dados.

Pode ser afirmado que o Direito à intimidade genética se subdivide em dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O objetivo se consubstancia em qualquer tecido ou parte do corpo em que pode ser encontrado informação genética sobre uma pessoa, já o elemento subjetivo do Direito à intimidade se objetiva a definir quem acessará e quando esse acesso aos dados genéticos poderá ser feito. O elemento subjetivo determina em que condições será acessado esse material. Esse elemento tem a missão de resguardar os dados humanos. Pois, em resumo, os dados genéticos podem, além de identificar uma pessoa, revelar uma enfermidade genética, proporcionar informação de parentes e permitir uma classificação permanente das pessoas e seus familiares.

Como a informação genética acompanha o indivíduo desde o nascimento até a morte, é de suma importância preservar pela privacidade, segurança e também sobre a intimidade dela, respeitando a diferença entre o privado e o íntimo. Sendo assim, a intimidade se trata de uma parte da vida privada de um indivíduo que obtém informações que só são compartilhadas se ele decide assim fazê-lo, se trata de um ambiente de confidencialidade de nossa vida interior.

Com base no conceito da intimidade ante exposto, entende-se que os dados genéticos já que são informações obtidas por meio de

extração e análise do DNA de um ser humano, deve ser um bem jurídico a ser protegido. Essa proteção deve ser feita tanto no campo da mera possibilidade de a extração virar uma informação de fato, quanto na transformação em informação propriamente dita, isso se deve pois ambos já produzem efeitos jurídicos.

O Direito à intimidade genética – além de constar na Constituição Federal, sendo um Direito da Personalidade – por ser tão importante e crucial é previsto em diversos textos internacionais, sendo eles: a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (art. 7º); o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 4 de abril de 1997 (art. 10); e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16 de outubro de 2003 (art. 14); entre outros.

Em razão de todo o exposto, é imprescindível que as informações relativas ao material genético de uma pessoa tenham caráter sigiloso pois, na eventual utilização desse material para fim diverso do inicialmente pretendido a época da extração, haverá responsabilização civil, penal e administrativa para quem fez erradamente a utilização.

A COLHEITA DO DNA HUMANO E SUAS EXTENSÕES

O ácido desoxirribonucleico, mais conhecido como ADN, em português ou DNA, em inglês, é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do organismo humano. É esse ácido que dá a cada ser humano suas características fazendo assim, que cada pessoa seja única e diferente uma das outras.

O ADN, por determinar características de cada indivíduo e, em razão disso, trazer sua individualização e também, pelo fato de constar em qualquer resíduo humano, sua aplicação como prova em processos – principalmente criminais – se faz muito segura e confiável. A possibilidade de comparar perfis genéticos deixados numa cena de crime, por exemplo, com o de um suspeito que já se sabe que possui condenação num crime considerado grave, faz parecer que o armazenamento de ADN num banco de dados genéticos se trata de um método simples para a resolução de crimes e busca da verdade real dos fatos.

Mas, os dados genéticos de uma pessoa não carregam só as informações daquela pessoa que forneceu o ADN, mas também de seus familiares. As características genéticas da família de quem forneceu o material genético também é carregado com ele em cada célula de seu organismo. Ou seja, acessar o material genético de um condenado por crime grave não significa ter as informações apenas daquele cidadão, mas também de seus familiares.

Para haver a extração e utilização do material genético de alguém, é necessário o prévio consentimento livre e esclarecido do titular, só assim tais informações serão válidas no mundo jurídico, essa exigência se faz presente no mundo genético para a extração de DNA e estende-se a todas as outras amostras genéticas possíveis.

Além disso, é importante salientar que, para tal coleta ser válida e eficaz deve-se cumprir os requisitos do art. 104 do Código Civil, ou seja, o agente deve ser capaz, o objeto deve ser lícito e deve ter forma prescrita e não defesa em lei.

O consentimento é primordial para que o material genético seja coletado, mas a criação de um banco de dados para o armazenamento dessas informações, faz surgir questionamentos éticos em razão da possibilidade da extensão desse consentimento, ou seja, a utilização do material coletado para fim diverso do consentido quando extraído.

Cabe informar que o material genético quando coletado para inclusão em banco de dados, tais informações são armazenadas por período indeterminado. O doador do material não tem total controle sobre o que é feito com seu DNA no período de tempo que lá é deixado. Sendo mais complicado de determinar se o consentimento dado para coleta está de fato sendo estrito ou ampliado para fim diverso do inicialmente acordado.

No caso da Lei nº 12.654/12 o objetivo da coleta do material genético do acusado é a pura e simples identificação do condenado. Sendo que essa finalidade pode ser modificada podendo também, além de ter fim de identificar criminosos, ter fim de auxiliar numa nova investigação caso esta ocorra mesmo sem ter o consentimento expresso do acusado por esta nova investigação criminal.

O SURGIMENTO DA LEI Nº 12.654/12

A Lei nº 12.654/12 surgiu com o objetivo principal de identificar condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime previsto na lei de crimes hediondos. Esta lei de 28 de maio de 2012, alterou a Lei de Execução Penal, a LEP, e a Lei nº 12.037/09.

A Lei prevê a coleta de perfil genético como meio para a tal identificação, além dessa coleta, ela admite a criação de um banco de perfis genéticos para o armazenamento do material coletado por condenados por crimes considerados graves do ponto de vista penal.

A controvérsia começa a surgir pois a lei não estipula um prazo para que esse material genético seja descartado, ou seja, após a coleta o material pode ficar nesse banco de dados mesmo depois do condenado cumprir toda pena prevista para o crime praticado. Em relação a isso, há entendimentos de que este fato significa violação dos direitos de personalidade dos condenados:

> Em relação à inviolabilidade da vida privada, a contradição entre lei e texto constitucional torna-se ainda mais grave: ao determinar que o DNA de todas as pessoas condenadas pela prática de crimes violentos ou hediondos deverá ser inserido no banco de dados e lá permanecerá sem qualquer tipo de prazo estipulado para sua retirada, o legislador pátrio extirpa destas pessoas uma clara parcela de seu direito à privacidade. (TAVARES, GARRIDO, SANTORO, 2016, p. 11)

Esse entendimento ganha mais força quando se é observado pelo ponto de vista da investigação criminal já que quando o material genético é coletado para fins de auxílio numa investigação, o investigado necessita dar prévia autorização judicial e, além disso, o prazo para exclusão das informações colhidas se encerra no fim do prazo legal estabelecido para prescrição do delito. Ao comparar esse procedimento ao procedimento da colheita para fim de identificação, começam os questionamentos acerca da constitucionalidade da lei.

Além disso, a obrigatoriedade da colheita do material genético causa outra dúvida quanto ao direito da privacidade do condenado. Quando a lei prevê a obrigatoriedade na extração, deixa claro que se trata de uma extração compulsória do material genético. Esta compulsoriedade descarta a necessidade de consentimento que versa sobre toda e qualquer extração de material genético até então.

A discussão sobre os limites dos poderes do Estado de colher o material biológico de suspeitos ou condenados por crimes e traçar seu respectivo perfil genético também existe, bem como se o método que é utilizado para colher o respectivo material é invasivo à privacidade.

Esses questionamentos acerca da extração compulsória e do prazo indeterminado para o armazenamento gerou um Recurso Extraordinário onde foi reconhecida a existência de repercussão geral na matéria e cujo a relatoria é do Ministro Gilmar Mendes, tal recurso ainda é pendente de julgamento. Mas o que se sabe é que foi entendida a relevância jurídica e social.

Sendo assim, em razão deste julgamento ainda estar em análise para julgamento, os casos análogos ficam em sobrestamento, aguardando decisão da Suprema Corte para que sejam julgados posteriormente quando houver entendimento consolidado sobre a matéria.

A BIFUNCIONALIDADE DA LEI Nº 12.654/12

A Lei que foi sancionada em 2012 pela então presidenta Dilma Rousseff, que prevê a criação de banco de perfis genéticos e traz a obrigatoriedade de extração de DNA de condenados por crimes graves, além de ter fim específico de identificar esses condenados, traz consigo também uma outra possibilidade de utilização dessa informação genética. Ela adiciona o artigo 9-A na Lei de Execuções Penais e tem em sua redação a possibilidade do acesso ao banco de perfis genéticos pelo juiz no caso de instauração de um novo inquérito policial.

Para o banco de perfis genéticos ser acessado para fins probatórios, se faz necessário ordem judicial expressa e, além disso, deve ser comprovada a necessidade da informação genética para a investigação do novo crime cometido. Esses requisitos fazem que o acesso ao banco de

dados seja relativamente mais seguro quanto aos riscos de uma possível manipulação das informações genéticas.

De qualquer forma, o uso do material genético para fins probatórios de novo inquérito, causa entendimentos contrários à norma. Muitos entendem que isso de uma maneira traz ao acusado uma estigmatização perpétua. Pois diferente do método da papiloscopia, usado hoje para identificação civil, a identificação por meio do material genético é utilizada apenas em uma parte da população e isso traz uma distinção social muito grande. Definindo como criminoso e perigoso ad aeternum aquele que possui o material genético cadastrado em banco de dados e diferenciando-o de todo o resto da população que não possui tal cadastro.

A seletividade da obrigatoriedade ao fornecimento do DNA incomoda também por outro motivo, pelo fato do material genético ser catalogado e armazenado por tempo indeterminado com o risco de, a qualquer momento poder ser acessado e utilizado como meio comprobatório de crime, traz a afirmativa de que isso seria, além de um método de identificação criminal, uma pena restritiva de direitos acessória à condenação principal.

Se entendida como pena restritiva de direitos, a função probatória da colheita compulsória de material genético ganha mais dois fortes motivos para o entendimento acerca da inconstitucionalidade da lei. A primeira delas é que isso violaria o art. 5º, XLVII, alínea "b" da Constituição Federal que impõe que não poderá haver penas de caráter perpétuo, ou seja, se o entendimento de que a coleta de material genético do condenado por prazo indeterminado se trata também de uma pena restritiva de direitos estaríamos violando a Constituição que proíbe a pena de caráter perpétuo; a segunda trata-se do fato de que a análise do DNA atinge também os familiares do condenado já que se trata de um material compartilhado entre família biológica, sendo assim, essa pena atingiria terceiros o que viola o art. 5º, XLV da Constituição Federal que deixa claro que nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado.

Sendo assim, a utilização do material genético para a função de identificação e como material probatório causa controvérsia no mundo

jurídico, apesar de haver doutrinadores que discordam expressamente da segunda função, a de elemento probatório, há quem concorde com a lei de 2012. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal e Justiça de Minas Gerais, por exemplo, entendeu em julgamento de embargos de declaração que as duas funções da lei são bem definidas. Tal julgamento foi citado pelo Ministro Gilmar Mendes no reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário sobre o tema:

> Consignou ter o banco de dados de perfil genético duas finalidades precípuas, a saber: servir como meio de identificação criminal e atuar como elemento probatório em posterior processo. Sublinhou que o gerenciamento das informações genéticas do acusado deve ser feita por unidade oficial de perícia criminal e o estudo não pode revelar traços somáticos ou comportamentais do indivíduo, preservando o direito à intimidade, em harmonia com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos adotada pela 33ª Sessão da Conferência Geral da Unesco. Salientou que a inovação introduzida pela Lei nº 12.654/2012 possui caráter de mero procedimento, sendo possível a aplicação aos processos em curso, mesmo aos relativos a delitos praticados antes da alteração legislativa. Os embargos de declaração foram desprovidos. (BRASIL, STF, 2016, p. 8)

Ou seja, a doutrina e a jurisprudência ainda não sabem como se posicionar em relação ao assunto que, notoriamente, causa dúvidas pertinentes sobre sua constitucionalidade.

A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

A garantia a não autoincriminação está prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. O princípio que também é conhecido como *nemo tenetur se detegere* prevê que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tal garantia tem o escopo de proteger o acusado de violações cometidas pelo poder público e veda práticas decorrentes de violências de quaisquer espécies na vida privada do suposto criminoso.

O Direito a não autoincriminação é de extrema e fundamental importância, ele também se encontra prescrito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8º que veio a ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro. O direito ao silêncio não pode ser suscetível de censura e nem desconsiderado pelos órgãos e agentes da persecução penal.

Em razão da força desse princípio e de sua primordial importância, é incabível que os condenados à crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei de crimes Hediondos, sejam submetidos compulsoriamente à coleta se seu material genético que posteriormente poderá ser usado contra ele mesmo numa eventual nova investigação na qual ele figure como suspeito.

Ocorre que o direito a não autoincriminação poderá sofrer restrição em prol da verdade material dos fatos, sendo por isso permitida a produção de algumas provas invasivas que, pelo processo penal, são tidas como ilícitas observando o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, porém há exceções para caracterizar lícitas as provas invasivas.

Resta saber se estaremos diante de mais uma modalidade de exceção de ilicitude de prova invasiva já que resta comprovado que para a extração do material genético deve haver a penetração de um instrumento estranho no corpo humano para que por ele seja extraído parte do organismo, se tratando assim de prova invasiva e por consequência ilícita no processo quando não consentida.

Em razão de todo o exposto, há um debate sobre se com a extração compulsória do material genética e sua futura utilização como material probatório num novo processo criminal se estaria diante de uma modalidade de prova invasiva e, portanto, ilícita ou ainda se essa prova violaria de fato o direito garantido pela constituição de silêncio e não autoincriminação.

É certo que para a sociedade a identificação genética usada como meio de prova para solução de casos criminais seria uma solução de resolução de crimes com um alto nível de segurança e em razão disso, seria um meio mais eficaz de descobrir a verdade reais dos fatos e com isso alcançar a justiça. Porém o termo justiça é subjetivo neste sentido já

que nesse caso para alcança-la seria necessário violar direitos e garantias individuais para satisfazer e resolver crimes. Nesse sentido, deve ser definido qual direito é preponderante – o direito individual ou o direito social e segurança pública.

Buscar a proporcionalidade entre todo esse conflito de direitos é o que grandes doutrinadores defendem e encontram como solução a todo o problema jurídico. Com a utilização do princípio da proporcionalidade, o que se entende é que nenhum direito fundamental previsto na Constituição Federal é absoluto, ou seja, a garantia da não autoincriminação pode sofrer restrições em prol da sociedade que busca a verdade material dos fatos.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma das garantias fundamentais mais importantes do ordenamento jurídico. Apesar de tamanha importância, é difícil de determinar e definir um conceito a ela, pois possui várias acepções.

Apesar de tantos entendimentos do que significa dignidade da pessoa humano, o que se tem em unanimidade é que tal dignidade é inerente ao ser humano, ou seja, é uma qualidade que faz a pessoa ser merecedora de respeito, tanto por parte do Estado quanto pela sociedade em geral.

Todos os princípios e garantias fundamentais que existem no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive princípio da privacidade e o princípio da não autoincriminação, buscam zelar pelo cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo esse, indiscutivelmente, o princípio mais importante do campo jurídico.

A ideia de defender a dignidade do homem não é antiga. Foi apenas no século XX que se intensificou a tese de que a dignidade é o bem mais precioso que uma pessoa deve ter. Para ser respeitada a dignidade do homem, os horrores praticados nos regimes nazistas e fascistas bem como na Segunda Guerra Mundial tiveram que ser divulgados e só assim, documentos internos vieram consagrar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

Após a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana e seu entendimento como um princípio valioso à garantia da ordem jurídica e do bem-estar da sociedade, foi se abrindo espaço no mundo jurídico, sendo citado em diversos textos constitucionais. O objetivo era o fim do tratamento do ser humano como um mero objeto, o ser humano passou a ser considerado como um fim em si mesmo tal qual ensina Kant:

> O homem, e, duma maneira geral, **todo ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade**. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, **ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim***. (KANT, 1974, p. 228, grifo do autor)

Em razão do respeito a garantia a dignidade da pessoa humana é entendido que na identificação criminal, esta dignidade também deve ser zelada e respeitada e, em razão disso, as informações genéticas da pessoa devem ser protegidas pois se trata de suas características, características essas que são inerentes ao ser humano.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos para identificação criminal passaram por uma intensa mudança, não ocorreu só mudanças no procedimento em que a identificação era feita, como também houveram mudanças no propósito dessas formas de identificação. Anteriormente, haviam métodos de identificação que, além de servirem como forma de identificar criminosos, também serviam de sanção a eles por se tratarem de meios extremamente violentos.

Com o passar dos anos e da maior proteção da legislação à pessoa humana, esses métodos foram substituídos por meios menos danosos ao indivíduo, trazendo mais segurança e confiança. Exemplo desses métodos são o datiloscópio e genético, sendo este objeto da pesquisa em questão.

A Lei nº 12.654 surgiu em 2012 com o objetivo de regulamentar a utilização do material genético humano como forma de identificação criminal e, esta mesma lei, possibilitou a utilização do DNA que fora anteriormente extraído como meio de prova num eventual novo inquérito policial.

Com o surgimento dessa Lei, muitos advogados baseando-se em doutrinadores utilizaram o argumento que a Lei seria inconstitucional se baseando no princípio da não autoincriminação, trazendo ao judiciário uma enxurrada de demandas repetitivas, todas sobre a mesma tese, o que levou o STF a reconhecer a relevância jurídica e social da matéria.

Além do princípio da não autoincriminação também é debatido se a Lei respeita o direito à privacidade genética do criminoso pois até então era entendido que por se tratar o DNA de característica personalíssima da pessoa humana, deveria haver consentimento para a coleta dele, o que não acontece na aplicação da Lei nº12.654/12.

O princípio da dignidade da pessoa humana também é visualizado aqui, já que tal Lei, por não haver prazo determinado para a retirada do material genético do acusado, teria o condão de estigmatizar o condenado por crimes hediondos e violentos mesmo após o cumprimento integral da sentença condenatória. Há, inclusive, entendimentos que isso seria uma segunda pena, restritiva de direitos, sendo essa uma pena perpétua, o que também viola a Constituição Federal.

Ao observar todo o exposto, conclui-se que a Lei nº 12.654/12 pela maneira que ela versa a coleta do material genético na execução penal está em discordância com a Constituição Federal em razão do direito à privacidade e da não autoincriminação, por forçar a produção de provas contra si próprio e afastar a presunção de inocência, fazendo que se assemelhe a uma pena restritiva de direitos de caráter perpétuo, o que também é vedado.

REFERÊNCIAS

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

Repercussão Geral. Rel. Min. Gilmar Mendes. Plenário. Data de Publicação: DJE 11/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 10 set. 2019.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O banco de perfis genéticos e a estigmatização perpétua: uma análise do art. 9-A da Lei 7.210/84 à luz da criminologia crítica. Revista Unicuritiba, 2016

O DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADE E SUA NEGAÇÃO ÀS PESSOAS DE BAIXA RENDA NO BRASIL

Wallace Charlles Campos Albuquerque
Laura Tereza Nogueira Mariano

1. Introdução

Discorrer sobre o direito à cidade por meio de um argumento meramente jurídico e positivista não parece o melhor caminho para encontrar possíveis explicações sobre como os diversos sujeitos sociais podem ou não exercê-lo.

Isso porque as leis são apenas abstrações de normas de conduta dirigidas aos cidadãos ou ao Estado e para que se possa realizar uma análise aprofundada do que de fato acontece, faz-se necessário recorrer a teorias de outros ramos das ciências sociais, a exemplo da própria sociologia.

Para tanto, adotaremos a teoria crítica de Jessé Souza como norte para estudar a formação da classe média brasileira, assim como outros autores, a exemplo de Giddens e Craidy para explicação da apropriação ou não do espaço urbano pelos socialmente excluídos.

2. A natureza do direito à cidade

O direito à cidade é, antes de mais nada, um direito humano. Os povos de todo o planeta, com raras exceções, vivem conectados a al-

guma cidade, dada a sua importância em um contexto de economia globalizada do século XXI.

Segundo David Harvey (2008):

> O direito à cidade é muito mais que a liberdade individual para acessar os recursos urbanos: é o direito de mudar a si mesmos por mudar a cidade. É, sobretudo, um direito coletivo, ao invés de individual, pois esta transformação inevitavelmente depende do exercício de um poder coletivo para dar nova forma ao processo de urbanização. O direito a fazer e refazer nossas cidades e nós mesmos é, como quero argumentar, um dos mais preciosos, e ainda assim mais negligenciados, de nossos direitos humanos (HARVEY, 2008, p. 23).[3]

O direito ao espaço urbano nem sempre foi previsto nos ordenamentos constitucionais. Pela primeira vez a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo exclusivo intitulado "DA POLÍTICA URBANA" em que prevê diretrizes para o seu exercício.

Reza seu Art. 182 que:

> A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

Embora tenha feito essa previsão de maneira genérica, não poderia ser diferente, posto que a Constituição tem o papel de estipular diretrizes gerais para que os entes federativos possam aprovar a legislação local, até porque nossa Constituição já é considerada por demais ana-

3 Tradução nossa do original: "The right to the city is far more than the individual liberty to access urban resources: it is a right to change ourselves by changing the city. It is, moreover, a common rather than an individual right since this transformation inevitably depends upon the exercise of a collective power to reshape the processes of urbanization. The freedom to make and remake our cities and ourselves is, I want to argue, one of the most precious yet most neglected of our human rights."

lítica e extensa, prevendo regras que poderiam estar somente em leis infraconstitucionais.

Vale a pena trazer à baila o § 2º deste mesmo dispositivo quando diz que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Esse texto é de suma importância por trazer ao ordenamento jurídico pátrio no que tange à política urbana o atendimento à função social da propriedade. O quer dizer isso, afinal?

A função social da propriedade no dizer de Figueiredo (2008) é no sentido de que "todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira" (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

Assim, o princípio da função social é aquele por meio do qual a propriedade deve constituir num exercício pleno de sua existência, auxiliando no desenvolvimento da comunidade. Isso deve ser observado tanto pela clássica propriedade individual, mas sobretudo quanto aos bens públicos, objeto do nosso trabalho.

Em atendimento ao Art. 182 da CF/1988, portanto, foi editada no ano de 2001 a Lei Federal n. 10.257, denominada Estatuto da Cidade, por meio da qual são fixadas diretrizes gerais da política urbana.

Para nosso objetivo, importante discriminar o Art. 2º que reza sobre as funções sociais da cidade e da propriedade urbana, *in verbis*:

> I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
>
> II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;
>
> III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

> IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
>
> V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
>
> VI – ordenação e controle do uso do solo (...)

A legislação ora em comento de fato significou um grande avanço no que tange ao direito urbanístico. Entretanto, na prática o que se vê é a má utilização da lei ou o seu não uso. No que tange às cidades menores, nos rincões do país, é praticamente inobservada.

Um bom exemplo de não observância é com relação ao previsto nos artigos 7º e 8º ao discorrer sobre o IPTU progressivo no tempo e posterior desapropriação em caso de não pagamento. Qual o gestor que, em sã consciência, segundo o adágio popular, irá "mexer no que está quieto"? E daí se extrai outro problema: o da falta de arrecadação fiscal, porquanto se não há pagamento, não há expropriação e, por conseguinte, não há qualquer arrecadação. Fica-se, assim, num ciclo vicioso.

Entretanto, é preciso deixar claro que, não obstante todas as previsões legais existentes no país, o que mais importa é sua concretude. De nada adiantam leis sem que as mesmas possam ser cumpridas. E no que diz respeito ao direito à cidade, parece-nos que as cidades brasileiras estão longe de um ideal mínimo de concretização desse direito fundamental.

Para entendermos um pouco da dinâmica de sua (não) concretização, é necessário atinar para algumas lentes teóricas sobre as classes sociais no Brasil, sobretudo no que diz respeito à formação da classe média, adiante resumidamente expostas.

3. Da formação da classe média no Brasil

Para este tópico utilizaremos precipuamente a teoria crítica do sociólogo Jessé Souza presente em suas recentes obras "A elite do atraso"

e "A classe média no espelho"; que busca retratar e explicar a formação da desigualdade no Brasil, a qual tem seu berço no instituto da escravidão moderna, formalmente abolida em 13 de maio de 1888, e na formação da classe média, antes mensurada em pesquisas apenas pelo critério de renda.

Para CARDOSO & PRÉTECEILLE (2017), ao discorrerem sobre a renda como critério diferenciador de classe, falam que ela:

> é apenas um (embora, obviamente, muito importante) dos instrumentos, ou meios da ação social que visa a essa transformação. Outro instrumento, lógica e empiricamente anterior à renda auferida, são as qualificações profissionais e a capacidade que cada qual tem de as fazer valer diante de outros com as mesmas credenciais. Mercado objetivo de posições, competição pelas posições existentes, luta por manter-se nelas e eventualmente melhorá-las ou transformá-las ou mesmo destruí-las em favor de melhores posições: a renda é o resultado desse complexo processo, mas o captura apenas em parte, como uma espécie de medida do sucesso ou fracasso da luta por posições, que nada mais é do que uma das formas da luta de classes (CARDOSO & PRÉTECEILLE, 2017, p. 987).

E por que a classe média? Porque é a partir dela, controlada por uma pequena elite, que se exerce o controle político-ideológico sobre as massas. É a partir desse estrato social que as cidades funcionam, desde o poder político até as manifestações de rua conduzidas por essa classe através de vários instrumentos, a exemplo da mídia venal.

Enquanto a pequena elite econômica brasileira preocupa-se com o lucro advindo das transações realizadas por sua atividade empresarial, a classe média é a que faz acontecer, ou seja, operacionaliza para aquela, explorando as classes marginalizadas.

Segundo Jessé Souza (2018, p. 58):

> os donos do dinheiro e do poder não podem simplesmente dizer ao restante da sociedade: 'Nosso intuito é deixar todos vocês, otários, sem propriedade e sem poder, apenas com a roupa

> do corpo, trabalhando nas condições mais favoráveis para mim.' Não é assim que acontece. Caso contrário, teríamos revolta e revolução. Não há dominação de poucos sobre muitos sem o recurso à mentira e ao engano. Em consequência, a opressão precisa ser moralizada, difundindo-se a ilusão de que o interesse do dominado é levado em conta e, mais importante, convencendo-o de que a própria dominação é para o seu bem.

Para o referido autor, o processo de abolição do escravismo não trouxe nenhuma mudança qualitativa na formação do povo brasileiro. Apenas mudaram-se as máscaras. A elite, antes eminentemente rural, com a chegada da família real em 1808 foi se assenhorando do espaço urbano e daí começou a surgir uma classe média mais bem definida, quase como a conhecemos hoje.

Para SOUZA (2018), era preciso que houvesse profissionais que tocassem os empreendimentos dos novos tempos. Advogados, burocratas, médicos, engenheiros, administradores, etc. Esses novos profissionais emergiam de uma classe de pequenos e grandes proprietários, os quais possuíam condições de formar seus filhos e filhas nas recém-criadas universidades brasileiras, bem como no exterior. As indústrias e empresas passaram a ser dirigidas por esses profissionais oriundos das famílias da chamada alta classe média, conforme diz o autor, *in verbis*:

> o acesso privilegiado ao conhecimento valorizado pressupõe uma renda comparativamente maior da família, de modo a comprar o tempo livre dos filhos para que eles se dediquem apenas aos estudos. Reservados à elite e à classe média, este já é um privilégio que invalida qualquer pretensão tola de merecimento e esforço próprio, dado que, no Brasil, os filhos das classes populares são obrigados desde a adolescência a estudar e trabalhar para ajudar em casa – obviamente, na imensa maioria dos casos, acabam não fazendo bem nem uma coisa nem outra. (SOUZA, Jessé. 2018. p. 142)

Com efeito, na obra "A elite do atraso", Jessé Souza (2019) aponta que:

> se pensarmos bem, veremos que o capital cultural, ou seja, a posse de conhecimento útil e reconhecido em suas mais variadas formas, foi, inclusive, o único capital que o capitalismo logrou, em grau muito variável – entre nós, no entanto, muito circunscrito apenas à classe média –, efetivamente democratizar. (SOUZA, Jessé. 2019. p. 101)

Ora, nem é preciso falar de onde surgiram os trabalhadores que operacionalizavam tudo: da população dos agregados e dos próprios escravos. Os agregados constituíam uma classe dos desprovidos, mas brancos, que executavam serviços para os proprietários. Já os escravos negros foram jogados à própria sorte após 1888, sem qualquer projeto de qualificação ou de reforma agrária, indo se alocar em morros e nas periferias nascentes.

A título de ilustração, conforme ainda o mesmo autor (2019):

> os filhos dos trabalhadores precários, sem os mesmos estímulos ao espírito e que brincam com o carrinho de mão do pai servente de pedreiro, aprendem a ser efetivamente, pela identificação com quem se ama, trabalhadores manuais desqualificados. A dificuldade na escola é muito maior pela falta de exemplos em casa, condenando essa classe ao fracasso escolar e, mais tarde, ao fracasso profissional no mercado de trabalho competitivo. (SOUZA, Jessé. 2019. p. 94-95)

Dessa forma, portanto, enquanto a elite econômica representada por um percentual mínimo da população preocupa-se com o capital econômico, é destinada à classe média alta a direção das maiores empresas cuja verdadeira dona é aquela; empregos mais qualificados às massas da classe média e, por fim, os empregos menos qualificados, a exemplo de trabalhos manuais, e atividades informais ao povo desqualificado.

4. Da negação do direito às pessoas de baixa renda no Brasil

O direito à cidade constitui-se, como exposto acima, em um direito bastante amplo. Refere-se à utilização ou usufruto de todos os

equipamentos urbanos, sejam eles materiais ou imateriais, existentes na cidade.

São por exemplo: o direito de utilizar o transporte público, à acessibilidade, o direito ao esporte, ao lazer, à utilização de academias públicas, à praia, à segurança pública, à saúde, enfim, a tudo que esteja direta ou indiretamente ligado à qualquer bem da cidade.

Segundo pesquisa realizada pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) no ano de 2010, os preços altos, a barreira social e a distância são os principais motivos de acesso a atividades culturais no país. Destaca ainda que o desenvolvimento cultural depende do contexto urbano em que a população é inserida. Dos 2,7 mil brasileiros ouvidos, 51% disseram que os equipamentos estão mal localizados enquanto 62,6%, afirmaram que o equipamento está longe da casa onde mora.

Nas cidades os melhores equipamentos urbanos geralmente não se localizam em bairros de periferia e quando munícipes dessas áreas tentam acessá-los, os mesmos são expulsos ou por forças de segurança pública, atendendo a chamado de moradores do local, ou são pressionados a saírem de outras formas, uma vez que para GIDDENS (1991, p. 70):

> quem quer que estude as cidades hoje em dia, em qualquer parte do mundo, está ciente de que o que ocorre numa vizinhança local tende a ser influenciado por fatores – tais como dinheiro mundial e mercado de bens – operando em uma distância indefinida da vizinhança em questão.

Enquanto equipamentos urbanos são constantemente negados à maioria da população, outro espaço na rua é construído pelas pessoas que nela vivem diuturnamente, a exemplo dos "meninos de rua", conforme argumenta CRAIDY (1998, p. 21):

> a rua dos meninos de rua não é a mesma do transeunte comum, das pessoas que saem a passeio ou para o trabalho. É uma rua invisível para a maioria da população que por ela circula [...] Os que vivem na rua, nela constroem as relações definidoras de suas existências. Redefinem o espaço, erguem paredes invisíveis, numa partilha minuciosa dos locais

Corroborando a vinculação da apropriação do espaço urbano à classe social a que pertence o indivíduo, SANTOS (2015) relata que:

> a apropriação da cidade pauta-se cada vez mais pelas regras do consumo. Aqueles que não possuem meios para consumir bens e serviços são afastados dos lugares, pois não têm porque estarem ali, já que o consumo passa a ser a razão da existência do espaço, em detrimento de outros valores. Consumir transforma-se em um exercício de inserção social. (SANTOS, 2015, p. 18).

Daí se depreende que as classes que demarcam e detém o poder sobre os espaços urbanos detentores de melhores equipamentos (cinema, parque, shopping, praça, ciclovia, etc.) são a pequena elite financeira, a alta classe média e as massas dessa classe. Às classes "D" e "E", por exemplo, são relegados os poucos espaços públicos sucateados, as lajes da periferia, ou, ainda, a própria rua.

Essas últimas classes pertencem ao grupo denominado "baixa renda", utilizando classificação adotada pelo IBGE, embora criticada por SOUZA (2018), uma vez que não afere uma série de variáveis que influenciam numa classificação mais realista sobre as classes. Entretanto, com o fito de ilustrar um pouco do que discorremos, segue abaixo de classificação por faixas de salário-mínimo:

Gráfico 1

Classes Sociais por Faixas de Salário-Mínimo (IBGE)

Classe	Número de Salários-Mínimo (SM)	Renda Familiar (R$) em 2016
A	Acima de 20 SM	R$ 18.740,01 ou mais
B	De 10 a 20 SM	R$ 9.370,01 a R$ 18.740,00
C	De 4 a 10 SM	R$ 3.748,01 a R$ 9.370,00
D	De 2 a 4 SM	R$ 1.874,01 a R$ 3.748,00
E	Até 2 SM	Até R$ 1.874,00

Fonte: https://thiagorodrigo.com.br/artigo/faixas-salariais-classe-social-abep-ibge/

Com efeito, Ferraz & Machado (2014), ao tratar da análise da expulsão dos sem-teto durante os preparativos para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 no Rio de Janeiro, ensinam que:

> a ocultação (ou o banimento) da pobreza se tornou crônica e acentuada nas cidades capitalistas contemporâneas, onde a população sem-teto é excluída como medida naturalmente necessária para o progresso e para a boa imagem. Portanto, é possível entender que sua condição de sem-teto é, antes de tudo, uma condição de espoliação. Ou seja, essa exclusão pressupõe um processo de espoliação a que estão submetidos os miseráveis que perdem tudo – que são expropriados de tudo. São espoliados dos seus bens e dos seus direitos constitucionais à sobrevivência digna: direito ao trabalho, à saúde, à educação, à alimentação e à moradia (FERRAZ & MACHADO, 2014, p. 613).

Fatos de discriminação e negação de acesso a equipamentos urbanos acontecem diuturnamente, embora invisibilizados pela mídia venal. No entanto, com a evolução da tecnologia foi possibilitada à população em geral a divulgação de fatos por meio de redes sociais e blogs que possibilitam a comoção social, fazendo com que a mídia tradicional seja obrigada a reportar, como no caso abaixo que trazemos à baila para entendermos melhor esse processo de negação à cidade:

> O vídeo do segurança tentando impedir um menino de comer o almoço comprado por um cliente ganhou repercussão nas redes sociais. Parte da situação foi gravada por uma pessoa que estava no local e, depois, postada no Facebook do próprio Kaique.
>
> O vídeo se tornou viral. Até as 10h desta terça-feira (12), apenas a gravação original tinha sido assistida por 8,9 milhões de pessoas e compartilhada mais de 400 mil vezes. Ao longo de pouco mais de cinco minutos de gravação, é possível ver parte da discussão entre o jovem e o segurança.

"Estou querendo dar o almoço ao menino aqui e o segurança está me rejeitando, falando que vai me tirar do shopping à força, que vai tirar o menino", diz Kaique, logo no início do vídeo.

Ele segue dizendo que a criança – um garoto magrinho, vestindo uma camisa de time de futebol e chinelos – vai, sim, comer. Diz que ele pagaria. A discussão acontece diante de um dos restaurantes da praça de alimentação.

O segurança, nesse momento, também carrega um celular. Indignado, Kaique se dirige a ele mais uma vez. "Queria ver se fosse seu filho que tivesse na rua passando fome. Eu queria ver. Ele vai comer", afirma, em reposta à negativa do segurança. O funcionário do shopping pede que um funcionário do restaurante chame o gerente, com o objetivo de que também se recuse a servir a comida.

Ainda no vídeo, Kaique diz para o segurança chamar o supervisor. Enquanto os funcionários do restaurante atendem Kaique e a criança – que estava acompanhada, ainda, de outro adolescente –, o segurança repete que o menino não poderia comer ali. "Não vai, não vai". Durante todo o período, o segurança se mantém ao lado deles.

Quando a funcionária do restaurante vem entregar o pedido, o segurança empurra o garoto para longe do balcão. Kaique intervém e os três saem andando. No vídeo, é possível escutar uma mulher revoltada com a atitude do segurança. "Não faça isso, não. Isso é palhaçada", diz ela.

"Eu trabalho aqui e ele não vai comer. Ele não vai comer. Meu trabalho é esse", afirma o segurança, enquanto continua tentando impedir a aproximação do menino e de Kaique ao restaurante.

Neste ponto, outros dois seguranças chegam e cercam os dois. Em seguida, um homem que parece ser o supervisor dos profissionais de segurança do shopping surge e diz que o menino não poderia vender nada ali – a criança segurava uma sacola amarela nas mãos.

> "Certo, não pode (vender), mas agredir a criança também não pode, não", intervém uma mulher que assiste a cena. Enquanto conversa com o supervisor, Kaique reforça que vai pagar pelo almoço da criança e faz críticas à postura do segurança. "Ele me pegou pelo braço, pegou o menino pelo braço", diz o jovem. O segurança argumenta que também teria sido agredido, mas algumas testemunhas questionam. "Ele nem te tocou. Está tudo filmado", diz a mulher que está gravando.
>
> Inicialmente, o primeiro segurança diz que o menino deveria pegar o almoço e sair. Que não poderia sentar na praça de alimentação. Kaique, então, reage: diz que o menino comeria com ele, na mesma mesa em que estava. Depois que o supervisor se dirige à criança, os seguranças se afastam e, finalmente, o menino pôde sentar e comer a refeição.[4]

Fazendo um estudo do caso acima, observamos que o segurança tenta impedir que a criança se alimente nas dependências da praça de alimentação do shopping, mesmo tendo um adulto que esteja pagando por sua comida.

O cerne da questão não é a criança não ter dinheiro para se alimentar, mas a sua aparência, a qual denotava – para os padrões da classe média – ser uma pessoa de baixa renda, sem condições "dignas" de frequentar aquele ambiente, invisível, portanto, a uma das instituições mais representativas do capitalismo, qual seja, o Shopping Center. É o que Pierre Bourdieu (1989) conceitua como violência simbólica, a qual se constitui como uma forma de violência exercida pelo corpo sem coação física, causando danos morais e psicológicos.

Essas negações ao bem viver da sociedade, portanto, são precipuamente negações de classe. Melhor dizendo: das classes alta e média com relação às classes populares de baixa renda, as quais concentram larga maioria da população brasileira. Entretanto, não queremos afirmar com o exposto que todas as pessoas que integram as classes nega-

4 https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/seguranca-que-impediu-garoto-de-comer-em-shopping-e-afastado/

doras são algozes da negação, mas sim que há uma negação exercida por meio da coletividade e das estruturas sociais.

5. Conclusão

Estudar o direito à cidade a partir da ótica de teorias sociológicas ainda se constitui tarefa árdua. No entanto, deixar de lado o aspecto meramente jurídico-dogmático e efetuar uma guinada por meio da pesquisa em Direitos Humanos com o fito de captar sentidos ainda não percebidos por parte da comunidade acadêmica se faz imprescindível.

Conforme explanado em linhas pregressas, a concretização do direito à cidade perpassa inevitavelmente pela luta de classes, tanto no Brasil quanto no mundo. Em nosso país houve uma negação desse direito desde o início da formação do nosso povo, quando ainda vigorava o regime escravocrata e daí tiramos a origem da nossa classe média.

A classe média brasileira é a maior responsável pelo processos políticos que afetam a nossa sociedade. Isso porque a mesma é controlada, embora esse controle não se evidencie com facilidade, pela elite do capital financeiro.

Assim, todos os processos de mudança política desde o advento da República vêm sendo influenciados e conduzidos pela classe média, conforme ensina o sociólogo Jessé Souza (2018) por meio de sua teoria. Isso possibilita um controle de uma classe sobre outra por meio de uma série de mecanismos que vão desde a influenciação mais direta sobre todas as camadas da sociedade à criação de verdadeiras teorias sociológicas que acabam, ao final, fazendo parte do senso comum do povo brasileiro.

Compreender, portanto, todo esse processo mostra-se imprescindível para que a nossa sociedade possa avançar no sentido da busca pela justiça social, ou seja, de um país mais igualitário, tanto formal quanto materialmente. A ciência, quando posta a serviço do bem comum – embora seja arriscado o uso desse termo – torna-se motor de desenvolvimento para todas as nações que dela fazem uso.

Nos últimos anos têm-se lutado incansavelmente contra ataques oriundos de grupos dominantes, os quais disseminam inverdades sobre

muitas questões discutidas acima, como se tudo fosse irrisório para os "verdadeiros interesses da nação". Espera-se, contudo, que seja apenas um período passageiro ou se porá em risco todo o avanço percorrido até então.

6. Referências

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 jan. 2020.

CARDOSO, Adalberto; PRÉTECEILLE, Edmond. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 60, no 4, 2017, pp. 977 a 1023.

CARNEIRO, Thiago Rodrigo Alves. **Faixas Salariais x Classe Social – Qual a sua classe social?**. Disponível em: < https://thiagorodrigo.com.br/artigo/faixas-salariais-classe-social-abep-ibge/>. Acesso em: 05 jan. 2020.

CORREIO. **Segurança que impediu garoto de comer em shopping é afastado**. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/seguranca-que-impediu-garoto-de-comer-em-shopping-e-afastado/>. Acesso: 22 jan. 2020.

CRAIDY, Carmem Maria. **Meninos de rua e analfabetismo**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

FERRAZ, Sonia Maria Taddei; MACHADO, Bruno Amadei. Cad. Metrop., **Eu não tenho onde morar, é por isso que eu moro na rua. Os "sem-teto": moradores ou transgressores?**. São Paulo, v. 16, n. 32, pp. 609-623, nov 2014 Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2014-3214>. Acesso em: 20 jan. 2020.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HARVEY, David. **The right to the city**. New Left Review. New Left Review. II (53): 23–40. sept oct 2008. Disponível em <https://newleftreview.org/issues/II53/articles/david-harvey-the-right-to-the-city>. Acesso em: 22 jan. 2020.

SANTOS, Maria Lívia Ferreira dos. **Entre o anonimato e a visibilidade: moradores de rua portadores de sofrimento mental e a produção do espaço urbano**. Trabalho de Conclusão de Curso. Salvador: UFBA, 2015.

SOUZA, Jessé. **A classe média no espelho: sua história, seus sonhos e ilusões, sua realidade**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2018.

_____. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

UOL - Cotidiano. **Para brasileiros, preço alto é principal obstáculo para acesso à cultura, diz pesquisa do Ipea** <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/11/17/brasileiro-se-sente-distante-de-oferta-cultural-diz-ipea.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E O PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA

Stéfanny de Queiroga Terto Souza

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como objeto de estudo o direito à moradia, e o objetivo geral é estudar o direito à moradia como um direito social amparado pela Constituição Federal de 1988, e como objetivo específico será analisada a concretização desse direito, por ser este um direito fundamental para a vida humana.

Metodologicamente, será estudado o Programa do Governo Federal "Minha Casa, Minha Vida" na qual visa proporcionar uma moradia adequada e digna, principalmente, aos indivíduos menos favorecidos da sociedade a fim de garantir a concretização do direito à moradia no território brasileiro. Será apresentada a concepção de moradia; ainda, será estudado esse direito em relação aos Direitos Humanos abordando a sua presença e concretude no âmbito internacional; já no que diz respeito ao direito brasileiro, será analisada a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, abordando a presença e eficácia do direito à moradia; alegoricamente, será observado e estudado o programa Minha Casa, Minha Vida, retratando a sua origem, bem como, sua legislação e a realidade das famílias beneficiadas pelo respectivo programa; e, por fim, será discutida a eficácia e real objetivo do programa social em relação à efetivação do direito à moradia.

O Direito à Moradia é um direito de segunda geração juntamente com os demais direitos sociais surgidos no século XX, com a segunda revolução industrial e o aparecimento das reivindicações das classes trabalhadoras. Essa geração passa a existir durante a Primeira Guerra Mundial e tem como objetivo complementar os direitos da primeira geração. Os direitos de segunda geração foram consagrados com as Constituições mexicana, de 1917 e alemã, de 1919. No que diz respeito à Constituição mexicana, que para alguns constitui um marco para uma nova concepção dos direitos fundamentais, para Ferreira Filho (2002, p. 46) trata-se apenas de "um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais". Em contrapartida, a Constituição de Weimar estabeleceu, sim, um novo modelo, servindo de inspiração para diversas outras, tanto da Europa bem como por todo o globo, inclusive no ordenamento brasileiro com a Carta de 1934.

No Brasil, a Constituição de 1988, estabelece a habitação como sendo uma das necessidades básicas do ser humano, consagrando a moradia como um direito social, sendo, também, um direito humano contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, em seu artigo 25. Porém, deve-se ressaltar que para ser garantido o direito à moradia é imprescindível haver uma habitação digna, no entanto, a realidade é que as famílias menos favorecidas habitam em espaços precários que colocam suas vidas em risco iminente.

Como forma de propiciar tal direito, em âmbito nacional, fora criado o Programa "Minha Casa, Minha Vida", por meio da medida provisória 459/09 que deu origem à Lei 11.977/09, como uma alusão ao artigo 23, XX do texto constitucional. Esse programa tem como objetivo garantir o financiamento habitacional para famílias cuja renda mensal seja de até R$ 4.650,00. Faz-se necessário ressaltar que para que o programa venha ser implementado, a União concederá subvenção econômica no ato da contratação do financiamento, nas condições impostas pela legislação, no intuito de facilitar a aquisição, a produção ou a requalificação do imóvel residencial; e complementar o valor necessário para assegurar o equilíbrio do contrato e, com isso, garantir uma moradia digna de ser habitada.

2. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE MORADIA

2.1. CONCEPÇÃO DE MORADIA

A moradia está relacionada à dignidade da pessoa humana que constitui a base material para o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos. Uma vez que sem uma moradia adequada para se viver, fica difícil manter a educação e o emprego, assim como, a saúde se torna precária e, ainda, a participação social fica impedida. Por ser um direito social tem como finalidade garantir uma vida digna ao cidadão.

Moradia é um direito reconhecido internacionalmente em diversos documentos e amparado pela Constituição Brasileira, em seu artigo 6º, na qual dispõe que: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". A moradia é uma necessidade básica de todo ser humano, dependente de um espaço físico, estando, assim, interligada ao direito à propriedade (artigo 5º, XXII, CF/88). O Estado como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais lhe cabe a competência de materializá-los. Como garantia disso, o Estado institui serviços públicos correspondentes a esses direitos (FERREIRA FILHO, 2002, P. 51).

Segundo José Afonso da Silva (1996, p. 748), a moradia pode ser entendida como sendo uma das funções urbanísticas, ao lado da circulação, do trabalho e do lazer das pessoas. Por ser um direito fundamental social, este tutela "os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real" (LAMMÊGO, 2014, p. 809). Para Bulos, a finalidade da moradia é beneficiar os hipossuficientes de modo a assegurar-lhes uma situação de vantagem, seja direta ou indireta, quando colocados em condição de igualdade real, (2014, p. 809), tendo por natureza o poder de exigir uma prestação concreta pelo Poder Público (2014, p. 210).

A moradia adequada constitui um dos direitos humanos garantidos a todos internacionalmente, sendo reconhecido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e em 1966 com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assim, tor-

nou-se um direito universal, sendo aceito e podendo ser aplicado em todo o globo como um direito fundamental à vida.

2.2. DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À MORADIA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos fora aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Esta é uma síntese em que lado a lado se inscrevem os direitos fundamentais, ditos da primeira geração – *as liberdades* –, e os da segunda geração – *os direitos sociais*.

Em seu artigo 25, declara que:

> Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948, p. 13)

Vale destacar a existência de Conferências realizadas pela ONU acerca do direito à moradia e assentamentos humanos, tendo a primeira ocorrido em 1976, em Vancouver, Canadá, Conferência Habitat I, na qual fora realizada pelo fato de os governos terem começado a reconhecer a necessidade da existência dos assentamentos humanos sustentáveis, assim como, as consequências da rápida urbanização. Essa Conferência tem como objetivo "trabalhar em prol do desenvolvimento urbano social, econômico e ambientalmente sustentável com o objetivo de proporcionar moradia adequada para todas e todos", (NAÇÕES UNIDAS, 2019, p. 1 e 2).

A temática do direito à moradia para todos fora disposta na Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos realizada em Istambul, Turquia, em junho de 1996, na qual estabelecia como objetivos principais a moradia adequada para todos e os assentamentos humanos sustentáveis em um mundo em urbanização.

Nessa Conferência fora desenvolvida a Agenda Habitat II que ratificou o compromisso da Cúpula das Cidades em assegurar a imple-

mentação dos Direitos Humanos, na qual está incluso o direito à moradia, porém de forma progressiva pelo fato de o Brasil só concordar com a aprovação desse direito após a palavra "progressivamente" ser posta no documento segundo Fernando Barcellos de Almeida (1996, p. 72). Ainda conforme Barcellos, isso se justifica com o pensamento de que o Brasil possui acerca da moradia, na qual o país considera tal direito como "um bem vinculado ao nível dos rendimentos, negando que a privação de um teto signifique violação dos Direitos Humanos", (1996, p. 72).

O direito à moradia está vinculado ao nível econômico do cidadão. Fato esse que justifica a não inclusão desse direito ao longo do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 na qual estabelece os direitos e deveres individuais e coletivos. Ainda, o que se entende é que a resistência quanto à aprovação desse direito está ligada ao receio das autoridades de que a população pudesse cobrar a garantia de tal direito em órgãos judiciários (BARCELLOS, 1996, p. 75).

Em outubro de 2016 com a adoção da Nova Agenda Urbana, na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável, o Habitat III, realizada em Quito, Equador, foi firmado um novo fundamento e compromisso global no intuito de conceder um desenvolvimento urbano sustentável, ou seja, foram definidos padrões globais de atuação para que os Estados-Membros da ONU alcancem o desenvolvimento sustentável, (NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 11).

Essa Nova Agenda Urbana, com tempo de eficácia previsto de 20 anos, levou os países a repensarem a forma como suas cidades são construídas gerenciadas e, principalmente, como as pessoas estão vivendo nelas.

3. DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à moradia tem como objetivo consagrar o direito à habitação digna e adequada, deste modo, ele se encontra amparado em todo o texto constitucional, sendo de forma direta ou indireta,

uma vez que o Estado tem por dever proporcionar o acesso de todos a esse direito.

Com isso, conforme o artigo 1º, III da Constituição Federal: "Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 1988, P. 1)

Ainda, o direito à moradia é garantido no artigo 21, inciso XX, do mesmo diploma, em que atribui, por competência da União, a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Também, se encontra guarido em seu artigo 23, inciso IX, na qual estabelece que "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico", (BRASIL, 1988, p. 14).

Ademais, cita-se o artigo 79, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que instituiu, no âmbito do Poder Executivo, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com objetivo de viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de rendas e outros programas, todos voltados para a melhoria da qualidade de vida, (BRASIL, 1988, p. 121).

Quanto aos recursos para o Fundo supracitado, o artigo 2º, da LC 111/01 esclarece que serão constituídos por frações do *quantum* arrecadado com impostos como o IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados – e com contribuição social, nos moldes da lei, também, é formado por valores recebidos pela União em virtude da desestatização de sociedade de economia mista ou empresas públicas por ela controladas, ainda, é formado por doações, sendo de qualquer natureza, e ainda de pessoas físicas ou jurídicas residentes no País ou do exterior; e por outras receitas ou dotações orçamentárias que sejam destinadas ao Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza, (BRASIL, 2001, p. 1 e 2).

Por conseguinte, no artigo 243 do texto constitucional, estabelece que nas propriedades rurais e urbanas em que forem encontradas o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo,

sofrerá a desapropriação e serão destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem indenização ao proprietário e podendo sofrer outras sanções previstas em lei, (BRASIL, 1988, p. 102)

Vislumbra-se que o termo "plantas psicotrópicas" faz menção às plantas que contenham substâncias na qual agem diretamente no cérebro modificando, deste modo, o comportamento do indivíduo. Ademais, o trabalho escravo também é motivo para a desapropriação da terra, uma vez que esse tipo de trabalho é expressamente considerado crime pelo Código Penal, artigo 149 (BRASIL, 1940, p. 30)

Embora vários artigos da Lei Maior consagrassem indiretamente o direito à moradia, este só veio a ser incorporado, de forma expressa, com a Emenda Constitucional nº 26/2000 que modificou o artigo 6º e estabeleceu como direitos sociais: a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Com isso, nota-se que o direito à moradia só fora implantado no texto constitucional quatro anos após a realização da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, em 1996, momento em que esse direito foi consagrado e restou estabelecido o compromisso dos Estados membros em assegurar a implantação dos Direitos Humanos, incluindo o direito à moradia.

3.2. ESTATUTO DA CIDADE

Ante a pressão de movimentos sociais urbanos com o intuito de obter melhores condições de vida, assim como, a implementação do direito à moradia nos direitos sociais e fundamentais, diante da segurança tácita guarida no texto constitucional, encontramos o Estatuto da Cidade na qual surgiu como o projeto de lei nº 181 de 1989, sendo proposto pelo então senador Pompeu de Souza.

Sendo apresentado no plenário do Senado em junho do referido ano, porém, mesmo sendo aprovado fora remetido à Câmara e engavetado em meados do ano seguinte. Após onze anos fora reapresentado e aprovado em 2001 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, dando origem, assim, à Lei 10.257/2001, tendo

como princípios basilares o planejamento participativo e a função social da propriedade.

Diante isso, o direito à moradia pode ser entendido como sendo o direito à cidade e a gestão democrática nas quais se fazem presentes no artigo 2º, incisos I e II, do Estatuto da Cidade, cujo objetivo é não somente resolver os problemas sociais em relação à moradia, mas também, colocar à disposição da Administração Pública dispositivos legais que possam servir como modelos de diretrizes para a implantação e implementação de políticas públicas e urbanas designadas a solver os problemas de acesso à cidade e o direito fundamental à moradia digna. Assim, regulamentando o capítulo "Política urbana" da Constituição Federal, faz-se necessário ressaltar o artigo 2º desse Estatuto, em seus incisos I e II, no qual:

> Art. 2°: A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano. (BRASIL, 2001, p. 1)

É possível observar a existência de legislações correlatas ao Estatuto como os artigos 182 e 183 da própria Constituição Federal os quais afirmam que a política de desenvolvimento urbano tem como objetivo classificar o íntegro desenvolvimento dos papéis sociais da cidade e garantir uma qualidade de vida aos seus habitantes. Sendo relatado também acerca do instituto da usucapião de áreas urbanas como forma de aquisição do domínio da propriedade, para que, assim, tenha guarido o seu direito à moradia, (BRASIL, 1988, p. 83 e 84).

Por fim, como forma de reafirmar a norma prevista no Estatuto da Cidade, surge a Lei nº 11.888/2008, cuja finalidade é assegurar às famí-

lias, apenas de baixa renda, a assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social, afirmando outros objetivos além do direito à moradia, como, aperfeiçoar e qualificar o espaço edificado e os recursos utilizados; formalizar os processos perante o poder público municipal e outros órgãos públicos; evitar a ocupação de áreas de risco; e, por fim, propiciar e qualificar a ocupação do sítio urbano de acordo com a legislação urbanística e ambiental, (BRASIL, 2008, p. 1 e 2).

4. PROJETO GOVERNAMENTAL MINHA CASA, MINHA VIDA

4.1. A ORIGEM, LEGISLAÇÃO E CONTRATO

Historicamente, os conjuntos habitacionais deram início entre 1930 e 1945, com o primeiro governo de Getúlio Vargas, sendo estes para categorias profissionais determinadas, ainda, utilizando recursos dos novos Institutos de Aposentadoria e Pensões. Já, em 1946 é criada a Fundação da Casa Popular cujas finalidades eram construir moradias; o apoio à indústria de materiais de construção e a implementação de projetos de saneamento. Contudo, até o ano de sua extinção, em 1964, não foram produzidas 17 mil unidades.

Após nove anos da emenda nº 26/2000 haver entrado em vigor, o governo brasileiro criou o programa "Minha Casa, Minha Vida" – PMCMV – por meio da Medida Provisória 459/09 sendo aprovada pelo Senado Federal e sancionada pelo então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. Em seguida, foi convertida para a lei de nº 11.977/2009 cujo artigo 1º dispõe como objetivo o de tornar esse direito acessível às famílias com a renda mensal de até R$ 4.650,00, (BRASIL, 2009, p. 1).

O PMCMV surgiu com dois objetivos, sendo o primeiro o de combater a falta de moradia para a população de baixa renda e o segundo de estimular a atividade econômica a fim de conter as consequências da crise mundial de 2008. Nesse momento, apesar da crise em escala global, a econômica do Brasil estava indo bem, tendo crescido 6,1% em 2007 e 5,1% em 2008, (ANTUNES, 2019, p. 2 e 3).

O crescimento econômico se dava, principalmente, pela construção civil, no entanto, as famílias de classe média baixa e baixa não estavam sendo contempladas com esse desenvolvimento, apenas as famílias de média e alta renda eram atendidas. A partir disso, o Governo Federal da época reafirmou a oferta para crédito imobiliário perante os bancos públicos e logo em seguida anunciou a criação do Programa Governamental, (ANTUNES, 2019, p. 2 - 4).

Este programa, ligado à Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, estimula o cooperativismo e a participação da própria população como elemento principal na solução dos seus problemas relacionados à habitação. Por meio do princípio da publicidade, o processo de escolha das famílias deve ser aberto ao público, sendo obrigatória a publicação dos critérios utilizados para a escolha, conforme os recursos do Município.

O programa em questão possui algumas regras para que haja a contemplação das famílias com a unidade imobiliária. Pelo regramento estabelecido, o programa possui algumas faixas que subdividem as famílias de acordo com o limite de renda mensal percebido. Por meio disso, é possível estabelecer as condições contratuais, como taxa de juros anuais e limite financeiro para a aquisição do imóvel, bem como, serve como parâmetro para fixar o patamar de necessidade do subsídio governamental.

Nesse sentido, a faixa 1 contempla os grupos que recebem até R$ 1.800,00, sem incidência de juros anuais, sendo a aquisição de imóvel com valor máximo de até R$ 96 mil e recebimento de subsídio com maiores índices, podendo chegar à cobertura de até 90% do valor do bem, (ANTUNES, 2019, p. 4).

A faixa 1,5 fixa como limite de renda a quantia de R$ 2.600,00, com incidência de juros de 5% ao ano, podendo o valor imóvel chegar até R$ 144 mil. Quanto ao subsídio, se divide em: um auxílio de até R$ 47,5 mil para as famílias com renda de até R$ 1.200,00 e uma redução progressiva para as que tiverem rendas superiores à retro mencionado, (ANTUNES, 2019, p. 4).

Quanto à faixa 2, o limite de renda é de R$ 4.000,00, os juros anuais variam de 6% a 7%, já o imóvel pode chegar à R$ 240 mil e o subsídio

é subdivido em até R$ 29 mil para os contratantes com renda de até R$ 1.800,00 e redução progressiva para os que tiverem renda superior.

A faixa 3, por sua vez, tem como limite de renda o *quantum* de R$ 9.000,00, juros anuais de 9,16% e o valor do imóvel pode chegar à até R$ 300 mil, quanto ao subsídio, nessa faixa não há previsão uma vez que a renda familiar, por si só, é capaz de adimplir com as parcelas contratuais e garantir a aquisição do imóvel.

Por conseguinte, interessante abarcar os principais pontos da Lei 11.977/2009, a qual destaca que para haver a implementação do PMCMV, conforme união dos arts. 2º, 18, 20 e 33, a União: concederá ajuda financeira ao beneficiário pessoa física no ato da contratação do financiamento; participará do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR – na qual está autorizada a transferir recursos, de forma limitada, aos fundos de investimentos que visem o melhor desempenho para este programa habitacional, quais sejam, o Fundo de Desenvolvimento Social – FDS e o Fundo Garantidor de Habitação Popular – FGHab, além da ajuda econômica dada ao contratante por meio do Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, (BRASIL, 2009, p. 2).

Imprescindível destacar que esse programa governamental tem como subprogramas o Programa Nacional de Habitação Urbana – PNHU – e o Programa Nacional de Habitação Rural – PNHR. Sendo assim, no artigo 4º da legislação em estudo estabelece que o PNHU tem como objetivo promover a produção ou a aquisição de novas habitações ou, ainda, a requalificação de imóveis urbanos, (BRASIL, 2009, p. 3).

Já o artigo 6º versa que a subvenção econômica, ou seja, a ajuda econômica nesse subprograma visa facilitar a aquisição, produção e requalificação do imóvel, bem como, complementar o valor necessário a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento efetivadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, dentre tais operações estão compreendidas as despesas de contratação, de administração e cobrança e custos de alocação, remuneração e perda de capital, (BRASIL, 2009, p. 4).

O PNHR tem por finalidade auxiliar a produção ou a reforma de imóveis para os agricultores familiares e os trabalhadores rurais, por

meio das operações de repasse do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional utilizando recursos do FGTS, conforme o artigo 11 da lei 11.977/09, (BRASIL, 2009, p. 8 e 9).

Por último, o artigo 13 afirma que a subvenção econômica terá por escopo facilitar a produção ou a reforma do imóvel, também, integrar o valor necessário a fim de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro das operações de financiamento, e complementar a remuneração do agente financeiro, nas situações em que a ajuda econômica do governo esteja vinculado ao próprio financiamento, (BRASIL, 2009, p. 9).

4.2. REALIDADE DAS FAMÍLIAS BENEFICIADAS PELO PROGRAMA

O Minha Casa, Minha Vida já favoreceu milhares de famílias, proporcionando uma moradia própria, retirando-as de lugares precários e insalubres, do pagamento de aluguéis, das moradias de favor, dos casebres, entre outros.

Desde a origem do programa, em 2009, já foram contratadas mais de 5,5 milhões de unidades habitacionais, sendo que, desses contratos, mais de 4 milhões de casas foram entregues para a população, com um investimento de aproximadamente R$ 110 bilhões feito pelo Orçamento Geral da União (LIS, 2019, p. 2).

Apesar do alto número de famílias contempladas pelo programa desde 2009. A realidade é que entre os anos de 2013 e 2018 o programa se concentrou apenas em aprovar as moradias para os integrantes da faixa 2, qual seja, os que possuíam renda mensal de R$ 2.600,00, uma vez que recebe menos subsídio de Governo e mais auxílio da conta vinculada do FGTS, (ANTUNES, 2019, p. 4).

Só no ano de 2019 o Governo Federal contabilizou a contratação de mais de 210 mil unidades habitacionais cujas famílias contempladas são da faixa 1,5, faixa 2 e faixa 3, sendo isso em todo o território brasileiro, (BRASIL, 2020, p. 1 e 2).

Isso se deu, principalmente, por conta da diminuição no fornecimento de subsídio que teve como origem as inúmeras fraudes e rombos nos cofres públicos. Assim, a liberação de pouco subsídio Orçamentário implicou em uma atenção maior para os integrantes da faixa

1,5 e da faixa 2, (ANTUNES, 2019, p. 4), uma vez que esses possuem mais condições de adimplir, por si só, com os contratos firmados.

Com isso, vislumbra-se que apesar de o objetivo do programa ser de atender as famílias de baixa renda que estejam organizadas em associações, cooperativas ou entidades privadas sem fins lucrativos, na realidade, está havendo uma segregação dos mais carentes por causa da má administração dos cofres públicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, fato é que a problemática da não garantia do direito à moradia está intrinsecamente ligada à cultura do país, na qual há um jogo político voltado para os interesses da classe alta da sociedade, para a minoria da população, enquanto os interesses e necessidades dos menos favorecidos são desprezados e postos em segundo plano. É por isso que há uma enorme discrepância nos bairros brasileiros que por um lado veem-se bairros extremamente luxuosos e, por outro, miseráveis.

Partindo desse pressuposto, constata-se que o programa Minha Casa, Minha Vida beneficiou milhares de famílias, no entanto, em virtude dos rombos nas contas públicas acabou por impossibilitar o cumprimento do principal objetivo do programa, qual seja, o combate à falta de moradia adequada para a população de baixa renda, vez que com a carência de verbas não há condições para o Governo permanecer acobertando a maior parte do imóvel.

Diante disso, há que se debater qual é a real intenção do programa na atualidade? A questão social e o cumprimento do direito à moradia ainda se encontram em destaque ou o Minha Casa, Minha Vida se transformou em uma corretora imobiliária pública com possibilidade de ajudar algumas famílias desde que essas possam arcar com mais da metade do imóvel?

É inegável que em meio a um mundo predominantemente capitalista possuir recursos financeiros é indispensável, no entanto, a Constituição estabelece, em seu artigo 3º, incisos III, IV, como objetivos da República federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a redução

das desigualdades sociais e regionais, assim como, promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.

A partir disso, o direito à moradia, como todos os outros direitos sociais, necessita de contribuições sólidas e, assim, está subordinado a uma fonte de renda. E pelo fato de nem todos possuírem condições econômicas suficientes que lhes garantam tal direito o que ocorre é a precarização da habitação, ou seja, famílias passam a arriscar suas vidas para se estabelecer em lugares debilitados e chama-los de moradia. Para tanto, a constitucionalização do direito à moradia requer uma significação e uma otimização mais adequada à realidade do que verdadeiramente tal direito é composto para que este venha ter o alcance devido e de forma concreta no presente Estado Democrático de Direito.

Diante de tal problemática faz-se necessário o questionamento: o que se pode fazer para garantir o direito à moradia para os que não possuem recursos financeiros suficientes para dispor de uma casa própria, ainda que com as possibilidades disponibilizadas pelo programa? Ora, quanto a isso, é possível afirmar que o Brasil é um país rico, não só em aspectos naturais, mas também financeiramente, no entanto, o seu desenvolvimento não pode prosseguir, pois a corrupção domina, não apenas no meio político, mas sim em todas as áreas da sociedade, fazendo com que milhares, milhões e bilhões simplesmente sumam em pouco tempo.

O Estado brasileiro possui sim recursos para amparar tal direito à população mais carente, porém faltam políticas públicas que façam prevalecer a justiça e a honestidade em meio aos constantes escândalos de corrupção. De mesmo modo, nota-se a ausência de educação política da população que insiste em eleger o mesmo perfil de candidatos, mas na espera de governos e resultados diferentes. Sabe-se que os políticos são os representantes do povo, assim, deve haver uma mudança na base do país não só para que haja desenvolvimento do Estado, mas também, para que os direitos sociais da população sejam resguardados em sua plenitude, bem como, que a Constituição Federal possa sair do plano teórico e venha ser colocada em prática.

Assim, como forma de resguardar a dignidade da pessoa humana, é dever do Estado estabelecer e solidificar políticas públicas que visem à garantia e satisfação de todos os direitos sociais, em especial a moradia,

para que famílias de baixa renda ou até que não possuam quaisquer recursos financeiros venham a ter a oportunidade de possuir uma casa própria, e porque não dizer um lar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, 212 p.

ANTUNES, Leda. UOL. Economia. **Minha Casa Perto do Fim?**. Disponível em: https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#tematico-3. Acesso em: 01 Dez. 2019.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Minha Casa, Minha Vida – Habitação Urbana**. Disponível em:

http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx. Acesso em: 05 Dez. 2019

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848.** Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1940, 75p.

BRASIL. Congresso. Senado. Estatuto das Cidades. **Lei nº 10.257**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jul. 2001, 16p.

BRASIL. Congresso. Senado. **Lei Complementar nº 111**. Diário Oficial da União, Brasília, 9 jul. 2001, 2p.

BRASIL. Congresso. Senado. **Lei nº 11.888**. Diário Oficial da União, Brasília, 26 dez. 2008, 2p.

BRASIL. Congresso. Senado. **Lei nº 11.977**. Diário Oficial da União, Brasília, 8 jul. 2009, 19p.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988, 154p.

BRASIL. Governo do Brasil. Moradia. **Governo entrega mais de 245 mil moradias em 2019**. Disponível em: https://www.gov.

br/pt-br/noticias/assistencia-social/2019/10/minha-casa-minha-vida-entrega-mais-245-mil-moradias Acesso em: 05 Dez. 2019

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Decreto nº 591**. Diário Oficial da União, Brasília, 6 jul. 1992, 8p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1696 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 195 p.

LIS, Laís. G1. Economia. **Minha Casa Minha Vida Completa 10 Anos com Queda nas Contratações.** Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/25/minha-casa-minha-vida-completa-10-anos-com-queda-nas-contratacoes.ghtml. Acesso em 10 Dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 11 Dez. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nova Agenda Urbana**. Disponível em: http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf. Acesso em: 11 Dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU-HABITAT. **Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos.** Disponível em: https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/. Acesso em: 11 Dez. 2019.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 818p.

A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL E O INTERESSE SOCIAL

Rubens Cantanhede Mota Neto

Introdução

Esse artigo pretende mostrar que a propriedade intelectual possui forte relação com o interesse social e foi criada pelo legislador para beneficiar a sociedade. Para fundamentar esse ponto vamos analisar o tratamento constitucional que o Brasil dá a esses direitos, sua raiz histórica ligada ao interesse público na tradição anglófona que influenciou o Brasil e por fim vamos examinar como o funcionamento da propriedade intelectual foi pensado para gerar benefícios a sociedade.

A Constituição e a Propriedade Intelectual

A Constituição Brasileira de 1988 consagra os direitos de propriedade intelectual, situação bem atípica, pois como bem aponta Denis Borges Barbosa, não é todo sistema constitucional que incorpora dispositivos relativos a garantia da propriedade intelectual no seu texto básico, mesmo países com fortes tradições na área como a Alemanha e a França não possuem essa característica. (BARBOSA, 2009, p. 16-19)

O exemplo mais clássico de dispositivos constitucionais consagrando direitos de propriedade intelectual vem da Constituição Americana de 1787, a qual não faço menção apenas a título de curiosidade,

tendo em vista a enorme influência da doutrina norte-americana sobre propriedade intelectual no mundo e, em especial, para fins do presente trabalho, no Brasil.

A redação do dispositivo constitucional norte-americano relativo à proteção das invenções está da seguinte forma: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries".

Essa redação é bastante interessante, pois ela não apenas menciona que o direito à propriedade intelectual deve existir, mas atribui a ele também uma função ou utilidade: "promover o progresso da ciência e das artes úteis", atribuição que é extremamente relevante no estudo da propriedade intelectual nos Estados Unidos.

Essa observação se torna pertinente quando lemos o inciso XXIX do art 5º da Constituição de 1988 onde percebe-se claramente pela redação desse inciso a influência da doutrina constitucional norte-americana dentro da nossa construção constitucional da propriedade industrial ao estabelecer uma função a esses direitos ligada ao desenvolvimento tecnológico, econômico, assim como na legislação norte-americana.

Esse dispositivo também traz como objetivo do sistema de propriedade industrial o alinhamento com o "interesse social", o que é bastante relevante para concluirmos que não basta que o exercício de direitos como patentes, marcas e desenhos industriais satisfaçam mero interesse privado, é necessário que o interesse privado do agente beneficiado pela garantia desses direitos esteja alinhado aos interesses do conjunto da sociedade.

Pode-se dizer que a compreensão desse inciso é essencial para uma discussão sobre a função social da propriedade industrial, por expressamente mencionar algumas das principais funções desse sistema, sem, no entanto, se limitar a essas cláusulas finalísticas, tendo em vista que a propriedade industrial, devido a sua função social, deve também se harmonizar com a dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, como o direito de acesso à cultura, educação, direito a saúde, direito à informação, liberdade de expressão, só para mencionar alguns.

Nesse sentido se posiciona a autora Flavia Piovesan:

> "Deste modo, a proteção ao direito à propriedade intelectual não pode inviabilizar e comprometer o dever dos Estados-partes de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais assegurados pelo mesmo Pacto.
>
> Além dos Estados-partes buscarem o balanço adequado destes direitos, com o razoável equilíbrio entre a proteção do interesse privado do autor e do interesse público concernente à proteção dos direitos sociais, frisa o Comitê que a propriedade intelectual é um produto social, apresentando uma função social. Deve, portanto, ser avaliado o impacto no campo dos direitos humanos dos regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual." (PIOVESAN, 2009, p. 20)

Claro que não se deve entender do reconhecimento da função social da propriedade industrial uma mera forma de desvalorizar e limitar o exercício desses direitos, pelo contrário, esse reconhecimento serve na verdade para valorizar o instituto ao explicitar sua utilidade social que leva a necessidade de sua proteção pela ordem constitucional.

A autora Ana Frazão tece uma interessante consideração nesse sentido:

> É certo que a função social também foi vista por alguns autores brasileiros como uma mera limitação ao exercício de propriedade, a fim de coibir abusos. No entanto a parte mais significativa da doutrina acabou reconhecendo que a função social exige, antes de tudo, um compromisso positivo do proprietário com o atendimento dos interesses sociais, resgatando a responsabilidade e a intersubjetividade que devem caracterizar o exercício dos direitos subjetivos. (FRAZÃO, 2009, p.14)

Como podemos ver, função social não trata apenas de limitação e tem como principal característica a interposição de deveres positivos. Esse entendimento é especialmente importante para a compreensão da

propriedade intelectual, que é uma forma de direito com uma característica fortemente funcional, dado que se trata de uma forma especifica de intervenção do estado na economia buscando se atingir fins específicos.

Voltando a discussão sobre a relação entre os demais direitos fundamentais e a propriedade industrial, Flavia Piovesan conclui que a harmonização entre o sistema de propriedade industrial e os direitos fundamentais serve para adequar esse instituto ao atual paradigma de Estado Democrático de Direito, superando o anterior paradigma liberal individualista, mantendo as virtudes desse sistema como o incentivo à inovação tecnológica e desenvolvimento econômico já mencionados no texto constitucional. (PIOVESAN, 2009, p. 35-36)

Antes de encerrar esse tópico vale lembrar que o direito autoral também recebe tratamento constitucional ao estar expresso nos incisos XXVII e XVIII do artigo 5º. Infelizmente o conteúdo desses incisos se limitam a descrever o caráter patrimonial desses direitos, não seguindo o bom exemplo já citado do inciso que trata dos direitos de propriedade industrial.

No entanto, isso não significa que o direito autoral não possui função social, dado que se trata de uma forma de propriedade intelectual e assim como essa enquanto gênero está vinculada a função social, é natural que como espécie o direito autoral também esteja vinculado a função social.

Esse é o entendimento de Carolina Tinoco Ramos em dissertação sobre o contributo mínimo em direito de autor:

> Desse modo, a ponderação trazida pela cláusula finalística "tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" apenas abarca os direitos de propriedade industrial uma vez que o constituinte optou por tratar os direitos de autor em separado. Entretanto, isso não significa que o direito de autor não está sujeito a esse tipo de balanceamento no âmbito constitucional e sim apenas que isso não decorre de uma formulação expressa. (RAMOS, 2010, p. 112)

O raciocínio expresso pela autora é coerente, pois existe uma tensão entre o direito exclusivo do autor e o direito da sociedade ao acesso

à cultura, direito à informação, de modo que deve haver um motivo válido para que o estado permita essa restrição causada pela garantia do direito autoral. Esse motivo se encontraria dentro da clausula finalística, mas não só adstrito a ela. (RAMOS, 2010, p. 113)

Vale lembrar que a autora, Carolina Tinoco Ramos, é uma defensora da doutrina do "Contributo Mínimo do Direito Autoral, que trata da necessidade de uma contrapartida do autor em relação a sociedade para que ele possa usufruir da proteção relativa ao direito autoral.

Outro autor adepto dessa teoria, Denis Borges Barbosa, também ressalta o viés de fomento ao desenvolvimento econômico existente no direito autoral, ponto extremamente importante por conectar os objetivos do direito autoral com a clausula finalística da propriedade industrial. Assim ele afirma:

> Entendemos, no entanto, que o direito autoral tem seu papel, entre os outros meios de que o Estado usa para intervir na economia para obter essa produção naquele seu segmento que se volta para o mercado, ainda que nos limites ora circunscritos pelas mutações tecnológicas. O nosso percurso tenta determinar onde e quando isso ocorre. (BARBOSA, 2011, p. 5)

Essa visão expressa pelos dois autores aqui mencionados é coerente com a doutrina norte-americana que não faz diferença entre as funções que devem ser cumpridas pelo direito autoral e pelo direito de propriedade industrial, atribuindo aos dois forte viés utilitarista econômico, entendendo-os como molas impulsionadoras da economia.

Por fim o direito autoral também deve se harmonizar com os demais direitos fundamentais assim como os direitos de propriedade industrial, afim de se adequar ao paradigma do estado democrático de direito. A esse respeito, Flavia Piovesan faz a seguinte consideração:

> À luz deste novo paradigma, há que se buscar um adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária e os direitos sociais à saúde, à educação e à alimentação assegurados pelo Pacto

> Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2009, p. 36)

Construção do sistema de propriedade intelectual

Um dos pontos mais interessantes sobre o estudo do surgimento da propriedade intelectual é o reconhecimento expresso de que esse direito é uma criação do estado via legislação, tendo como objetivo um melhor funcionamento da economia. Isso pode parecer um pouco óbvio, mas como a professora Ana Frazão aponta, existe um imaginário que nega ou ignora que o funcionamento da economia e dos mercados dependeu da intervenção ativa do estado via legislação:

> Por todas essas razões, não é exagero afirmar que, além de o laissez-faire do século XIX ter sido planejado e de a liberação dos mercados ter requerido uma "mão ativa" da intervenção estatal, nunca houve propriamente mercados livres ou independentes da regulação jurídica. A experiência histórica confirma a tese weberiana de que a atividade econômica precisa de um direito racional que assegure previsibilidade e segurança. (FRAZÃO, 2017)

Esse tipo de mentalidade poderia conduzir à crença de que os direitos de propriedade intelectual existem independentemente da existência de legislação, quase como se fossem direitos naturais, imanentes e anteriores a qualquer legislação. Essa visão, entretanto, não se sustenta diante das evidências históricas que vamos apresentar a seguir que demonstram que a construção da doutrina da propriedade intelectual nos países de maior tradição nessa temática seguiu o caminho oposto.

Em 1774, a Câmara dos Lordes julgou o caso Donaldson v. Becket, caso onde se discutia se a propriedade intelectual era um direito estabelecido por legislação, com período determinado, criado pelo estado ou se era um direito comum de caráter natural, absoluto e perpétuo. A Câmara decidiu que o direito deveria ser limitado pelo tempo

e que não poderia ser perpétuo, estando sujeito a limites estabelecidos em lei. (ROSE, 1988)

A despeito das controvérsias geradas por diversas interpretações desse caso, me alinho a visão de Howard Abrams, que acredita que o caso determinou a não existência de um direito natural ao direito autoral. "Nothing here that speaks of any concern for authors or any argument that copyright is a natural right" (ABRAMS, 2016, p. 12). Howard Abrams, inclusive, aponta que nem mesmo os defensores da ideia de "perpetual common law copyright" sustentaram esse direito como natural (ABRAMS, 2016, p. 15).

Porém ainda mais contundente foi a decisão da Suprema Corte no caso Wheaton V. Peters que também rejeitou a "Common Law Copyright", estabelecendo que o direito autoral é criado pelo congresso e não ratificado por ato legislativo (PICHARDO, 2016), "Congress, then, by this act, instead of sanctioning an existing right, as contended for, created it".[5]

Ainda sobre o caso a "Annotation 39 – Article I" ao falar da natureza e escopo dos direitos de propriedade intelectual assegurados faz menção ao caso para reafirmar a convicção de que se trata de direito positivo e ainda apontar a clausula finalística desse direito:

> Nor, in the third place, it held, did the word ''securing" in the Constitution recognize the alleged common law principle Wheaton invoked. The exclusive right Congress is authorized to secure to authors and inventors owes its existence solely to the acts of Congress securing it, from which it follows that the rights granted by a patent or copyright are subject to such qualifications and limitations as Congress, in its unhampered consultation of the public interest, sees fit to impose. (UNITED STATES OF AMERICA, 1834)

Talvez o argumento mais forte na tradição norte-americana contra a teoria do direito natural relativo à propriedade intelectual foi feito

5 Wheaton v. Peters, Henry Wheaton and Robert Donaldson, appellants vs Richard Peters and John Grigg. 33 u.s. 591, 8 pet. 591, 8 l.ed. 1055 (1834).

por Thomas Jefferson em sua carta a Isaac McPherson. Primeiro ele começa apontando que as invenções patenteadas, como um elevador, tomam algo do domínio público[6] e depois fazendo menção a teoria do direito natural, Jefferson faz uma das considerações mais famosas e bonitas sobre a natureza dos bens intelectuais, trecho esse largamente citado pela Suprema Corte:

> Stable ownership is the gift of social law, and is given late in the progress of society. it would be curious then if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. if nature has made any one thing less susceptible, than all others, of exclusive property, it is the action of the thinking power called an Idea; which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. it's peculiar character too is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. he who receives an idea from me, receives instruction himself, without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. that ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point; and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement, or exclusive appropriation. inventions then cannot in nature be a subject of property. society may give an exclusive right to the profits arising from them as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility. but this may, or may not be done, according to the will and convenience of

6 Por tomar algo do domínio público é necessário que para a concessão do direito de exclusiva algo seja retribuído a sociedade, caso contrário seria uma apropriação indevida do que é de domínio comum, como bem aponta Denis Borges Barbosa (2009, p. 4).

> the society, without claim or complaint from anybody. (JEFFERSON, 1813)

Através desse trecho Jefferson ao mesmo tempo explicita as características positivas dos bens imateriais e explica que o privilégio da propriedade intelectual visa apenas servir como estímulo de característica econômica aos autores e inventores, e é concedido visando não o benefício desses, mas sim o bem-estar da coletividade.

É fato curioso para muitos que o Brasil seja um dos primeiros países a ter uma lei de patentes, editada em 1830, porém antes disso o Alvará de 28 de abril de 1809 já mencionava a questão do privilégio exclusivo garantido aos inventores.

O Alvará introduzido foi inspirado na legislação norte-americana e inglesa e tinha como objetivo o desenvolvimento da atividade industrial no país, tendo em vista que se tornaria o novo centro das decisões políticas de Portugal devido a fuga da família real de Napoleão (CABELLO, POVOA, 2016).

A Constituição de 1824 também assegurava o privilégio exclusivo e temporário a invenções, depois regulamentada pela Lei de Patentes de 1830, anterior à lei portuguesa sobre patentes que só sairia sete anos depois.

Essa lei também tinha como objetivo estimular a inovação tecnológica no Brasil, tendo critérios estritos de concessão. Era necessário um exame prévio que comprovasse a novidade e utilidade da invenção, requisitos que se não fossem satisfeitos geravam recusa na concessão (CABELLO, POVOA, 2016).

A lei também estabelecia outras exigências como o dever de revelar a invenção, colocando num arquivo público a descrição do funcionamento da invenção, além do dever de fazer uso da invenção no prazo máximo de dois anos após a concessão do privilégio.

Como se pode ver a raiz da tradição brasileira de proteção à propriedade intelectual muito se assemelha a da Inglaterra e Estados Unidos, com foco voltado ao estímulo da economia e benefício da sociedade, ao invés da satisfação do interesse egoístico do inventor. Inclusive vale citar que a legislação desse período determinava a duração da proteção de acordo com a utilidade do invento podendo variar de 5 a 20 anos, o que reforça a crença no caráter utilitário da proteção.

Essa tradição como vimos no tópico anterior foi mantida com a promulgação da Constituição de 1988 que estabelece uma função social aos direitos de propriedade intelectual relativa à cláusula finalística de ordem econômica e à harmonia com outros princípios constitucionais.

Justificativas do sistema de proteção à propriedade intelectual

Nos tópicos anteriores foi destacado que a propriedade intelectual, dentro da nossa tradição e da tradição anglófona, visa satisfazer o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico. Esse tópico tem como objetivo explicar como a concessão de direitos de propriedade intelectual cumprem essa função.

É de entendimento comum que os direitos de propriedade intelectual visam estimular a inovação nos mercados, é como se o Estado, reconhecendo o bem-estar social gerado por determinado trabalho criativo, recompensasse o indivíduo, de modo que esse se sinta motivado a continuar criando.

Essa recompensa vem na forma de um direito de exclusividade limitado temporalmente para uso comercial da invenção, situação onde o inventor pode comercializar seu produto sem enfrentar nenhuma concorrência, pois seus concorrentes não podem copiar ou reproduzir sua criação. Essa situação permite que o criador cobre por sua criação um preço de monopolista, o que garante a esse um lucro maior do que em condições normais de mercado (LILLA, 2014).

Mas daí advém diversas dúvidas, seria esse estímulo realmente necessário para estimular os artistas e inventores inovarem mais? Como o atual design dos direitos de propriedade intelectual realmente pode ajudar nesse objetivo? E se existe um equilíbrio entre o estímulo à inovação e os gastos com o sistema de proteção da propriedade intelectual que é custeado pela sociedade, principalmente enquanto consumidora final dos produtos que tiveram seus preços elevados pela existência desses direitos.

Vamos procurar endereçar essas questões uma a uma nesse tópico, a começar pela questão da necessidade de direitos de propriedade intelectual para estimular atividades inventivas.

Propriedade Intelectual como estímulo a inovação

Existem diversas formas pelas quais o estado pode incentivar a inovação, aqui a dúvida é saber porque o estado acreditou ser mais eficiente fazê-lo via propriedade intelectual.

A resposta para essa pergunta está na clássica teoria do "*market failure*", aplicada a propriedade intelectual, presente em diversos manuais e textos sobre o tema. Antes de adentrar na teoria é importante relembrarmos alguns conceitos.

No texto de Jefferson anteriormente citado ele explica como ideias são coisas difíceis de serem apropriadas pelo indivíduo, uma vez que assim que ele as expressa perde com esse ato a posse exclusiva da ideia. Porém o mais interessante é a observação de Jefferson de que ainda que o indivíduo perca a exclusividade sobre o bem intelectual, ele ainda conserva para si a posse da ideia.

Traduzindo essa discussão para o debate econômico temos que Jefferson está descrevendo as características dos bens imateriais que se caracterizam por não serem escassos e não serem rivais (LILLA, 2014).

Essas características fazem com que os bens intelectuais não possuam nenhum valor de troca que não aquela condicionada ao seu meio de reprodução, pois podem ser reproduzidos infinitamente (VIANNA, 2005, p. 96).

É a partir dessa conclusão que nascem as preocupações expressas na "Teoria do Market Failure", pois tendo em vista a natureza dos bens intelectuais, como é possível que o inventor colha os benefícios do seu duro trabalho? O inovador enfrentaria grandes dificuldades na criação de um novo produto para que rapidamente o seu concorrente possa se aproveitar de seu esforço, num típico fenômeno de "*free ride*" (POSNER, 2005).

A natureza econômica do bem imaterial, apesar de proporcionar ao consumidor acesso a esses bens por um valor próximo de zero, também retira qualquer estímulo que o autor ou inventor possa ter para criar ao impedir que esse consiga recuperar os recursos dispendidos na criação, custos esses que tendem a ser elevados.

Esse fenômeno é, portanto, identificado como uma imperfeição do sistema de livre mercado, que não seria capaz de se autorregular

de forma a retribuir os inventores por suas invenções, o que geraria, caso o estado não intervisse, um nível subótimo de inovação. Denis Barbosa explica:

> Uma patente, por exemplo, é uma exclusividade temporária, assegurada pelo Estado, para garantir o retorno do investimento o qual, pelas forças normais do mercado, seria erodido pela livre cópia. O Estado intervém no livre fluxo da concorrência através da concessão da patente, para corrigir o market failure. A correção de tal falha da livre concorrência –especificamente, a do desestímulo no investimento de longo prazo na inovação pela livre cópia das novas criações - se daria através da garantia legal de um lead time, direito exclusivo ou garantia de indenização – em ambos casos, temporária - para quem investisse na nova criação tecnológica ou autoral (BARBOSA, 2002, p. 10).

2.4.2 Funcionamento dos direitos de exclusividade

A partir desse entendimento fica mais fácil explicar como funciona o desenho da propriedade intelectual. A exclusividade concedida ao inventor serve para que se replique a escassez típica dos bens materiais, basicamente isso cria uma escassez artificial que permite que o bem imaterial tenha valor de troca.

Veja que esse é um privilégio temporário, pois o principal objetivo dessa "recompensa" não é beneficiar o criador e sim a sociedade, que segundo a lógica do sistema seria beneficiada pelo acréscimo em atividade inventiva e desenvolvimento econômico advindo da proteção desses direitos.

Mesmo que do ponto de vista inicial o consumidor seja prejudicado por ter que arcar com preços muito maiores do que ele pagaria caso o estado não concedesse essa proteção, no longo prazo ele seria beneficiado por essa política econômica através de um acesso maior a novas obras e invenções. Por esse entendimento a propriedade intelectual é a taxa que a sociedade paga para ter acesso a um sistema econômico desenvolvido e inovador.

Também cabe questionar os efeitos dessa proteção na ordem econômica do país e como afeta a dinâmica concorrencial entre as empresas, afim de se auferir se é possível se argumentar que tais direitos geram um desenvolvimento econômico. Sobre esse ponto a autora Ana Frazão tece uma interessante observação:

> "Além disso, a exclusividade na exploração dos direitos de propriedade intelectual, embora prejudique a concorrência sob uma perspectiva estática, por reduzir a eficiência alocativa, tem efeitos positivos sobre a eficiência dinâmica na medida que estimula a concorrência pela inovação (FRAZÃO, 2017, p. 405-406)."

Não à toa alguns autores como o Calixto Salomão passaram a entender que do ponto de vista econômico a propriedade intelectual seria um instrumento de estímulo a concorrência, observação interessante por evidenciar ainda mais o aspecto publicista desse instituto, ao relacioná-lo com o direito da concorrência, outra área bastante ligada ao interesse social. (SALOMÃO FILHO, 2006)

É justamente esse tratamento concorrencial que conduz à melhor aplicação da propriedade intelectual, estabelecendo a ela obrigações e limites que permitem que seu uso beneficie a concorrência e por fim a sociedade. Entre elas está a exigência do requisito de novidade e demonstração de atividade inventiva para a concessão de patentes:

> "O requisito de novidade das patentes é não só constitucional, mas na verdade ligado ao princípio fundamental da livre concorrência. Só aquilo que ainda não caiu no domínio público pode receber a exclusividade legal sem violar a liberdade da concorrência (BARBOSA, 2009, p. 23)."

Vale também lembrar que o Código de Propriedade Intelectual também estabelece diversas possibilidades de licença compulsória quando a concessão da patente não satisfazer o interesse social ou atender as dinâmicas de mercado.

Por fim chegamos a uma das perguntas mais importantes sobre o sistema de propriedade intelectual, é possível verificar em que medida de fato a propriedade intelectual pode estimular a inovação gerando os benefícios almejados pelo legislador?

O Balanço entre o estímulo a inovação e o custo social do sistema de propriedade intelectual

Agora que entendemos os motivos que levaram o legislador a incentivar a inovação pela propriedade intelectual e como os direitos de exclusividade permitem que esse estímulo funcione, cabe uma última pergunta sobre o instituto, o quão eficiente é esse sistema em promover inovação?

A sociedade cabe custear o sistema administrativo e judicial que permite a existência dos direitos de propriedade intelectual, além de pagar o incremento no valor dos produtos causado pela concessão de exclusividade que bloqueia temporariamente a concorrência permitindo que os inovadores cobrem valores maiores do que em situações normais de mercado (WU, 2005). A esse fenômeno vamos chamar de "custo social da propriedade intelectual". Sobre esse assunto, disserta, Tim Wu:

> The classic analysis of intellectual property and innovation is a comparison of dynamic benefits and static costs. The benefit of a government's promise to grant intellectual property rights is the creation of incentives to invest in the research and development of new products. The static costs are measured as consumer deadweight loss resulting from higher pricing, the result of market power conferred by intellectual property. The optimal assignment of intellectual property rights must balance the incentives created against the deadweight loss. (WU, 2005, p. 110)

Dado que a sociedade incorre em sérios custos para a manutenção desse sistema, é natural que seja esperado que esse seja altamente eficiente e promova um imenso bem-estar em termos de novos produtos

adentrando ao mercado, e muitos defensores da propriedade intelectual alegam que ela faz exatamente isso, mas como podemos verificar?

Antes é importante entendermos como funciona o ciclo de vida de uma invenção protegida pela propriedade intelectual, pois até o momento foi discutido como o desenho da exclusividade remunera o inventor o estimulando a criar, mas é preciso entender também como a propriedade intelectual conduz à invenção ao domínio público, aumentando o patrimônio da sociedade.

Primeiro, para a concessão dos direitos de propriedade industrial, é necessário que o inventor apresente relatório descritivo que permita que a sociedade entenda como a invenção funciona e pode ser reproduzida.

Essa exigência existe tendo em vista que a concessão de propriedade industrial é limitada pelo tempo, então se espera que ao fim do ciclo de vida da propriedade, aquela técnica caia em domínio público e possa ser reproduzida pela sociedade que vai ter acesso as técnicas de reprodução da inovação graças as informações prestadas pelo inovador no momento do pedido de concessão de direito de propriedade industrial.

É dessa forma que se espera que a concessão de direitos de propriedade intelectual alimente o domínio público e beneficie a sociedade. Se por um lado a exclusividade visa remunerar o inovador, o limite temporal cria o equilíbrio entre o acesso da sociedade e a recompensa dada ao inovador como estímulo.

A essa tentativa de equilibrar acesso ao público através da expiração do prazo de uso da propriedade intelectual e o direito de exclusão do inventor também pelo prazo previsto a lei se dá o nome de "*Optimal Term*".

O cálculo do *Optimal Term* é extremamente importante para verificar se os incentivos são eficientes em estimular a inovação e se evitar que aconteçam situações tais quais as descritas por Posner:

> The property rights approach proportions the creator's return on investment to the commercial success of the invention (in the case of patents) or expressive work (in the case of copyrights) automatically. But it may generate a return that exceeds the costs of creation even after adjustment for the risk of failure—the frequent "dry holes" in inventive and other cre-

> ative activity—and may therefore restrict access unnecessarily. (POSNER, 2005)

Uma recompensa que exceda o necessário para estimular a inovação é bastante danosa a sociedade, pois vem a suas expensas, como uma transferência de renda da sociedade para o indivíduo sem que haja nenhuma necessidade.

Por esse motivo é muito importante que consigamos precisar em que medida os direitos de propriedade intelectual recompensem os inventores de forma justa sem sacrificar a sociedade. Tendo em vista que a propriedade intelectual é criada em benefício da sociedade, o ponto de equilíbrio perfeito é aquele que gera o menor custo à sociedade, ou seja, só aquele suficiente para estimular o inventor a criar novamente.

Para chegarmos a esse ponto de equilíbrio é necessária uma compreensão aprofundada acerca do *Optimal Term*, tema que infelizmente vem sendo negligenciado nas principais cadeiras de propriedade intelectual, dado a crença de que a propriedade intelectual é algo dado, que não exige maiores questionamentos.

Conclusão

Ao longo do trabalho foi explicitado o caráter social dos direitos de propriedade intelectual conferido pela Constituição de 1988, assim como a característica publicista do instituto desde o inicio de sua implementação nos países anglófonos e no Brasil.

Por fim tratamos de como a propriedade intelectual gera inovação e desenvolvimento econômico, através do seu funcionamento que permite remunerar o inovador, criando incentivos, e garantindo o acesso ao público ao fim da duração da propriedade intelectual.

Bibliografia

ABRAMS, Howard. The Persistent Myth of Perpetual Common Law Copyright. In: COOPER, Elena; DEAZLEY, Ronan. **What is the Point of Copyright History?**. CREATe working papers, 2016, vol. 4. p. 10–22.

BARBOSA, Denis Borges. **A Propriedade Intelectual e a teoria do market failure**. 2002. Disponível em: http://www.nbb.com.br/pub/denis/pi_teoria_market_failure.pdf. Acesso em 15 de abril 2019

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. **BARBOSA, Denis Borges. Tratado de Propriedade Intelectual**, v. 1, p. 1-172, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral.** 2011. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf. Acesso em 15 abr de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

CABELLO, Andrea Felippe; PÓVOA, Luciano Martins Costa. Análise econômica da primeira Lei de Patentes brasileira. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, v. 46, n. 4, p. 879-907, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. v. 1. 512p

FRAZÃO, Ana. A função social da empresa. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano; MACHADO, Rafael. (Org.). **Função social do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRAZÃO, Ana. Em que medida a economia depende do direito? O mito do Laissez-Faire no século XIX. Jota INFO, 22 mar. 2017b. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/em-que-medida-a-economia-depende-do-direito-22032017. Acesso em 20 de jan. de 2019.

JEFFERSON, Thomas. The Papers of Thomas Jefferson, Retirement Series, vol. 6, 11 March to 27 November 1813, ed. J. Jefferson Looney. Princeton: Princeton University Press, 2009, pp. 379–386.

LILLA, Paulo Eduardo. **Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência–Uma abordagem sob a perspectiva do Acordo TRIPS**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

PICHARDO, Isabel María Pérez. **Contratación de derechos de autor. ARGN0210**. IC Editorial, 2016.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e propriedade intelectual. 2009.

POSNER, Richard A. Intellectual property: The law and economics approach. **Journal of Economic Perspectives**, v. 19, n. 2, p. 57-73, 2005.

RAMOS, Carolina Tinoco. **Contributo mínimo em direito de autor: mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro**. Dissertação (Dissertação em direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 213 p. 2010.

ROSE, Mark. The author as proprietor: Donaldson v. Becket and the genealogy of modern authorship**. Representations**, n. 23, p. 51-85, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ**, v. 10, n. 35, p. 12-19, 2006, p. 12-19.

UNITED STATES OF AMERICA. Wheaton v. Peters, Henry Wheaton and Robert Donaldson, appellants vs Richard Peters and John Grigg. 33 u.s. 591, 8 pet. 591, 8 l.ed. 1055 (1834).

UNITED STATES OF AMERICA. Annotations of Cases Decided by the Supreme Court of the United States. Congressional Research Service of the Library of Congress: 1834. Disponível em https://constitution.findlaw.com/article1/annotation39.html. Acesso em 10 de março de 2019.

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 30, p. 89-108, 2005

WU, Tim. Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions. **Virginia Law Review**, Vol. 92, No. 1, p. 123, 2005

A CORRELAÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Débora Maria Ferreira da Silva
Francisco Mateus Pontes Pereira

INTRODUÇÃO

No que cerne os Direitos Fundamentais, é preciso ter um olhar não apenas para a sua positivação concreta, ou para dispositivos normativos pontuais dentro dos diversos ordenamentos. O estado de direitos nasce de uma construção, uma luta gradativa que tem os mais variados palcos e protagonistas. É preciso um olhar atento para perceber que a luta por direitos humanos é uma luta histórica que perpassa os aspectos jurídicos, e que foi construída de maneira lenta em diferentes tipos de sociedades, tendo cada movimento um impacto imensurável nos sistemas sociais que se seguiram.

Nessa perspectiva, é importante que se faça uma assimilação dos períodos históricos mais importantes nessa jornada, no sentido de entender não só o contexto em que esses direitos nascem, mas também a real natureza das sociedades que lutaram por sua positivação. Faz-se mister buscar analisar as nuances sociais desses períodos, a forma como progridem e como foram construídos.

Engana-se, todavia, quem acha que este se trata de um movimento que ficou no passado ou que já alcançou seu objetivo. Tratamos aqui

de um processo que montado e moldado à mercê das mudanças da sociedade, buscando atender e abraçar as necessidades que surgem com a mesma. É uma hodierna e consolidada. Como bem coloca Bobbio,

> "Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas." (BOBBIO, 1992, p.5)

Assim, os movimentos revolucionários que constituíram a luta por um estado democrático, lutaram na intenção de garantir a liberdade em todos os seus sentidos, seja a liberdade negativa, ou seja, aquela baseada nos princípios liberais, pregando um indivíduo livre das ação direta do estado, seja a liberdade positiva sendo aquela em que há uma forte relação indivíduo-estado nos sentidos de participação política e legislativa, aqui se valendo dos conceitos de liberdade de Isaiah Berlin (1958).

São nos conceitos supracitados que se pode entender as bases norteadoras dos objetivos buscados pelas revoluções, bem como entender o movimento garantista e sua íntima relação com um Estado que atue de forma a atender as necessidades básicas de seu povo, criando um ambiente propício ao desenvolvimento pessoal.

Ademais, é possível entender toda a indubitável relevância do movimento garantista utilizando-se de métodos históricos que abordem de maneira ampla e despida de preconceitos suas formas de atuar, bem como através de uma revisão bibliográfica, buscando unir conhecimentos sobre a temática, com efeito de tratar com a seriedade necessária a pesquisa aqui realizada, objetivando reunir um conhecimento que traga a base necessária para o entendimento da consolidação do estado de direitos e a evolução do movimento garantista.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LUTA POR DIREITOS

Ao tratarmos de Direitos Fundamentais, falamos, sobretudo, de um movimento de conquistas para o povo e de uma luta histórica que

perpassa décadas nos mais diversos espaços do mundo. Diferente do conhecimento comum dentro dessa temática, os movimentos garantistas remontam não só o século das luzes e o período revolucionário burguês, mas também momentos antes de Cristo, bem como os mais diversos palcos, tais como a Mesopotâmia e Roma Antiga.

Nesse sentido, para falarmos do início do garantismo, onde a semente daquilo que era mais fundamental ao povo foi plantada, faz-se necessário voltar à Mesopotâmia e ao Código de Hamurabi (1780 a.C.) tão unicamente marcado pela "Lei de Talião", mas que trouxe consigo valores revolucionários para a época. Como versa Alexandre de Moraes (2011), valores como vida, dignidade, propriedade, honra e família podiam ser achados no mesmo, alguns valores relembrando o que mais tarde viria a ser pauta na Revolução Francesa (1789).

Outra importante contribuição na história veio da antiga Roma, foi neste período que houve um estabelecimento de mecanismos que visavam a instauração de direitos individuais em detrimento das arbitrariedades estatais, sendo previsto na *Lei de XII Tábuas*, criada entre os anos de 451 e 450 a.C. Valores como liberdade e propriedade já eram trazidos, todavia só eram garantidos aos cidadãos romanos, os quais eram limitados. Importante notar que a Grécia também tem indubitável contribuição neste sentido, pois foi nela que surge a ideia de um homem comtemplado pela antropologia, deixando de lado a visão unicamente religiosa, iniciando um debate filosófico sobre a figura do homem em sociedade, suas atribuições e sua participação enquanto animal político. É bem verdade que não se pode deixar de lado as diversas exigências para ser considerado um devido cidadão grego, não sendo, portanto, uma conquista democrática, mas que inicia os debates sobre a participação política e distribuição do poder.

Dando um salto temporal, um momento marcante, embora que negativamente, para a luta por direitos foi a Idade Média. Conhecido como Idade das Trevas, no que cerne ao garantismo popular o período honrou a denominação. Desse modo, foi um momento de extremas desigualdades, sem mobilidade na pirâmide social e com um Estado negligente quanto ao povo. Ricardo Castilho traz que "Talvez a Idade Média tenha sido a mais completa era da desigualdade social oficial.

Quem nascia em um estamento permanecia nele. Não havia ascensão social, como não havia descenso social" (2013, p.33).

Outrossim, dois importantes palcos do garantismo foram a Inglaterra e a França, que serão melhor explanados no próximo tópico. Antes, é necessário ressaltar a importância da declaração de independência dos Estados Unidos de 1776, onde embora não houvessem predisposições claras de romper com o absolutismo, o que contrastou dos ideais francesas, a mesma se mostrou importante documento no sentido da universalização dos direitos humanos, como aponta Virgílio Afonso

> Ao contrário do que ocorreria na França alguns anos mais tarde, a promulgação de declarações como a de Virginia ou a própria declaração de independência dos Estados Unidos não tinham como objetivo principal romper com uma ordem absolutista. Sua justificação consistia sobretudo na ideia de "declarar" os direitos que todos os seres humanos congenitamente possuiriam e que, de resto, já eram em grande parte realidade em uma sociedade não-estamental. (DA SILVA, 2005, p. 544)

Ademais, a mesma teve importante papel ainda influenciando na eclosão dos movimentos de independência na América Latina, influenciando a elaboração de importantes tratados, tais como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar (1919), importantes marcos na concretização dos direitos humanos.

2 PAPEL DAS REVOLUÇÕES BURGUESAS NA CONSOLIDAÇÃO DE DIREITOS

Embora muitos tenham sidos os espaços em que houveram demasiadas lutas para a consolidação de direitos, dois se destacam: Inglaterra e França. Palcos da Revolução Francesa e da Revolução Industrial, suas contribuições não se limitam apenas ao período revolucionário, mas se fazem de forma crescente em sua história.

Assim, a Inglaterra foi precursora no que cerne à aplicação de documentos importantes à temática abordada, buscando sanar desigualdades e injustiças, embora muitos desse documentos não tenham

caráter de tratado como conhecemos hodiernamente, ainda sim dispunham de significativa força normativa.

Isto posto, dois documentos se destacam nesse processo, sendo o primeiro a *Magna Carta Libertatum* (1215), fruto da limitação do poder do Rei pelo parlamentarismo monárquico inerente à construção do ordenamento inglês. Tal carta, embora de natureza feudal, serviu de base para as liberdades públicas, vindo a fundamentar a natureza democrática do ordenamento jurídico inglês, encabeçada principalmente por Edward Coke. Salienta-se que *Magna Carta* se coloca como semente da então futura *Revolução Gloriosa*, que se propõe não a romper diretamente com o antigo regime, mas limitar sua atuação e promover uma primária universalização de direitos, Martínez (1998).

O segundo, e considerado precursor da Revolução Inglesa, foi o *Petition of Rights* (1628), importante no que diz respeito à limitação do poder dos monarcas, trazendo consigo o princípio da primazia da lei, como coloca Ricardo Castilho (2013, p.47) como sendo este o início da transição do absolutismo inglês para o Estado Liberal de Direito.

Não obstante, tem-se que notar que, muito embora os documentos antes citados tenham importante papel no que diz respeito a limitação dos poderes, seu caráter ainda era o de garantir privilégios, no sentido de não só a nobreza e a classe emergente burguesa, mas também o Parlamento se colocavam a frente de tais dispositivos normativos com intenção de descentralizar o poder para que os mesmo pudessem acessa-lo. Ressalta Virgílio Afonso,

> (1)documentos como a Magna Carta, de 1215, o Petition of Rights, de 1629 e, especialmente, o Bill of Rights, de 1689, eram ou são declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe - a nobreza, como mostra o exemplo da Magna Carta - ou, no caso do Bill of Rights de 1689, de um órgão, o Parlamento. A eventual presença, nessas declarações, de alguns direitos mais amplos - como o direito de petição - não altera essa característica principal: elas não eram declarações de direito no sentido atual do termo; (2) as declarações de direitos, em seu sentido atual, pressupõem a vinculação de todos os poderes estatais - incluindo o poder legislativo - a suas

> disposições, o que não ocorria na Inglaterra até o advento do Human Rights Act de 1998. (DA SILVA, 2005, p. 543)

Em face ao exposto, faz-se necessário falar do mais importante documento garantista da história inglesa, sendo ele o *Bill of Rights* (1689), que instaurou definitivamente o parlamentarismo dentro do ordenamento inglês, fortalecendo o cumprimento da lei e propondo mais liberdade social, além de uma maior representatividade popular, tudo isso em um momento pré-revolução industrial. Como aponta Alexandre de Moraes (2010, p.8) havia maior liberdade de eleição dos membros do parlamento, além da vedação de penas cruéis, fruto de uma restrição do poder estatal.

Desta maneira, embora tenha sido tamanha a contribuição inglesa, é na França que há uma consolidação jurídica dos direitos fundamentais. Fruto do processo revolucionário tão conhecido, é lá que acontece a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que acaba por materializar os ideais por tanto sacrificado, influenciados principalmente pelo movimento positivista baseado em Comte, como também pela Escola da Exegese, que contribuía para o fortalecimento do fetichismo legal. Sobretudo, a declaração de 1789 representava consolidação da universalização dos direitos e limitação do poder absolutista. Como bem expõe Virgílio Afonso:

> A ideia central da própria revolução e de sua declaração de direitos era a superação de um regime absolutista. Por isso, como salientam Jean Rivero e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é possível identificar, na declaração de 1789, artigo por artigo, uma reação a abusos cometidos pelo Ancien Régime. 7 Assim é que, segundo Rivero, na garantia do direito à segurança individual, identifica-se uma reação às chamadas *lettres de cachet*, por meio das quais, no regime que se superava, eram fundamentadas prisões abusivas; a liberdade religiosa era, por sua vez, uma resposta à perseguição aos protestantes; a igualdade de acesso aos cargos públicos, uma resposta aos privilégios nobiliárquicos, etc. (DA SILVA, 2005, p. 545)

Há uma indubitável preocupação com a liberdade individual, inerente aos princípios liberais, reconhecendo a necessidade de afirmação de direitos imprescindíveis ao homem, trazendo um valor universal da norma, propondo ideias para todos e visando mudar a realidade francesa tão afetada por poderes absolutistas.

Porquanto, tais fatos são frutos de processos revolucionários e das constantes mudanças sociais proporcionadas pelos mesmos. Esses processos foram de fundamental importância na luta contra a concentração de poder e na firmação de princípios como a dignidade humana no ordenamento jurídico, o que passa beneficiar grandemente o povo na luta contra injustiças sociais.

3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade citado no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê que toda e qualquer pessoa não será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo, salvo em casos previstos em lei, ou seja, não será usada força coativa para tal ação. Dessa maneira, a redação do artigo 5º, inciso II diz: "II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". (BRASIL, 1988, p.2). Nesse viés, o jurista e cientista político brasileiro Paulo Bonavides sintetiza a origem do princípio na seguinte perspectiva:

> O princípio de legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana [..]. (BONAVIDES, 2020, p.141).

Apesar da ideia do Princípio da Legalidade ter ganhado força na Europa desde os séculos XVII e XVII, no Brasil, somente no império se manifestou na Constituição Federal de 1824, artigo 179, inciso I: "I-

nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei". (BRASIL, 1824, p.13).

Posteriormente, em 1830 surgiu o Código Criminal do Império, o primeiro documento que previa o Princípio da Legalidade. Voltado exclusivamente para fins penais, em seu primeiro artigo dizia: "Não haverá crime ou delito sem uma lei anterior que o qualifique". (BRASIL, 1830, p.1). Tal princípio só veio a se consolidar no Código Penal de 1940, que está vigente atualmente, além de estar presente na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Sendo assim, o brocado latino "*nullum crime, nulla poena sine lege*" traduzido para "não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina", caracteriza e sintetiza o artigo 1º do atual Código Penal, cuja redação prevê que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Destarte, o Princípio da Legalidade tem relevante papel na limitação do poder punitivo do Estado, visto que tem a função de proteger os cidadãos, garantindo seus direitos individuais, liberdade e autonomia. Por fim, vale salientar a importância do Princípio da Legalidade como fundamento do Estado Democrático de Direito, pelo seu papel na proteção dos direitos individuais dos cidadãos frente ao poder Estatal, caracterizando e assegurando o regime democrático baseado na liberdade e autonomia dos cidadãos e a submissão do Estado à Lei.

4 FORÇA NORMATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITOS

O Brasil segue o modelo do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por garantir aos cidadãos a efetividade no exercício de seus direitos civis, sociais, políticos, além de lhes conferir autonomia e liberdade. Dessa maneira, nessa perspectiva afirma Streck: "[...] preocupado com a realização dos direitos fundamentais, o constituinte de 1988 estabeleceu um conjunto de mecanismos aptos a garantir a efetivação dos direitos, dentro da perspectiva de que a Constituição é texto constituidor da organização da sociedade [...]". (STRECK, 2018, p.575).

Deste modo, a Constituição Federal Brasileira de 1988, popularmente conhecida por "Constituição Cidadã, já no início de seu texto, em seu preâmbulo, afirma:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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. (BRASIL, 1988, p.1).

Destarte, firmando o Estado Democrático de Direito no país, com o objetivo de estabelecer que o Estado garanta aos cidadãos os direitos e garantias fundamentais, assim, consolidando a força normativa dos direitos fundamentais. Ou seja, está firmado em lei que os direitos e garantais fundamentais devem ser respeitados por ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito, modelo seguido pelo Estado brasileiro.

Neste viés, a Constituição de 1988 também visa à separação dos poderes, com a finalidade de limitar o poder estatal, por conseguinte seus possíveis abusos para com a população. Tal fato se relaciona ao propósito do Princípio da Legalidade, anteriormente mencionado, pois ao passo que o princípio garante a autonomia de fazer ou deixar de fazer algo (salvo casos previstos em lei) essa limitação garante que não ocorram abusos contra os direitos individuais dos cidadãos, respeitando a soberania popular, que é um dos fundamentos básicos que firmam o Estado Democrático de Direitos.

Portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, a força normativa dos Direitos Fundamentais foi consolidada, visto que os pilares desse sistema garantem aos cidadãos, com força de lei (caráter de obrigato-

riedade) que seus direitos individuais, sua liberdade e autonomia serão respeitados, valendo-se assim da soberania popular.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é valido suscitar que ao discutir sobre a evolução da luta por direitos, percebe-se que se trata de um movimento que perpassa os mais diferentes espaços e tempos da história da humanidade, iniciando há mais tempo do que se imagina, além de se mostrar como uma luta hodierna e constante. Nesse sentido, em busca de combater as desigualdades e lutar por um Estado democrático em que estão previstos direitos e garantias fundamentais, o papel das Revoluções Burguesas foi de expressiva valia ao trazer documentos com força normativa que previam a limitação do poder do governante e traziam direitos e garantias fundamentais ao homem. Por conseguinte, ocasionou o enfraquecimento e a queda de governos absolutistas, abrindo espaço para os Estados de Direitos nos quais a luta contra injustiças sociais, almejando a garantia de direitos individuais, liberdade e autonomia estavam cada vez mais presentes.

A evolução histórica da luta por direitos alinhada ao papel das Revoluções Burguesas, disseminaram concepções tais quais o Princípio da Legalidade, que nasce com o intuito de estabelecer normas que assegurem aos cidadãos que seus governantes não poderão agir arbitrariamente em suas decisões. Sendo assim, almejava-se um Estado em que o povo se sentisse seguro frente ao poder estatal, visto que, por ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direitos, o Princípio da Legalidade visa limitar o poder punitivo do Estado, estabelecendo que toda e qualquer pessoa não será obrigada a fazer ou deixar de fazer algo (salvo em casos previstos em lei), ou seja, não será usada força coativa para tal ação, assegurando um regime democrático respeitando a soberania popular, garantindo aos cidadãos o efetivo exercício de seus direitos individuais, sua liberdade e autonomia, além da submissão do Estado à Lei.

Porquanto, ao ser promulgada a Constituição Federal Brasileira de 1988, foi instaurado o Estado Democrático de Direitos no Brasil, objeti-

vando assegurar o efetivo exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade, igualdade, justiça e autonomia aos cidadãos, preservando a harmonia social. Vale suscitar que a Constituição prevê em seu texto legislativo: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 1988, P.1). Valendo-se assim da soberania popular, bem como disse o ex-presidente norte-americano Abraham Lincoln em 1868 no Discurso de Gettysburg, transcrito nas palavras de David Herbert Donald: "[...] o governo do povo, pelo povo e para o povo". (DONALD, 2011, p.464).

Em face ao que foi exposto, conclui-se que a Correlação da Consolidação do Estado de Direitos e o Princípio da Legalidade é fruto da evolução da luta por direitos na qual o papel das Revoluções Burguesas foi de significativa importância para abrir espaço para uma nova conjectura em que os diretos e garantias fundamentais passam a ter força normativa. Dessa forma, a soberania popular é respeitada, o Estado Democrático de Direito se consolida e dá-se um expressivo passo na evolução do movimento garantista.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah (1969), **Two Concepts of Liberty**. In: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press. Disponível em: https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf Acesso em: 07 jul. 2020. (Silva, 2005)

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, [1831]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império, [1824]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 dez. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DA SILVA, Virgílio Afonso. A Evolução dos Direitos Fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6,** São Paulo, jul./dez. 2005. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf Acesso em: 02 jul. 2020

DONALD, David H. **Lincoln.** Nova York: Simon and Schuster, 2011.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba; GARCIA, Eusébio Fernandez. **Historia de los Derechos Fundamentales Tomo I: transito a la modernidad siglos XVI y XVII**. Institutos de Derechos Humanos Bartolome de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIREITO À VIDA E À PROTEÇÃO CULTURAL: UM CONFRONTO DE DIREITOS HUMANOS NO UNIVERSO DA ETNIA KAMAIURÁ

Hendilly Figueiredo Sousa
Ronny Cesar Camilo Mota

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país grande no tocante à sua diversidade cultural, visto que existem povos de inúmeras partes do mundo concentrados neste Estado, os quais se instalaram, ao longo dos séculos, e conservaram seus traços culturais. Além destes, os indígenas já residiam nesse território antes mesmo da chegada dos portugueses em meados dos anos 1.500, e, também, possuíam seus próprios costumes e os mantiveram.

Ocorre que é comum, ainda hoje, a prática de infanticídio indígena em diversas etnias quando uma criança nasce com alguma deficiência física ou é concebida fora do casamento, uma vez que essa relação não foi oficializada dentro da tribo a qual pertenciam seus pais. Também, é corriqueira tal prática quando o indivíduo é fruto de uma gestação gemelar ou é considerado amaldiçoado devido o adultério de genitores ou quando a aldeia precisa de mais homem do que mulher, sacrificando, então, a criança do sexo feminino.

Dessa forma, infanticídio indígena pode ser definido como ato, advindo da cultura de um determinado grupo social, realizado pela mãe, de tirar a vida de sua prole logo após o nascimento quando esta

não é desejada pela genitora ou, até mesmo, quando a tribo impõe tal situação, utilizando-se de argumentos coercitivos para que essa prática seja realizada.

Por outro lado, o Brasil, por meio da ratificação de tratados internacionais e da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), assegurou o direito à vida e a preservação da dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos residentes na nação, seja ele nato ou naturalizado. Entretanto, o país ainda não resolveu o confronto existente entre os Direitos Humanos e o direito à diversidade cultural indígena, vez que, também, garante ao indígena a preservação de sua cultura.

À vista disso, o tema proposto é Direito à Vida e à Proteção Cultural: um confronto de Direitos Humanos no universo da etnia Kamaiurá, buscando responder ao seguinte questionamento: Quando há um confronto entre o direito à vida e à proteção cultural de uma etnia indígena, como os Kamaiurá, em Mato Grosso, Brasil, o que deve prevalecer?

Com alicerce nesta inquirição, apresenta-se um objetivo de grande importância para esta pesquisa, sendo este o de analisar o confronto entre os direitos à vida e à proteção cultural na etnia Kamaiurá, buscando, assim, uma maior compreensão relacionada ao objeto estudado.

Para alcançar tal propósito, entende-se necessária a utilização de uma pesquisa básica, tendo por finalidade conduzir novas informações a respeito do infanticídio indígena na etnia Kamaiurá e, diante das indagações envoltas ao assunto, a forma de abordagem é a quanti-qualitativa, que procura averiguar os fenômenos que contribuem para incidência dessa prática cultural, além de realizar análise dos dados obtidos.

Dessa maneira, emprega-se uma pesquisa exploratória, com o intuito de obter a familiarização diante das divergências existentes entre a proteção cultural e o direito à vida.

Adiante, a pesquisa bibliográfica é fundamental para a realização deste artigo, possuindo como autores fundamentais Dallari (2004), Bobbio (2004) e Piovesan (2019). Quanto à pesquisa de campo, esta é essencial para complementar a pesquisa bibliográfica, uma vez que demonstra veracidade em relação às dúvidas sobre o infanticídio indígena.

À vista disso, adota-se o método de abordagem dialético, pois está sendo trabalhada a divergência inerente ao direito à vida e à proteção cultural no que tange os direitos humanos, dentro da etnia Kamaiurá. Por fim, no tocante ao método de procedimento, vislumbra-se o comparativo, já que são aludidas as contradições das legislações brasileiras e dos tratados internacionais a respeito do tema abordado.

Nessa perspectiva, cabe destacar que essa questão é de suma importância, uma vez que o cerne da temática é a vida da criança e não algo qualquer. Todavia, esta merece uma dedicação maior, tendo em vista que não possui a atenção devida, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

2 ETNIA KAMAIURÁ

2.1 ANTROPOLOGIA DA ETNIA KAMAIURÁ NO ALTO XINGU

O Brasil possui uma diversidade enorme no tocante aos povos indígenas. A maior parte destes encontra-se no Alto Xingu, região nordeste do Estado de Mato Grosso, em que possuem uma grande miscigenação cultural quanto à forma de vida, posto que a maneira de vivência entre eles é semelhante.

Uma das etnias que compõem essa localidade é a Kamaiurá, que reside desde sempre naquela região e detém uma gama de tradições, que foram modificadas e conservadas ao longo do tempo. Além disso, vale ressaltar que os componentes dessa tribo defendem que são descendentes de outra parte do Parque Indígena do Xingu, conforme determina o trecho a seguir:

> Segundo os Kamaiurá, seus antepassados vieram de Wawitsa, região situada no extremo norte do Parque (precisamente onde desembocam os principais formadores do Rio Xingu para constituí-lo) e ao lado de Morená, palco central das ações míticas e "centro do mundo" para eles. É possível que essa ainda seja a principal referência para se definirem enquanto grupo no espaço e no tempo. (JUNQUEIRA et al., 2018)

Antes do ano de 1942, não existia uma fiscalização daquela etnia. Essa realidade apenas se tornou possível depois da criação da Fundação Brasil Central, que promoveu diversos acampamentos para acompanhar o modo de vida daquelas pessoas, até o momento, pouco conhecidas.

Quatro anos posteriormente à criação do órgão federal acima mencionado, iniciou-se um convívio maior com a tribo em questão com o intuito de suceder uma familiarização entre os Kamaiurá e os membros da expedição Roncador-Xingu, tendo como liderança dessa jornada, os irmãos Villas-Bôas.

Por conseguinte, o professor Aisanain Kamaiurá relata como ocorreu o percurso histórico dos entes dessa etnia, no trecho a seguir:

> Antigamente o povo Kamaiurá morava onde era a aldeia velha do Prepori, o lugar que se chamava Krukitsa. Depois eles mudaram para Wawitsa, onde hoje é o posto Pavuru [...]. Passaram-se muitos anos e Orlando Villas-Bôas chegou lá na boca do Tuatuari. Os Kamaiurá foram lá só para ver os brancos. Aí eles fizeram uma aldeia bem grande e metade dos Kamaiurá foi para lá por causa do branco [...]. Hoje em dia ninguém mora mais nesse lugar. De lá eles foram para o posto Leonardo, onde muitos povos se juntaram: Kamaiurá, Yawalapiti, Waurá e Trumai. Eles fizeram uma grande festa no posto Leonardo. Então Orlando pediu para o cacique abrir picada para a aldeia Kamaiurá. (JUNQUEIRA et al., 2018)

Assim, depois que a etnia foi para o Alto Xingu, na região ao sul do Parque, não se deslocou para outro território, permanecendo, até então, no lugar em que os indígenas agregaram costumes que regem a tribo, como, também, fizeram as outras que integram a sociedade alto-xinguana, sendo esses costumes protegidos por normas nacionais e internacionais.

2.2 CONQUISTAS LEGISLATIVAS IMPORTANTES FRENTE AO DIREITO À VIDA E À CULTURA INDÍGENA

O maior bem que o ser humano detém é o direito à vida. Sem ele, não poderiam existir os outros direitos, uma vez que não teria como

conceder garantias sem ter alguém para exercê-las. Além disso, a vida deve ser respeitada, pois se trata de uma prerrogativa inviolável e, qualquer atentado a esta, fere a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, preceitua Dalmo de Abreu Dallari:

> A vida é o primeiro bem da pessoa humana, pois sem a garantia da vida a própria pessoa desaparece e nenhum direito poderá existir. Garantir o direito à vida não é apenas impedir que umas pessoas matem outras, mas exige respeito à integridade da pessoa e a possibilidade de sobrevivência digna e de desenvolvimento individual. (DALLARI, 2004, p. 32)

À vista disso, após a ratificação de inúmeros tratados internacionais, a Constituição Federal de 1988 fez o possível para assegurar, no texto constitucional, os direitos humanos em sua essência, a fim de resguardá-los aos indivíduos e afastar as possibilidades de supressão de direitos.

Para tanto, no artigo 5º, com o intuito de afirmar o que havia ratificado, determinou que: "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 [...]." (BRASIL, 1988)

Convém ressaltar que, para se chegar a essa disposição, houve a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo esta instituída após a Segunda Guerra Mundial e reconhecida no ano de 1948 por vários países, inclusive pelo Brasil, que foi um dos primeiros a aprová-la.

Essa resolução trouxe à tona a igualdade de direitos a todo e qualquer indivíduo, inclusive no que tange o direito à vida, e serviu de parâmetro para a criação de outras legislações, inclusive a Constituição Federal em vigor no país. Assim, artigo 3º da aludida declaração designa que: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal." (ONU, 2009)

Posteriormente a essa recomendação, foi aprovado o Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, que explicitamente reconheceu o que já havia sido firmado no documento acima mencionado e enalteceu que a vida deve ser respeitada. Contudo, o Brasil não ratificou de plano esse tratado e sim somente em 1992.

Evidencia-se que esse direito é abordado no artigo 4º do referido pacto e possui quatro parágrafos, sendo o primeiro: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." (BRASIL, 1992)

Por sua vez, a cultura indígena vem sendo assegurada desde o século passado e uma das principais legislações que diz respeito a esse direito é o Estatuto do Índio. Tal legislação determina, no artigo 1º: "Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional." (BRASIL, 1973)

Logo, entende-se que o objetivo maior dessa lei é garantir a cultura do índio com a devida proteção realizada pelos órgãos competentes para impedir que ela seja extinta, bem como impedir a marginalização desses indivíduos, visto que são detentores de direitos assim como os demais cidadãos brasileiros.

Outrossim, uma norma que vai ao encontro ao que está sendo apresentado é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esta foi aprovada na cidade de Genebra em 1989, é reconhecida pelo Brasil e assegura vários direitos aos indígenas sem suprimir os que já existiam em legislações promulgadas, como, por exemplo, a preservação de sua cultura.

A respeito disso, estabelece o artigo 8º, parágrafo 2º, do tratado aludido anteriormente:

> Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio. (BRASIL, 2004)

Deste modo, é possível ter uma noção da dimensão desses dois direitos e que existem documentos nacionais e internacionais versando sobre eles, demonstrando os seus respectivos valores. Assim, por mais

que esses direitos são resguardados a todos os cidadãos, existem posicionamentos divergentes quanto à sobreposição destes.

2.3 UNIVERSALISMO VERSUS RELATIVISMO CULTURAL COMO DIREITOS HUMANOS E/OU FUNDAMENTAIS

Como já mencionado, sem a vida não existiriam os outros direitos e, portanto, esta deve ser respeitada em todos os sentidos. Convém dizer, ainda, que ela é a base dos direitos que surgiram e dos demais direitos que hão de surgir. Logo, a premissa maior do direito à vida é a de garantir a subsistência deste a todos os indivíduos a partir da concepção.

Ocorre que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, persiste uma divergência quanto a este assunto, pois, também, é assegurado ao indivíduo o direito à cultura que, por muitas vezes, dependendo do contexto de cada grupo social, vai de encontro ao bem maior jurídico tutelado.

Concomitantemente a este fato, não só no Brasil, mas no mundo inteiro subsiste um impasse quanto ao universalismo e ao relativismo cultural, vez que são duas correntes importantes e que regem os Direitos Humanos. Todavia, caminham em lados opostos e, cada uma, justifica o seu ponto de vista de uma maneira.

Por mais que o tempo passe e a evolução mundial continue em constância evolução, é muito complicado que essas correntes entrem em concordância, posto que interpretam os direitos humanos de acordo com o que acreditam e julgam equivocada a corrente diversa por interpretá-los diferente.

A primeira corrente, à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que surgiu para internacionalizar os direitos humanos e consolidar o universalismo, defende a individualidade de cada um, visto que os direitos humanos são comuns e intrínsecos a todos os indivíduos. Diante disso, buscam-se maneiras de proteção à pessoa humana em virtude de que o indivíduo, só de ser humano, possui direitos, independentemente do meio cultural em que está inserido.

Nesse sentido, aduz Norberto Bobbio:

> Com a Declaração de 1948 [...] a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (BOBBIO, 2004, p. 18-19, grifo do autor)

Já a segunda corrente, surgiu para contrapor a ideia do universalismo, pois acredita que os direitos humanos devem ser analisados em outra perspectiva. Para tanto, esta afirma que os valores sociais existem e devem ser respeitados para, então, a partir deles, conceituar uma nova questão dos direitos humanos. Assim, defende o coletivismo e que o entendimento de direitos humanos varia de um povo para o outro, devendo estes ser considerados em relação às suas.

Dessa maneira, esclarece Flávia Piovesan:

> Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. (PIOVESAN, 2019, p. 65)

Portanto, nota-se a importância desses posicionamentos e o questionamento sobre o tema em comento, uma vez que, para alguns, a prática do infanticídio indígena deve ser tolerada considerando que está enraizada na cultura de determinadas tribos e, consequentemente, defendem a posição relativista. Para aqueles que são adeptos à posição universalista, essa prática é cruel e não respeita a dignidade da pessoa humana, violando, desse modo, o direito à vida daquele ser que acabou de nascer.

Ocorre que este assunto não vem sendo debatido somente há algum tempo nos meios de divulgação de informação, mas sim ao longo dos anos por muitos cidadãos, existindo, inclusive, um projeto de lei acerca do assunto visando à preservação da vida da criança indígena acima da cultura que ela está inserida, mesmo que essa atitude contrarie opinião divergente.

2.4 PROJETO DE LEI MUWAJI

A autoria do Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, pertence ao ex-deputado federal Henrique Afonso, membro do Partido Verde naquela época e diz respeito ao combate às práticas culturais danosas não somente às crianças indígenas, mas, também, às demais sociedades que não seguem um padrão estabelecido por lei.

Ressalta-se que este projeto é conhecido como Lei Muwaji em homenagem a uma índia pertencente à tribo Suruwahá, que abriu mão dos seus costumes em busca de cuidados para sua filha que nasceu com deficiência. Caso não o fizesse, perderia sua filha devido suas crenças.

Levando em consideração o ocorrido e muitos outros casos, da mesma maneira que aqueles expostos na mídia, o ex-deputado federal resolveu dar uma atenção maior para o assunto em questão, já que muitos não conheciam ou aprovavam o infanticídio indígena. Assim, um dos pontos abordados no projeto é, indiretamente, a proteção da cultura indígena desde que não vá de encontro ao que estabelecem os direitos humanos e essa observação é colocada logo no primeiro artigo:

> Art. 1º. Reafirma-se o respeito e o fomento a práticas tradicionais indígenas e de outras sociedades ditas não tradicionais, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos humanos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal e internacionalmente reconhecidos. (BRASIL, 2007)

A partir do segundo artigo é que dá início ao real sentido desta proposta legislativa e, por sua vez, traz consigo as práticas nocivas enquadradas como física e psicológica contra as crianças indígenas. Algumas delas são:

> I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;
>
> II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;
>
> III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;
>
> IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;
>
> [...]
>
> VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; (BRASIL, 2007)

Por conseguinte, determina no artigo terceiro a responsabilidade do indivíduo de avisar aos órgãos competentes caso tenha conhecimento de uma gestação indígena de risco para que estes tomem as devidas medidas e, se não o fizer, poderá responder por omissão de socorro, de acordo com a penalidade estabelecida no artigo quarto do projeto em questão, sendo esta idêntica à penalidade do art. 135, do Código Penal Brasileiro.

Isto posto, o artigo 135 do Código Penal estabelece:

> Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940)

Além das medidas de punição, essa proposta traz, também, as medidas para que isso não mais aconteça no art. 7º, que determina:

> Art. 7º. Serão adotadas medidas para a erradicação das práticas tradicionais nocivas, sempre por meio da educação e do diálo-

> go em direitos humanos, tanto em meio às sociedades em que existem tais práticas, como entre os agentes públicos e profissionais que atuam nestas sociedades. Os órgãos governamentais competentes poderão contar com o apoio da sociedade civil neste intuito. (BRASIL, 2007)

Embora muitos não conheçam, esse projeto está em tramitação desde o ano acima citado e somente no dia 26 de agosto de 2015 é que foi aprovado na Câmara dos Deputados, ou seja, foram necessários mais de oito anos para que o Congresso Nacional desse seu posicionamento a respeito desse assunto.

Todavia, ainda resta a aprovação do Senado Federal para que esse projeto se torne lei e cumpra o que está estabelecido. E, por mais que seja aprovado, continuarão existindo posicionamentos opostos quanto ao infanticídio indígena, porque as pessoas não são iguais e cada uma apoia a corrente que julgar certa e necessária.

2.5 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Quando há divergências entre direitos assegurados ao indivíduo, como é o caso do tema em comento, e, por sua vez, existem duas correntes a respeito do infanticídio indígena e elas não entram em um consenso, é necessário buscar posicionamentos precisos e sopesar a real situação para não ficar restrito a meras especulações.

Nesse sentido, foi realizada uma pesquisa de campo nos meses de novembro e dezembro do ano de 2019, com a finalidade de analisar o parecer de uma pessoa que possuía um contato maior com a aldeia em questão sobre a prática do infanticídio indígena, tal qual a opinião daqueles que não a possuía. Assim, a pesquisa de campo foi dividida em duas etapas: (I) entrevista e (II) questionário.

No mês de novembro fez-se uma entrevista semiestruturada junto ao Teuê Carmone Kamaiurá, coordenador da FUNAI – Coordenação Regional do Xingu, sediada em Canarana, Mato Grosso, Brasil, que, além de ser o representante legal daquele órgão, é índio da etnia Kamaiurá e atendeu de pronto ao chamado da pesquisadora. Após o recebimento do ofício e a concordância dos termos nele especificados, passou-se, então, às perguntas.

Primeiramente, foi indagado a ele sobre o órgão responsável pelo controle de natalidade dos indígenas pertencentes à etnia Kamaiurá e este informou que, antes, esse monitoramento era executado pela FUNAI, entretanto, atualmente, é feito pelo Distrito Indígena do Xingu. A respeito do controle de mortalidade, esclareceu que são analisados anualmente.

É notório que ainda se tenha dúvidas em relação a essa prática ou, aqueles que conhecem, negam que ela exista, mesmo havendo divulgação corriqueira na mídia sobre o assunto. Entretanto, ao ser inquirido sobre a prática naquela tribo, o coordenador não negou sobre sua existência, muito pelo contrário, afirmou que realmente existe, porém, não é tão frequente como antigamente.

Além disso, ao ser questionado sobre os motivos de ainda perdurar o infanticídio indígena naquela etnia, ressaltou que não existe motivo específico, ela simplesmente "existe". Dessa forma, não há como ter certeza sobre os verdadeiros motivos desse ato, mas há suposições de que pode ser praticado por amor, para evitar a maldição da tribo, dentre outros motivos.

Posteriormente, salientou que, há muito tempo atrás, as mães matavam seus filhos logo após o nascimento ou abandonavam na floresta para que morressem sozinhos quando estes detinham alguma deficiência ou simplesmente não eram desejados naquele momento. Hoje em dia, isso não mais acontece, porque o processo de conscientização de que aquela prática é errada já foi iniciado e, segundo ele, houve uma redução na morte das crianças indígenas por infanticídio, uma vez que, quando a mãe não quer a criança, os avós pegam para criar.

Destacou, também, que o infanticídio indígena não é uma imposição da tribo e sim faculdade dos pais da criança, principalmente quando estes são solteiros e não possuem condições de educar e/ou prover o sustento daquele ser. Contudo, é duvidoso acreditar que a tribo não tenha nada a ver com a influência da mãe de tomar tal decisão e ficar por isso mesmo.

Foi negado que o infanticídio indígena é praticado em detrimento do sexo específico da criança, ou seja, não importa se é homem ou se é mulher, se a aldeia precisa mais de um do que de outro. Se os genitores

não quiserem o bebê, podem fazer o que bem entenderem com ele. Porém, há relatos de vários indígenas que salvaram crianças vítimas das tentativas de infanticídio e resolveram adotá-las.

Finalmente, foi perguntado se existem medidas para amenizar e/ou impedir que esta prática ocorra naquela etnia, mas, como afirmado por ele, a principal causa é devido aos pais serem solteiros. Dessa maneira, não tem como ficarem vigiando o tempo todo os indígenas e fiscalizando o que fazem ou deixam de fazer. Seria impossível ter esse controle.

Por sua vez, o questionário realizou-se no mês de dezembro com a população mato-grossense, tendo como foco principal as seguintes cidades: Cuiabá, Barra do Garças e Torixoréu. Para tanto, alcançou-se um total de cento e dez cidadãos, cujas perguntas foram direcionadas a um público de dezoito anos acima, sendo oitenta do sexo feminino e trinta do sexo masculino.

Antes de iniciarem as perguntas, apresentou-se o conceito de infanticídio indígena para situá-los sobre o que estava sendo levado em consideração. Assim, tendo ele como ponto de partida e visando desvendar se os cidadãos delimitados conheciam sobre o assunto, foi perguntado a eles se, em algum momento, já ouviram falar sobre o infanticídio indígena e noventa responderam positivamente e vinte pessoas negativamente.

À vista disso, nota-se que a maioria dos questionados tem ciência do que se trata o infanticídio indígena e, por mais que muitos neguem a existência de qualquer ato violento contra a criança indígena, essa prática é verídica em determinadas tribos, como a Kamaiurá, de acordo com levantamentos bibliográficos e afirmação do coordenador regional da FUNAI – Coordenação Regional do Xingu, conforme a entrevista apontada anteriormente.

Para tanto, os rumores de que a mídia expõe essa situação com a intenção de marginalizar cada vez mais o povo indígena não deve ser levada em consideração, uma vez que o objetivo é fazer com que os brasileiros conheçam desta prática e tomem algum posicionamento, já que as leis impostas aos cidadãos não-índios, não são as mesmas aplicadas aos cidadãos índios.

Por conseguinte, ao serem perguntados se eram a favor da prática, duas pessoas responderam que sim, posto que se refere à uma questão cultural e, por esse motivo, "não pode haver interferências racionais em cultura originária" de acordo com uma delas. No entanto, cento e quatro destas discordaram e salientaram que todos possuem o direito à vida e ninguém tem a permissão de tirá-lo, visto que uma questão cultural não pode sobressair à vida.

Ocorre que dez das pessoas que não concordam com a prática entendem que a cultura, também, é muito importante na vida do indivíduo, seja ele índio ou não-índio, e que esta pesa muitos nas decisões a serem tomadas. Assim, o que é normal para determinada cultura pode ter outro sentido em uma cultura diferente.

Além dessas, uma se absteve, informando que não caberia a ela julgar essa situação e a outra teve a resposta anulada, devido não condizer com que foi perguntado. Em se tratando das outras duas restantes, afirmaram que a prática não existe mais há muito tempo, o que das diverge com o posicionamento do coordenador regional do Xingu.

Ao serem inquiridos sobre o impedimento dessa prática, noventa e cinco cidadãos afirmaram que ela deve ser impedida, seja por meio de orientações profissionais às mulheres indígenas explicando meios de prevenção de gravidez, fiscalização nas aldeias, políticas públicas de conscientização demonstrando que esse ato é errado, acompanhamento médico periódico das mulheres grávidas na aldeia, dentre outras explanações.

Foi levantada a hipótese, também, de criação de lei para prevenir que essa prática ocorra e, ocorrendo, que seja punida. Entretanto, como já foi suscitado no tópico anterior a esse, já existe uma proposta para impedir que ela ocorra nas tribos, porém, ela está aguardando a votação no Senado Federal.

Ressalta-se que, dentre esses que são a favor do impedimento, oito reconhecem que, por mais que o assunto seja a vida de uma criança indígena, é complicado interferir em uma cultura que não estão acostumados a vivenciar, pois os valores de vida são diferentes e isso deve ser analisado com mais precisão.

Com exceção aos indivíduos acima, onze negaram que deve haver impedimento, dois preferiram não opinar, um afirmou que essa prática

inexiste e o outro teve a resposta anulada devido não condizer com o que estava sendo questionado.

Por fim, foi perguntado qual dos direitos suscitados deveria ser considerado o mais importante e a maioria, no total de noventa e duas pessoas, respondeu que o direito à vida deve prevalecer sobre o direito à cultura, pois se trata de um direito universal e sem a vida não há qualquer direito a ser resguardado, como foi levantado por dois cidadãos. Dessa forma, vislumbra-se nitidamente a corrente universalista dos direitos humanos e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Somente oito delas afirmaram que a cultura deve prevalecer, posto que "não se deve priorizar uma cultura em detrimento da outra", como destacado por uma delas. Concomitantemente, vai ao encontro à corrente relativista dos direitos humanos, pois concordam que o certo e o errado são subjetivos para cada cultura.

Com relação ao restante da população mato-grossense que respondeu o questionário, oito afirmaram que ambos os direitos são importantes e estão relacionados entre si, não podendo ser analisados separadamente, e dois tiveram as respostas invalidadas porque as respostas foram divergentes ao que foi proposto.

Considerando tudo o que foi explanado, pode-se compreender melhor sobre a prática do infanticídio indígena na etnia Kamaiurá através do coordenador da FUNAI – Coordenação Regional do Xingu, bem como o posicionamento sobre o assunto dos cidadãos do Estado de Mato Grosso que não tem um contato direto com a aldeia em foco.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que o infanticídio indígena é um assunto de suma importância e vem sendo debatido há muitos anos por historiadores e até mesmo pela mídia, pois de um lado está a cultura de um determinado povo e do outro está o direito à vida. Devido a esse impasse, surgiram posicionamentos diferentes em relação a qual direito deveria prevalecer e, até hoje, não foi possível chegar há uma decisão harmônica sobre isso.

Diante o exposto, identificou-se o significado do infanticídio indígena que, mesmo existindo e sendo divulgado constantemente por meios de comunicação, muitas pessoas ainda o desconhecem. Além

disso, essa prática vai contra ao estabelecido na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois estas garantem a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, o direito à vida que, por sua vez, é inviolável.

Ocorre que, também, é assegurada ao índio a preservação da sua cultura através de leis brasileiras, bem como a Convenção 169 da OIT em que o Brasil ratificou. Dessa maneira, a partir do momento em que o infanticídio é considerado normal para determinadas tribos, ele faz parte daquela cultura.

Por esse motivo, há uma discrepância quanto a este assunto, em razão de que ambos os direitos são garantidos. Entretanto, cabe salientar que a cultura só deve ser preservada caso não ultrapasse os direitos humanos, mas, ainda assim, não existem interferências do Estado nas mortes de crianças provocadas pela mãe dentro das tribos.

Muitos acreditam que essa prática acontece em etnias de outros Estados brasileiros, mas não se dão conta de que no próprio Estado de Mato Grosso encontram-se etnias que realizam o infanticídio, como é o caso da Kamaiurá, que foi utilizada como objeto deste estudo científico.

É válido destacar que o problema de pesquisa foi solucionado, pois percebeu-se que começou a prevalecer, nesta etnia, o direito à vida sobre a cultura e não o contrário, devido ao processo de conscientização. Assim, por mais que tenha esse processo dentro desta tribo, tem-se a necessidade de externar esse fato para que as outras compreendam, igualmente, que matar o próprio filho após seu nascimento é errado e desumano.

Como pensado desde o início, é necessário a propagação de palestras pelos órgãos competentes das aldeias com o intuito de demonstrar que a vida é o bem maior que o indivíduo pode ter e, dessa forma, incentivar as mães a pararem de tirar a vida de seus filhos, além de demonstrar todo amparo preciso caso não queiram criar a criança e, por consequência, entregá-la para adoção.

Concomitantemente, é fundamental a criação de políticas públicas mais eficazes por parte do Estado que promovam o acompanhamento periódico das gestantes residentes em aldeias para que, desde a gestação, seja constatado se a criança tem ou não má formação, bem como exercer os cuidados devidos à saúde da mãe e de sua prole.

Ademais, convém dizer, novamente, que o Projeto de Lei Muwaji está aguardando a votação do Senado Federal e, com a sua aprovação, iria ao encontro dos futuros programas de conscientização e acompanhamento durante a gestação de crianças indígenas, porque a sua intenção é a de preservar a vida da criança indígena, utilizando-se da educação e da conversa acerca dos direitos humanos, a fim de cessar essa prática, mesmo que a longo prazo.

4 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. *E-book*.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.057, de 11 de maio de 2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362. Acesso em: 11 jan. 2020.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília, DF: Presidente da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidente da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 02 fev. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da Repúbli-

ca, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidente da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidente da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004. (Coleção Polêmica).

JUNQUEIRA, Carmen. *Et al*. **Kamayurá**. Povos Indígenas no Brasil. [*S.l.*], 2018. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kamaiur%C3%A1. Acesso em: 19 set. 2019.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESQUECIMENTO: PARA UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA DO CONTEXTO BRASILEIRO

Leandro Boechat de Almeida.

INTRODUÇÃO

Falar sobre direito ao esquecimento é falar de direitos humanos. O direito ao esquecimento vem sendo debatido, (re)visitado, (re)significado e (re)elaborado nos últimos anos. Inúmeros são os trabalhos e pesquisas em torno do tema no Brasil e no direito comparado. Contudo, questionamentos surgem: como lidar com a questão esquecimento onde a sociedade da *hiperinformação* e *confecionalidade* tem eliminado a divisão entre as esferas do "público" e "privado" (entre informação e a privacidade). Como solucionar o dilema entre memória e esquecimento, entre o que lembrar e o que esquecer, diante da inundação do espaço público com questões estritamente privadas decorrentes, a um só tempo, da expropriação da intimidade/privacidade por terceiros, mas também da voluntária entrega desses bens à arena pública. Diante dessas constatações acerca do inevitável *hiperinformacionismo* novas reflexões são necessárias diante dos novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

Assim, a fim de perceber qual o atual estado do direito ao esquecimento, o que já foi produzido e quais são as fronteiras e lacunas uma revisão bibliográfica faz-se necessário. Visto que o tema suscita implicações

para o ordenamento jurídico brasileiro, que tocam em questões como: 1) o conflito entre os princípios da liberdade de informação/expressão e os direitos inerentes à personalidade; 2) a diferença de aplicação do direito ao esquecimento na *internet* e na mídia televisiva; 3) a atual configuração do conflito entre os espaços público e privado (entre a informação e a privacidade); 4) a dignidade da pessoa humana; 5) a historicidade (a história como patrimônio da sociedade) e o interesse público.

Nesse sentido, buscar-se-á aqui analisar as principais produções e autores quando o tema é direito ao esquecimento. O objetivo é compreender as convergências e divergências entre os autores, suas contribuições para o debate e aplicabilidade no direito brasileiro. Uma revisão bibliográfica sobre o tema faz-se necessário visto que ao realizar tal trabalho busca-se sistematizar e delimitar as fronteiras do conhecimento produzido pela área, ressalta o modo como os direitos humanos são acionados e quais novos debates podem surgir a partir do direito ao esquecimento .

1. PARA UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA: TRÊS POSIÇÕES POSSÍVEIS

No Brasil, não há norma expressa acerca do direito ao esquecimento como ocorreu na União Europeia. Aqui, portanto, o esquecimento não se assenta em direito positivado, mas, sim, tão somente, na compreensão da hermenêutica que é extraída da doutrina, das decisões judiciais e dos debates acadêmicos. O direito ao esquecimento é norteado a partir dos princípios e dos direitos fundamentais, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e do direito da personalidade – direito à honra, à imagem, à intimidade e à privacidade, como também da forma implícita que o direito ao esquecimento assume na legislação infraconstitucional.

Antes de analisarmos o debate é preciso de antemão afirmamos que aqui entendemos o direito ao esquecimento conforme o que já foi explicitado por Anderson Schreiber (2014) em seu livro "*Direito da Personalidade"*:

> O direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a História (ainda que se trate tão

> somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com os riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida.

No debate brasileiro, quando o tema é direito ao esquecimento, podemos verificar três posições bem delimitadas: 1) Corrente pró-esquecimento: os que defendem a existência do direito ao esquecimento; 2) Corrente pró- informação: os que defendem a informação em detrimento do direito ao esquecimento e 3) Corrente intermediária: os que entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento), figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão (SCHREIBER, 2017).

A primeira posição assevera que o direito ao esquecimento não só existe, como também deve preponderar em todas as ocasiões, como expressão do direito da pessoa humana à privacidade, à intimidade e à honra. Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, valor supremo na ordem constitucional brasileira, o direito ao esquecimento prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos. Esse corrente foi melhor representada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) na audiência pública sobre o tema realizada em junho de 2017 no Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, em decorrência do RE nº 1.010.606/RJ. O instituto chegou a propor um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam "apagadas" da imprensa e da internet. Os defensores da

posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como "um direito de não ser lembrado contra sua vontade" (REsp 1.334.097/RJ). Aludiram, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norte-americana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou que específico sítio de buscas na *internet* desvinculasse o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

Já as teses contrárias ao direito ao esquecimento que afirmam: 1) que o acolhimento do chamado direito ao esquecimento constitui atentado à liberdade de expressão e de imprensa; 2) o direito de fazer desaparecer as informações que trataram uma pessoa significa perda da própria história, o que vale dizer que o direito ao esquecimento afronta o direito à memória de toda a sociedade; 3) cogitar de um direito ao esquecimento é sinal de que a privacidade a censura do nosso tempo; 4) o mencionado direito ao esquecimento colidiria com a própria ideia de direitos, porque estes têm aptidão de regular a relação entre o indivíduo e a sociedade, ao passo que como um "delírio da modernidade" aquele finge que essa relação não existe; 5) o direito ao esquecimento teria o condão de fazer desaparecer registros sobre crimes e criminosos perversos, que entraram para a história social, policial e judiciária, informações de inegável interesse público; 6) ou uma coisa é, na sua essência, lícita ou é ilícita, não sendo possível que uma informação lícita transforme-se em ilícita pela simples passagem do tempo; 7) quando alguém se insere em um fato de interesse coletivo, mitiga-se a proteção à intimidade e a privacidade em benefício do interesse público e, ademais, uma segunda publicação (a lembrança, que conflita com o esquecimento) nada mais faz do que reafirmar um fato que já é de conhecimento público; 8) e, finalmente, que programas policiais relatando acontecimentos passados, como crimes cruéis ou assassinos célebres, são e sempre foram absolutamente normais no Brasil e no exterior, sendo inerente à própria atividade jornalística (SARMENTO, 2015; BINENBOJM, 2014).

A segunda posição é representada especificamente por entidades da área da comunição, pela Procuradoria Geral da República e pelos autores Daniel Sarmento (2015) e Gustavo Binenbjom (2014). Os pró-informação protestam em reconhecer a não existência de um direito ao esquecimento, visto que não há previsão expressa na legislação brasileira. Logo, não poderia ser extraído dos direitos fundamentais como à privacidade e à intimidade. Além disso, para essa corrente, o direito ao esquecimento iria contra o direito à memória e história de um povo. Nesse sentido, na concepção da segunda posição, a liberdade de informação deve sempre e *a priori* prevalecer, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América[7]. Os pró-informação sempre invocam a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815 (ADI 4.815 – biografias não-autorizadas).

Os pró-informação advertem que o direito ao esquecimento pode ter a sua natureza desvirtuada. O uso do direito ao esquecimento pode esconder maliciosamente o interesse de manipular fatos e alterar a história de alguma maneira. Em outras palavras, poderia servir a um propósito antagônico ao de sua idealização (resguardar um direito), viabilizando verdadeiro mecanismo de censura aos meios de comunicação e ao acesso à informação (SARMENTO, 2015; BINENBOJM, 2014).

A terceira posição reconhece a ausência de hierarquia prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Visto que ambos os direitos figuram como direitos fundamentais. Nesse sentido, não haveria outra solução tecnicamente viável, na invocação do direito ao esquecimento, que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão.

Essa posição foi melhor defendida, na audiência pública em função do RE nº 1.010.606/RJ, pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Foi sugerido, pelos doutrinadores adeptos da corrente intermediária a técnica da ponderação para os casos de exibição de programas de televisão com relatos de crimes envolvendo pessoas ainda viva. Ou seja, no caso concreto, seria necessário distinguir vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio

7 Ver o caso New York Times Co. *versus*. Sullivan, entre outros.

de Getúlio Vargas ou do assassinato de Juscelino Kubitschek, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (em que tende a preponderar o direito da vítima de não ser reapresentada publicamente à sociedade como vítima de crime pretérito).

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ESPÉCIE DE DIREITO FUNDAMENTAL: A POSIÇÃO QUE TEM GANHADO FORÇA NO BRASIL

Em "*Direito ao Esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação"*, Pablo Martinez (2014), sugere a fixação dos seguintes critérios a serem seguidos pelo julgador na questão do direito ao esquecimento, que deverão ser considerados e avaliados de forma cumulativa e gradual, como que em um roteiro: verificar a inserção da informação em domínio público; averiguar a garantia de máxima proteção dos direitos da personalidade em geral na veiculação da matéria que rememorará um dado pessoal; constatar se há um efetivo interesse público em tomar ciência de determinado acontecimento e conferir a definição de um prazo máximo para avaliação da utilidade na divulgação de uma notícia. Ou seja, na análise para o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento, no caso concreto, em detrimento das liberdades comunicativas, deve-se proceder a uma verificação gradual, passo a passo, dos critérios acima elencados. Caso, no exame de algum deles, se conclua que a divulgação de dada informação sacrifica desproporcionalmente o grau de realização do direito à proteção da memória de um indivíduo, o resultado é que se deverá privilegiar o direito ao esquecimento (MARTINEZ, 2014).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 283-284) ao tratarem sobre o tema asseveram que: "A extensão e a intensidade da proteção à vida privada dependem, em parte, do modo de viver do indivíduo – reduzindo-se, mas não se anulando, quando se trata de celebridade". Nesse sentido, para os autores, cabe, ainda, na colisão entre os princípios, avaliar a finalidade buscada com a exposição e o modo como a informação foi obtida. É evidente a tendência de justificar a invasão à vida privada de alguém quando houver relevância pública na

notícia que o expõe – por exemplo, revelar um hábito sexualmente heterodoxo de um político que se apoia em um eleitorado conservador. É incorreto, no entanto, considerar que uma pessoa pública abre mão de sua privacidade simplesmente pela escolha do seu modo de viver. Por isso, na questão do direito ao esquecimento deve ficar bem claro que interesse público não é o mesmo que interesse do público. Há celebridades que se voltam ao recolhimento e deixam de atrair notoriedade, tendo, assim, direito de serem deixadas de lado. O mesmo valeria, para aqueles que já cumpriram pena criminal e precisam reajustar-se à sociedade, tendo o direito de não serem lembrados pelo público pelos fatos que levaram às suas condenações (MENDES & BRANCO, 2015).

Todavia, em relação ao conflito entre a proteção à honra dos acusados e a divulgação de fatos criminosos ou de procedimentos criminais (no momento de sua apuração ou depois), Luís Roberto Barroso (2004) opina que:

> Existe amplo consenso no sentido de que há interesse público na divulgação de tais fatos, sendo inoponível a ela o direito do acusado à honra. Vejam-se alguns dos elementos que conduzem a essa conclusão: (i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida licitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do "segredo da desonra" porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores

Novamente, deve-se ressaltar que o legítimo interesse público de que seja dada publicidade da resposta estatal ao crime ocorrido não deve ser confundido com interesse do público, "que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa

humana, condenação sumária e vingança continuada" (MENDES & BRANCO, 2015, p. 284). A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o passar do tempo não tem base jurídica, pois o Direito confere à passagem do tempo a significação, justamente, de esquecimento e estabilização do passado, "mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar" (MENDES & BRANCO, 2015, p. 284). Nesse sentido, institutos como prescrição, decadência, perdão e anistia seriam exemplos de tal argumento.

Sobre a exposição de indivíduos em programas de rádio e televisão, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 278) aduzem que:

> O ser humano não pode ser exposto - máxime contra a sua vontade - como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

É consenso que não há discussão acerca da inviabilidade de censura por parte da Administração Pública. A doutrina diverge, no entanto, sobre os limites da liberdade de expressão. Parte sustenta que não cabe nem mesmo ao Judiciário restringir a liberdade dos meios de comunicação. Defende-se que a Constituição prevê tão somente a sanção posterior, na hipótese de haver extrapolamento evidente e danoso dos limites do direito de expressão (SARMENTO, 2015; BINENBOJM, 2014). "Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão" (CASTANHO DE CARVALHO, 2018, p. 279).

Outra vertente da doutrina interpreta na Constituição a possibilidade de proteção preventiva do direito fundamental que está sendo ameaçado. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2015, p. 279) afirma ser "evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual

direito de reparação ao eventual atingido", ou seja, somente após ocorrida a lesão.

> Adverte para a circunstância de que o constituinte se valeu de termos peremptórios para assegurar a inviolabilidade da vida privada e da honra dos indivíduos, concluindo que a hipótese de indenização somente faz sentido "nos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva aos direitos da personalidade". (...) Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de se lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica (MENDES & BRANCO, 2015, p. 279-280).

Ou seja, os direitos fundamentais não são passíveis de renúncia plena, mas são de autolimitações, desde que não firam o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Um indivíduo pode consentir em restringir sua privacidade – por exemplo, ao aceitar dar uma entrevista sobre um parente que morreu. Uma dificuldade, no entanto, é avaliar se houve consentimento tácito na divulgação de matéria ou imagem que expõe a intimidade de alguém. Pode-se, por exemplo, presumir um consentimento tácito no caso de alguém estar em um local público, sujeito a ser visto e fotografado, mas essa presunção não é absoluta.

A dignidade da pessoa humana é o fundamento principal do direito ao esquecimento, no sentido que este direito pretende a eliminação de informação que não está cumprindo a finalidade que antes tinha, e que agora só provoca dano para uma pessoa e sua família. O direito ao esquecimento pretende é resguardar a dignidade de uma pessoa e de sua família frente a certas informações, notícias, fotos, etc., que ainda ficam nos meios de comunicação e são divulgados trazendo prejuízo para ela. Ou seja, o direito ao esquecimento busca assegurar a possibilidade da discussão do uso de fatos pretéritos, mas especificamente do modo e da finalidade da lembrança (SCHREIBER, 2017; SARLET, 2015).

Ademais, a vida privada e a intimidade são direitos inerentes ao ser

humano, bem como o direito à honra, à vida privada, e à intimidade da pessoa e sua família; bem imaterial, entendido como o sentimento de dignidade própria do homem (honra interna ou subjetiva), o apreço que goza na sociedade, o respeito perante os seus concidadãos, a reputação, a boa fama (honra exterior ou objetiva). Nesse sentido, a ligação entre a dignidade humana e personalidade é indissolúvel, pois somente com a valorização da pessoa como um ser dotado de dignidade que surgiram os direitos da personalidade (SARLET, 2015).

Como os direitos da personalidade não derivam da relação da pessoa com a coisa (direitos reais), nem da sua relação com outra pessoa (direito obrigacional). Visto que tais direitos, na verdade, originam-se da relação que a pessoa tem consigo mesma, ou seja, daqueles bens que a pessoa guarda dentro de si, e que formam a sua personalidade, razão pela qual são intransmissíveis e irrenunciáveis (art. 11 do CC/02). No Brasil, além dos direitos da personalidade mencionados e tratados no Código Civil, outros podem ser extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, de modo que o rol previsto no Código Civil é meramente exemplificativo. Por isso, como forma de exemplo de um direito da personalidade que não está expressamente previsto no Código Civil tem a doutrina e a jurisprudência citado o direito ao esquecimento. Como ficou consignado no Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça federal do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ) que:

> Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Na mesma toada vem se inscrevendo o entendimento, a partir das jornadas de direito civil do CJF/STJ, sobre o direito ao esquecimento como direito fundamental da dignidade humana. Não a toa que na VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ, foi aprovado o enunciado nº 531, cujo teor elucida que:

> A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.
>
> Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Além disso, meses depois da publicação do Enunciado nº 531, o direito ao esquecimento foi debatido no STJ com a chegada à Corte do REsp nº 1.334.097/RJ (caso Aída Curi) e do REsp nº 1.335.153/RJ (Chacina da Candelária). Em ambos os casos, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, da 4ª Turma do STJ, reconheceu-se que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento. Ademais, o Plenário do STF por maioria, em 2014, reconheceu a existência de repercussão geral da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares, suscitada no apelo ARE 833.248 RG (RE nº 1.010.606/RJ), erigindo-o como paradigma do Tema 786. Contudo, o recurso encontra-se na conclusão do Relator desde 05/10/2018.

Ainda nesse campo, o Enunciado nº 576 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ previu a possibilidade da tutela preventiva em relação ao direito ao esquecimento: "O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória". O Enunciado nº 404, da V Jornada de Direito Civil de 2012, prevê o controle de dados quando se trata de assuntos de natureza íntima:

> A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a con-

> dição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Nesse sentido, para boa parte da doutrina o direito ao esquecimento é conhecido também como direitos de estar só, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas; como um direito fundamental associado à dignidade da pessoa humana e à inviolabilidade pessoal; como um direito de ser deixado em paz, como uma oportunidade para um novo começo de vida (MENDES & BRANCO, 2015; SARLET, 2015; CHEHAB, 2015; RULLI JUNIOR & RULLI NETO, 2012; COSTA JUNIOR, 2007). Cabe à pessoa decidir qual destino pretende dar à memória da sua vida pessoal e que fim dar a dados que são desdobramentos da sua personalidade (COSTA, 2016). Nesse sentido, o direito ao esquecimento encontra fundamentação tanto na dignidade da pessoa humana, como na proteção da vida privada, honra, imagem, entre outros, ou seja, "na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões" (SARLET, 2015, p. 1). Bem como, traz para o direito brasileiro a possibilidade do debate com relação ao que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido.

Apesar das críticas dos que se posicionam em favor da informação, é preciso registrar aqui que mesmo os autores que contestam a existência do direito ao esquecimento, também admitem que ele não pode ser rechaçado por completo. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2015) contrapõe, suavizando o tratamento a ser oferecido ao tema, argumentando que:

> (...) não se está sustentando a tese de que o direito à informação sobre fatos passados prevalece sempre e incondicionalmente sobre outros direitos da personalidade, como a privacidade ou a honra. O que se está afirmando é que a passagem do tempo não retira a importância e o interesse público das informações, porque a História é essencial para a sociedade (SARMENTO, 2015, p.14).

Por isso, quanto ao direito ao esquecimento, a corrente intermediária assevera da utilização da técnica da ponderação. Tal assertiva se

justifica porque para os autores os direitos fundamentais que se contrapõem nos casos concretos – proteção da memória individual *versus* liberdades comunicativas – possuem a mesma hierarquia jurídica. Torna-se, pois, indispensável valer-se desta técnica de decisão para dirimir este conflito aparente entre as normas constitucionais, de maneira a preservar o princípio da unidade da Constituição, o qual assinala ser a Constituição um sistema coeso, cujas normas que a integram ocupam o mesmo patamar axiológico. Defender a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico não impõe a pretensão de apagar fatos, como que em uma tentativa de decidir reescrever a vida, por mero capricho. Não se trata disso. O que se busca é discutir o uso que é emprestado aos fatos passados, principalmente no tocante ao modo e à finalidade com que são lembrados, em nome de se evitar que uma pessoa seja perseguida injustamente pelo resto da vida por um fato pretérito, atendendo-se, assim, ao postulado da dignidade humana (SCHREIBER, 2017, 2014; FARIAS & ROSENVALD, 2016; MARTINEZ, 2014).

Nesse sentido, podemos identificar que uma doutrina majoritária que reconhece o direito ao esquecimento como sendo um direito (fundamental) da personalidade, que possui fundamento direto (na dignidade da pessoa humana) e fundamentos indiretos (prescrição, anistia, ressocialização/reabilitação). E também o reconhecimento de que na colisão dos princípios o melhor a se fazer é a ponderação no caso concreto. Ou seja, ao interprete-aplicador, por exemplo, o juiz, caberia inicialmente determinar o âmbito de proteção dos direitos em conflito, as situações protegidas pela norma constitucional, e como elo verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão. Verificada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao interprete-aplicador realizar a ponderação dos bens em colisão, guiando-se pelos "princípios" da: 1) Unidade da Constituição: que requer que a Constituição seja contemplada como um todo e não apenas aquela norma específica, porque assim evita-se contradições; 2) Concordância pratica ou da harmonização: os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados por meio de juízo de ponderação que vise a preservar e concretizar ao máximo os direitos constitucionalmente protegidos e

não um a custa do outro; 3) Proporcionalidade: é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto (MENDES, COELHO & BRANCO, 2016; PEREIRA, 2016; BAROSSO, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizarmos uma revisão bibliográfica sobre o direito ao esquecimento, podemos perceber como os direitos humanos são acionados, debatido e garantido no direito brasileiro. Percebe-se que o direito ao esquecimento ao assegurar a possibilidade da discussão do uso de fatos pretéritos, mas especificamente do modo e da finalidade da lembrança, toca em pontos fundamentais dos direitos humanos. Ou seja, falar em direito ao esquecimento é falar em direitos humanos, seja pela perspectiva dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, seja pelo direito da personalidade (à honra, à imagem, à identidade e à intimidade).

Com a realização da revisão bibliográfica sobre o tema, verificou-se a construção de três posições distintas no Brasil: A corrente pró-esquecimento defende a existência do direito ao esquecimento, independente da presença de uma legislação explícita no ordenamento jurídico. A corrente pró-informação são os pró-informação em detrimento do direito ao esquecimento, visto que o interesse à informação se sobrepõe ao esquecimento. Já a corrente intermediária são os que entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento), figurando ambos como direitos fundamentais, não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão.

Percebeu-se que no processo de construção e elaboração, o direito ao esquecimento vem assegurando a dignidade da pessoa humana e garantindo o direito da personalidade. De fato a corrente intermediária, bem como a doutrina majoritária e a jurisprudência entende que, no caso concreto, quando há colisão entre os princípios a ponderação seria a melhor técnica a fim de assegurar o direito ao esquecimento. Ou seja, há o reconhecimento do direito ao esquecimento como um direito fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor**. 2014. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/direito-ao-esquecimento-a-censura-no-retrovisor>. Acesso em: 06 05. 2020.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Direito de Informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**. São Paulo: LTr, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil**. Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil**. Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil**. Coordenador geral: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 2015.

COSTA, Luiz. *Liberdade de Informação e Privacidade como liberdade*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Liberdade de Expressão no Século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 375-395.

COSTA JUNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves & ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil**:** Parte Geral e LINDB. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento. A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Edilsom. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Frabis Editor, 2016.

RULLI JÚNIOR, Antonio; RULLI NETO, Antonio. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro da sociedade da informação**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, n. 1, p. 419-434, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**. Jota, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/as--tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 20.05.2020.

INTERVENÇÃO HUMANITÁRIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO E A SITUAÇÃO DA VENEZUELA

Claudine Berneira Brum

1. INTRODUÇÃO

Devido a sua situação delicada no cenário internacional, a questão da intervenção humanitária torna-se alvo de dilema significativo, devendo-se levar em conta as consequências práticas de tal ação.

Analisa-se a Violação dos Direitos Humanos Fundamentais na Venezuela, e a possibilidade da Intervenção Humanitária tornaram-se tópicos de relevância no âmbito internacional devido à instabilidade econômica e humanitária que o país vive, acarretando em uma crise humana.

A situação que se encontra na Venezuela hoje é o resultado de um estrangulamento econômico, que tem consequências diretas nos Direitos Humanos Fundamentais do Estado. Esses direitos são, em suma, constituídos por normas relacionadas a condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento, assim como tem como objetivo garantir a defesa dos seres humanos contra abusos de poder econômico cometidos pelos órgãos do Estado.

A Intervenção Humanitária está disposta na Carta das Nações Unidas, em seu art. 39, Capítulo VII, sendo uma exceção ao chamado princípio da não intervenção, sendo recorrida após o esgotamento das negociações diplomáticas e medidas pacíficas. A mesma pode ser invocada quando constata-se caso de legítima defesa individual ou coletiva,

e a segunda seria quando o próprio Conselho de Segurança constata que a questão se trata de um visível constrangimento à paz ou segurança internacional.

De acordo comHOLZGREFE (2018, p. 18) a intervenção humanitária trata-se, em tradução livre, da ameaça do uso de força através de fronteiras por um Estado (ou grupo de Estados), com o objetivo de impedir ou terminar as graves violações difundidas aos direitos humanos fundamentais de indivíduos que não sejam seus próprios, sem a permissão do Estado em qual território a iniciativa é aplicada. No entanto, de maneira geral, a soberania a qual todo Estado detêm não pode ser questionada consoante princípios do Direito Internacional Público, em especifico da autodeterminação dos povos, que deixa claro que um Estado possui o poder de tomar escolhas sem interferência externa. Além disso, a própria Carta da ONU estabelece o princípio da não intervenção como sendo norteador da conduta dos Estados no cenário internacional. Quanto a isso, porém, existem duas exceções, sendo a primeira dela sendo legítima defesa individual ou coletiva, e a segunda seria quando o Conselho de Segurança constata que a circunstância em questão trata-se de um visível constrangimento à paz ou segurança internacional

O que é presenciado no cenário internacional atual é a necessidade de manutenção do poder, seja pela intervenção humanitária (ou, algumas vezes, pela negativa dada a elas).

2. DOS DEVERES DOS ESTADOS

Além dos direitos, um Estado comporta deveres no plano externo com relação a sua relação com demais elementos do cenário internacional. Tem como fundamento basilar as regras de coexistência entre os diferentes Estados e, como objetivo, resguardar a própria existência das relações internacionais.

São divididos, portanto, em deveres morais e jurídicos.

Quanto aos deveres morais, estes são de caráter unicamente moral, e a realização desses deveres não está atrelado a qualquer medida coercitiva, estando no entanto atrelado a opinião pública a respeito da

infração ou negligência da parte do Estado com relação ao uso, ou ameaça do mesmo, da reciprocidade.

Não comporta, tampouco, sanção jurídica, ao contrário do que se sucede com os deveres jurídicos.

Segundo MAZZUOLI (2018, p. 456), esses deveres têm como base os preceitos de cortesia internacional, da humanidade, da equidade, podendo ser citados, entre outros:

> "a) o dever de socorro e a colaboração por ocasião de calamidades naturais, bem como nos momentos de inquietação política e social, que, várias vezes repercutem na pessoa humana; b) os salvamentos marítimos em casos de sinistros, quer ocorridos em aguas territoriais ou em alto-mar, com naufrágio, incêndio a bordo ou qualquer outro acidente do gênero; c) o abrigo concedido, em porto nacionais, a navios estrangeiros que aí procurem refúgio contra tempestades que lhes causem danos e prejuízos à estrutura, ou por necessitarem de reparos, em virtude de avarias por algum acidente no mar ou prejuízos físicos já sofridos; d) o estabelecimento de medidas sanitárias e providências para a proteção da saúde, impedindo a propagação de enfermidades; e) a assistência financeira aos Estados subdesenvolvidos ou aos que se encontram em situação econômica extremamente crítica; f) a assistência e cooperação em matéria judiciaria, tanto civil como criminal, incluindo-se a adoção de medidas facilitadoras da ação social contra o crime; e g) o apoio em relação a questões de caráter humanitário, em tempo de paz ou em tempo de guerra etc".

Completa GUERRA (2013, PG. 154), a respeito dos deveres morais: "(...) este são correlatos à assistência de um Estado a outro e têm-se apresentado em vários momentos da vida internacional em consonância com o princípio da solidariedade". Muitos desses deveres tornaram-se jurídicos ao serem positivados através de tratados internacionais, mas de maneira geral, pode-se afirmar que aqueles deveres que não se encontram no âmbito tradicional, figuram no quadro de obrigações morais.

No tocante dos deveres jurídicos, estes são fundamentados invariavelmente em convenções internacionais entre Estados, os deveres jurídicos são passiveis de medidas coercitivas autorizadas pelo Direito Internacional Público, e sanções pelo não cumprimento.

O principal dever jurídico relevante para a doutrina trata-se do dever negativo, ou seja, de respeito à soberania e à personalidade jurídica dos demais Estados, sendo que os demais componentes do plano internacional não devem interferir de maneira indevida em assuntos da exclusiva competência do Estado.

Segundo GUERRA (2013, p. 154), traz o seguinte entendimento, corroborando ao dizer:

> "O dever jurídico corresponde à obrigação do Estado em respeitar os direitos dos demais sujeitos internacionais, em decorrência das várias convenções internacionais existentes sobre a matéria: o respeito aos direitos dos Estados, a observância às normas internacionais, a boa-fé nas relações internacionais, a não utilização da força, salvo nos casos de legítima defesa etc".

Dessa maneira, é observado como os deveres do Estado norteiam diretamente as ações do Estado.

3. DOS DIREITOS DOS ESTADOS

Como explanado anteriormente acerca da igualdade jurídica dos Estados, os mesmos a exercem dentro de seus limites, dessa maneira mesmo sua simples existência como pessoas de Direito Internacional, sendo constituídas de capacidade e personalidade jurídica, é o suficiente para que o direito seja assegurado.

Dentro dos direitos estatais, o mais básico dos direitos são os direitos fundamentais, que derivam da necessidade que haja equilíbrio e estabilidade nas relações internacionais. A base desses direitos reside no direito à existência – existir e continuar existindo.

Este aglomerado de direitos, aplicado ao ente estatal, assegura que o Estado em questão possa, segundo MAZZUOLI (2018, p. 441):

> "a) ele permite ao Estado tomar todas as medidas que reputar necessárias em relação ao ingresso ou saída de estrangeiros do território nacional; b) faz com que o Estado organize e dê competência aos tribunais internos, para que estes apliquem as leis necessárias à sua existência (mas desde que não prejudique direitos de terceiros Estados); e c) fomenta a criação de um braço armado militar, capaz de organizar as forças do Estado contra ataques inimigos externos".

Dessa forma, segundo ACCIOLY (2012, p. 322), os Estados são munidos de direitos, sendo eles: direito à liberdade; direito à igualdade; direito ao respeito mútuo; direito de defesa e conservação; direito internacional do desenvolvimento; e direito de jurisdição .

Quanto ao direito de defesa e conservação, no mesmo estão contidas todas as medidas estatais que são indispensáveis para a conservação e defesa do Estado. É, acima de tudo, um direito-dever do Estado, que consiste em direitos necessários para a garantia do Estado contra quaisquer ameaças externas que venha a ser alvo, e também para o cuidado aos elementos constitutivos, como seu território e povo, igualmente voltado a manter intacta e preservada a integridade política, pois sem esses elementos, seria impossível garantir sua estabilidade como pessoa jurídica portadora de direitos.

No entanto, salienta-se que o direito à defesa e conservação não é absoluto, devendo ser exercido dentro do que é entendido como limite razoável à existência e conservação de demais membros da comunidade internacional, sendo utilizado de maneira moderada os elementos considerados oportunos para que se atente acerca da agressão injusta, atual ou iminente , pois versa ACCIOLY (2012, p. 335), que o direito de defesa varia de um Estado para outro, devido a singularidade de cada caso.

Ainda assim, o Direito Internacional Público, além de admitir o exercício da legítima defesa individual, também admite a legítima defesa coletiva, que estão dispostas nos arts. 51 da Carta da ONU, e 29 da Carta da OEA.

Dessa maneira, dando respaldo a legítima defesa e o uso de meios necessários para cessar a agressão em questão.

A respeito do direito à liberdade e à soberania, está é a ramificação do direito à existência constitui-se pelo fato de que um Estado, para ser considerado soberano e livre, o mesmo deve atuar com independência no meio internacional, sem que haja coações ou interferências externas ao seu domínio, dessa forma tornando-se uma condição inerente a existência do próprio Estado. Se manifesta na forma de soberania interna e externa, sendo a primeira a competência para impor e resguardar suas decisões dentro de seu território e fronteiras, enquanto a última refere-se as relações internacionais com Estados estrangeiros, participando de relações internacionais em um nível de igualdade.

Vale ressaltar que uma soberania absoluta é inconcebível, partindo do pressuposto que os Estados mantem-se em paridade uns aos outros, e também devido as normas jurídicas aplicadas no cenário internacional.

Sendo assim, o Estado é soberano quando determina, dentro de suas fronteiras não exista grau maior de poder que a própria, podendo gerir suas normas internas sem a interferência de outros, no entanto, no instante em que o Estado se faz presente na comunidade internacional, o mesmo está sujeito às regras que o Direito Internacional impõe.

Ademais, MAZZUOLI (2018, p. 444), cita complementação ao dizer que:

> "Nenhum Estado é soberano relativamente a outro Estado. Soberania conota superioridade, supremacia, predominância (...). Logo, constituiria verdadeiro contrassenso a afirmação de que os Estados são soberanos em suas relações internacionais. (...) Na relação entre os Estados, o que existe não é soberania, mas igualdade dos Estados".

Dessa maneira, é fato de que a soberania que os Estados têm não é absoluta, e tem limites, devendo se submeter especialmente aos imperativos da paz e da tutela dos direitos humanos.

Ao Direito Internacional não é relevante qual é o nível de desenvolvimento material ou bélico de um Estado, sendo apenas de importância que todos os Estados manifestem-se de maneira livre e sejam imbuídos com a capacidade para que possam fazê-lo.

Quanto ao direito à igualdade, este decorre do direito à liberdade e à soberania, este direito veda um Estado de submeter outro sob sua exclusiva autoridade. Consagrado no Art. 2°, §1° da Carta da ONU:

> "A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: § 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros".

Devido a essa norma, a Carta da ONU considera como juridicamente idênticos todos os entes imbuídos de soberania. Trata-se de uma igualdade jurídica, não de fato.

Em 24 de outubro de 1970, a Assembleia-Geral da ONU promulgou a Resolução 2625 (XXV), em que aprovou a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional Referentes à Amizade e Cooperação entre os Estados em Conformidade com a Carta das Nações Unidas, ficando expresso que, em tradução livre "todos os Estados gozam de igualdade soberana. Têm iguais direitos e iguais deveres e são igualmente membros da comunidade internacional, apesar das diferenças de ordem econômica, social, política ou de outra índole".

No entanto, quando se fala de igualdade, deve se levar em consideração que enquanto os Estados são considerados teoricamente iguais juridicamente, o mesmo não ocorre de fato.

Nas palavras de MAZZUOLI (2018, p. 449):

> "Se é certo que os Estados são juridicamente iguais, não é menos certo que, de fato, eles têm características diametralmente opostas, o que cria um problema de desigualdade de facto difícil de resolver. Este quadro implica a criação de regras jurídicas destinadas à proteção de cada qual dos Estados desiguais de facto".

Além disso, a própria carta da ONU desiguala os Estados que pertencem permanentes ao Conselho de Segurança, como é o caso dos seguintes Estados: China, Rússia, Reino Unido, França, Estados Unidos, que são detentores do poder de veto. A proteção, logo,

volta-se à aqueles Estados que se encontram na tangente das grandes potências mundiais.

O direito ao respeito mútuo, nas palavras de ACCIOLY (2012, p.328), trata-se de um direito inerente a todo Estado:

> "(...) de ser tratado com consideração, pelos demais estados, e de exigir que os seus legítimos direitos, bem como a sua dignidade moral e a sua personalidade física ou política, sejam respeitados pelos demais membros da comunidade internacional".

Entende-se, dessa forma, que um Estado não pode tratar outro de maneira ofensiva, devendo-lhe prestar respeito, tanto na forma de praxe quanto aos seus símbolos nacionais.

Ainda, ACCIOLY (2012, p. 328), "a preservação da existência e da dignidade da população, bem como o respeito de identidade ética, linguística e cultural devem ser considerados elementos cruciais dessa dimensão".

Concernente ao direito internacional do desenvolvimento, este foi originado do ingresso de numerosos novos Estados nas Nações Unidas, que tinham sua viabilidade econômica contestada. Dispõe a Declaração da Concessão de Independência da Países Coloniais e Povos , que mesmo a falta de preparo político, econômico, social ou educacional nãodeve significar o adiamento da independência, e dessa forma, foram aceitos pela ONU países os quais não poderiam sobreviver sem que houvesse o auxílio da comunidade internacional .

Enfim, quanto ao direito de jurisdição, trata-se do fato de que todo Estado tem direito de exercer dentro de suas fronteiras e sobre sua população permanente a sua própria jurisdição, com exceções apenas advindas do direito internacional.

De acordo com as palavras de ACCIOLY (2012, p.344):

> "O direito do estado sobre o território e os respectivos habitantes é exclusivo, ou seja, nenhum outro estado pode exercer a sua jurisdição sobre o território, a não ser com o consentimento do primeiro".

Portanto, sendo estes os direitos inerentes ao Estado, se argumenta que no cenário internacional, as relações internacionais não se garantem apenas com direitos, tendo que haver igualmente deveres.

4. DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ESTADOS

Na Carta da OEA, em seu art. 12, está disposto expressamente que "Os direitos fundamentais dos Estados não podem ser restringidos de maneira alguma". Porém, é sabido que os direitos dos Estados não são absolutos.

Se por um lado os costumes são prerrogativas limitativas, assim são também são os tratados internacionais, pois ambos impõem restrições às prerrogativas fundamentais dos Estados, afetando suas soberanias. Segundo MAZZUOLI (2018, p. 450), são restrições aos direitos fundamentais as capitulações; as garantias internacionais; as servidões internacionais; as concessões; o arrendamento de território; o condomínio; a neutralidade; a neutralização de territórios; e pôr fim a imunidade de jurisdição e execução.

5. DA NÃO INTERVENÇÃO

Trata-se de uma restrição à soberania e independência estatal, traduzindo-se enfim no conceito de que é dever de todo e qualquer Estado não interferir indevidamente em assuntos particulares, sejam eles internos ou mesmo externos, de outros, com o objetivo de impor ou fazer prevalecer a sua vontade.

Cita GUERRA (2013, p. 159) que:

> "(...) o dever de não ingerência é um princípio fundamental que reúne muitas regras específicas sobre a competência jurídica e a responsabilidade dos Estados, mas adverte que nos termos do Direito Internacional geral as questões da competência dos Estados pertencem ao domínio reservado dos Estados, à

> sua jurisdição interna. Isto é, evidentemente, uma tautologia e, como questão de princípio geral, o problema da jurisdição interna não é fértil".

O dever da não intervenção está, primeiramente, disposto no art. 2° da Carta da OEA, em sua alínea b, que traz expressamente a intenção de "promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção", além disso, no art. 19 da mesma Carta, observadas as seguintes diretrizes:

> "Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro. Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem".

Também encontra-se nas resoluções 2625 (XXV), 2131 (XX), 31/91 (1976) e 36/103 (1981), intitulada "Declaração sobre a admissibilidade de intervenção e de ingerência nos assuntos interiores dos Estados", da Assembleia-Geral da ONU. Quando indevida, entende-se que a intervenção é uma afronta aos direitos humanos e a integridade política e territorial dos Estados.

Segundo MAZZUOLi (2018, p. 458), é possível extrair os seguintes elementos caracterizadores do conceito da intervenção:

> "a) a imposição da vontade de determinado Estado em relação a outro, pelo uso da força manifestada por meio de violência moral ou material (no que não há falar-se em intervenção quando o ato interventivo é benéfico, como quando se oferecem bons ofícios etc.); b) a ingerência não solicitada pelo Estado interessado (caso em que desaparece o elemento coativo, que caracteriza a intervenção, como quando se querer uma mediação); c) a existência de uma vontade impositiva e abusiva, estranha à do

> Estado objeto da medida e sem a aceitação deste; e d) a presença de dois Estados soberanos em conflito (o que faz desconfigurar a intervenção nos casos de Estados protegidos ou vassalos)".

Ainda, GUERRA (2013, p. 160) cita:

> "A intervenção pode ser revestir de diversas formas, passando pelas mais discretas até as mais evidentes. Silva e Accioly apresentam algumas formas de intervenção: diplomática (oficial ou oficiosa) ou armada; direta (positiva) ou indireta (negativa); individual ou coletiva; clara (aberta) ou oculta (dissimulada); política ou não política (como no caso de medidas econômicas abusivas, tarifas alfandegárias excessivas, interrupção das comunicações, etc.) e complementar ao afirmar que uma intervenção pode revestir duas ou mais das modalidades mencionadas".

O dever da não intervenção, no entanto, não é absoluto. São exceções: intervenção em nome do direito de defesa e de conservação; intervenção para a proteção dos direitos humanos; e intervenção para a proteção de interesses de nacionais.

No tocante da intervenção em nome do direito de defesa e de conservação, no entendimento de ACCIOLY (2012, p. 363):

> "Todo o estado tem direito de tomar, nos limites estabelecidos pelo direito internacional e pela Carta das Nações Unidas, todas as medidas visando à sua defesa e conservação. Não pode, contudo, tomar medidas capazes de atingir outro estado que não o ameace militarmente".

Dessa maneira, é observado que é injustificável a prática de atos contra o Estado que tenha possibilidade de se tornar uma ameaça futuramente.

Existem limites claros quanto ao que é reconhecido como legítima defesa, estando eles dispostos no art. 51 da Carta das Nações Unidas.

A respeito da intervenção para a proteção dos direitos humanos, esta modalidade ganhou força após o reconhecimento dado aos Direi-

tos Humanos na Carta da ONU e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao ponto em que sua inobservância é argumento quanto a aplicabilidade da intervenção humanitária. No entanto, o sentimento de humanidade não é o único nem principal argumento em se tratando de intervenção humanitária.

Nas palavras de ACCIOLY (2012, p. 363):

> "O sentimento não é de hoje e citam-se inúmeros exemplos de intervenção humanitária no passado. Na maioria dos casos, ocorria, indiscutivelmente, no país vítima da intervenção, a prática de crueldades, frequentemente com a morte maciça de pessoas, mas também, em todos os casos o estado interventor era movido por outros interesses".

Cabe a decisão acerca da intervenção a organização internacional, ou seja por exemplo, da ONU, sendo todos os países envolvidos membros, e com concordância dos mesmos.

Cita-se a intervenção em Kosovo. Segundo ACCIOLY (2012, p.365):

> "A intervenção da OTAN e 1999, contra a República Federal da Iugoslávia é, segundo a concepção voluntarista do direito internacional um ato de agressão armada, contra estado soberano, visto não ter sido autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, nos termos do Capítulo VII da Carta. Mas, em razão das limpezas étnicas em grande escala, sofridas pelas populações albanesas de Kosovo e perpetradas pelo regime de Milosevic, tratar-se-ia, segundo a concepção solidarista do direito internacional, justificando objetivamente a intervenção humanitária, tornando-a legitima em vista do propósito de punir a pratica de crimes internacionais".

Ainda, complementa ao dizer que apesar da OTAN ser uma organização internacional, não gera nenhuma modificação no cenário, pois a mesma agiu como aliança militar, e sem considerar os princípios dispostos na Carta das Nações Unidas.

De maneira mais recente, segundo ACCIOLY (2012, p. 365), estabeleceu-se que a ajuda humanitária não pode ser considerada como ilícita, em outras palavras, não pode ser vista como intervenção a não ser quando existem motivos concretos que demonstrem a ingerência em um país que presta ou intenta prestar a ajuda em questão, devido a isso, no entanto, será considerada ilícita a atitude do Estado que se nega a receber a denominada ajuda de maneira imotivada, fazendo com que sua população sofra de maneira injusta.

Não havendo motivo relevante para que a ajuda seja negada, então constitui-se a violação aos direitos humanos, que por sua vez, pode servir de argumento para uma possível intervenção humanitária a ser promovida pela ONU.

Por fim, em referência a intervenção para a proteção de interesses de nacionais, é visto que a todo Estado cabe o direito de proteger seus nacionais no exterior, tendo sido esse direito reconhecido através da *Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas* , decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965, tendo seu exercício dado na forma de missões diplomáticas, não podendo dessa forma ser taxado como uma ingerência abusiva nos negócios de outro Estado, sempre se mantendo dentro dos limites.

6. DA DOUTRINA MONROE

Não há maneira de se tratar da intervenção sem mencionar a doutrina Monroe, segundo ACCIOLY (2012, p. 369), os princípios dessa doutrina, proclamados por seu autor e quinto presidente dos Estados Unidos, James Monroe, são:

> "1°) O continente americano não poderia ser sujeito no futuro à ocupação por parte de nenhuma potência europeia; 2°) é inadmissível a intervenção de potência europeia nos negócios internos ou externos de qualquer país americano; e 3°) os Estados americanos não intervirão nos negócios pertinentes a qualquer país europeu".

Essa doutrina permitiu que demais países do continente americano, em especial os de origem latina, fossem capazes de manter sua integridade territorial, e assim se fortalecerem politicamente, conseguindo então sua independência.

Contudo, a doutrina Monroe não impediu que os Estados Unidos viessem a intervir, em épocas seguintes, no México, em Cuba e países caribenhos, obviamente ferindo a soberania destes países, contrariando seus próprios princípios.

Dada essa questão, segundo MAZZUOLI (2018, p. 460) , a doutrina Monroe é composta por duas facetas, uma delas é a não intervencionista, ocorrendo quando os interesses americanos estavam em risco, ou quando a intervenção era avessa ao entendimento norte-americano; e outra intervencionista, sendo uma em que próprios Estados Unidos interviam, ou não se importavam com a intervenção europeia nos países latino-americanos, quando não fosse do seu interesse.

7. HISTÓRICO ECONÔMICO DO PAÍS

A história de um país é nada mais do que a conflagração das escolhas de seus governantes passados. No entanto, a crise humanitária e tensão política que se vê hoje na Venezuela pode ser grosseiramente traçada até a crise econômica da Venezuela, embora existam fatores secundarios anteriores. A crise econômica encontra-se ligada ao fato de a sua economia estar atrelada de maneira íntima ao petróleo, que teve a desvalorização no mercado internacional, a partir de 2014. Segundo dados, em junho de 2014, o preço do barril de petróleo era de US$111,87 e, em janeiro de 2015, o valor era de US$48,07

Durante o governo de Hugo Chávez, a Venezuela foi financiada com o dinheiro que era trazido ao país por meio da venda de petróleo, e não houve investimento o suficiente em sua própria indústria e na agricultura, dessa maneira, por ser muito dependente de um produto que tem seu valor baseado na oferta do mercado internacional, o país encontrou-se sujeito a instabilidade econômica do mesmo no mercado

Essa queda drástica teve reflexos objetivos no PIB do país, que caiu quase 4% naquele ano . A queda do valor do petróleo, aliado ao fato da

ausência de investimento na indústria interna, fez com que o mercado venezuelano sofresse o impacto, pois sem o dinheiro advindo do petróleo, o governo parou de comprar itens básicos para o cotidiano da população .

Ademais, a partir de 2017, o governo norte-americano, na pessoa de Donald Trump, então presidente dos EUA, deu início a sanções à economia da Venezuela, como forma de represália ao autoritarismo de Nicolás Maduro .

Essas sanções, aliadas à gestão da estatal venezuelana a Petróleos de Venezuela (PDVSA), agravaram severamente o quadro venezuelano, fazendo com que as contas da estatal passem para o banco russo Financial Corporation Bank (Rusfincorp) .

Dessa forma, a crise econômica da Venezuela culminou na maior crise da história econômica do país. Conclui-se que a redução do valor do barril do petróleo, aliado a gestão do governo e as sanções americanas encaminharam o país à situação atual.

Dados estatísticos fazem referência aos seguintes números para melhor compreender a dimensão da questão. Primeiramente, inflação da Venezuela em 2018 ultrapassou 1.300.000% , e a pobreza extrema do país saltou de 23,6%, em 2014, para 61,2%, em 2017 . Ainda, entre os anos de 2013 e 2017, o PIB venezuelano caiu 37%, e o salário-mínimo vigente no país corresponde à setenta e sete reais . Por fim, devido à crise política, econômica e humanitária, quase três milhões de venezuelanos deixaram a Venezuela buscando auxílio em países vizinhos, sendo que os dois países que mais receberam refugiados foram a Colômbia e Peru .

Devido a intensificação da situação, a comunidade internacional passou a pressionar a Venezuela para que o país recebesse equipes de ajuda humanitária. Contudo, o país nega a ajuda humanitária sob a alegação de que se trata apenas uma justificativa dos Estados Unidos para intervirem diretamente no país . Dessa forma, dia 21 de fevereiro de 2019 as fronteiras foram fechadas com o Brasil, com a Colômbia e Aruba .

8. DO DEVER DE NÃO INTERVENÇÃO APLICADO

Como visto anteriormente, a soberania de um Estado deixa claro que dentro de suas fronteiras não há jurisdição maior do que a própria,

como ficou nos capítulos anteriores, assim como no art. 2, §7° da Carta das Nações Unidas, que versa a nós as seguintes palavras:

Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

Dessa forma, segundo autores mencionados, deixam o entendimento que a comunidade internacional não tem nenhum embasamento legal de fato sobre cidadãos de outro Estado, pois a mera violação dos direitos humanos não seria causa o suficiente para justificar uma interferência de fato, tendo de haver situação de extrema gravidade para que medidas sejam tomadas de fato, como por exemplo em casos de genocídio em massa, massacres de razão racial e religiosa, situações de opressão e violência extrema que tenham como alvo a maioria da população, para que uma intervenção humanitária seja de fato aplicável. Além disso, a intervenção humanitária não se trata de uma receita pronta, e cada situação deve receber cuidado e atenção diferenciados, devido ao próprio risco que uma intervenção humanitária pode causar, dessa maneira devendo ser levadas em consideração as possíveis consequências, e prever os patamares que tal ato podem alcançar. Desse ângulo, é observado que apenas o dever moral como razão legitimadora da intervenção humanitária não basta para que a mesma ocorra.

Intervenções humanitárias são situações em que houve prática extraordinária do Conselho de Segurança, pois em casos como o de Kosovo (1999) e do Iraque (2003) não foram autorizados pelo Conselho de Segurança, tornando-se intervenções ilegais. Dessa maneira, a presença de violações de direitos humanos, mesmo em grande escala, não é capaz de autorizar a autorização para uma possível intervenção humanitária.

Nestes termos, se deve analisar o princípio da não intervenção, aliado ao direito fundamental da liberdade e da soberania.

Ainda que os deveres morais possam a vir a se tornar normas de Direito, não podem ambos serem confundidos com matéria legal de

fato, assim, em primeira instância, não podendo usar da justificativa moral para autorizar uma possível intervenção humanitária em um país em crise.

Deve-se lembrar em consideração o princípio norteador do Direito Internacional da não intervenção, intimamente relacionado a soberania de cada Estado, que dentro de suas fronteiras pode dispor de seu regime e leis, levando-se em consideração igualmente a doutrina Monroe, que justifica o ângulo não intervencionista no tocante da gerência de assuntos externos que não os seus próprios.

O princípio não é absoluto, imbuído de exceções relevantes, sendo elas: a intervenção em nome do direito de defesa e de conservação; a intervenção para a proteção dos direitos humanos; e a intervenção para a proteção de interesses de nacionais.

Sendo comparada a situações análogas no plano internacional, e ao histórico de intervenções aprovadas pelo Conselho de Segurança, a situação da Venezuela não apresenta similaridade suficiente para justificar uma intervenção do ponto de vista legalista, se tratando da intervenção uma medida excepcionalíssima de Direito Internacional.

Ainda que moralmente reprovável, a situação encontrada na Venezuela não é ilícita, sua crise financeira não justifica um ilícito internacional, sendo consequências das escolhas feitas sob o invólucro da soberania do Estado, logo, não há de se falar em embasamento para intervir. Dessa forma, conclui-se portanto, a inaplicabilidade da intervenção humanitária no caso concreto exposto.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

BBC. O que levou a Venezuela ao colapso econômico e à maior crise de sua história. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/10/22/o-que-levou-a-venezuela-ao-colapso-economico-e-a-maior-crise-de-sua-historia.ghtml>. Acesso em: 03 abr. 2019.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS: DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019

CORAZZA, Felipe; MESQUITA, Lígia. Crise na Venezuela: o que levou o país vizinho ao colapso econômico e à maior crise de sua história. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45909515>. Acesso em: 03 abr. 2019.

GUERRA, Sidney. CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 592 p.

G1. Venezuela fecha fronteira com o Brasil. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/02/21/venezuela-fecha-fronteira-com-o-brasil.ghtml>. Acesso em: 03 abr. 2019.

HOLZGREFE, J. L. HUMANITARIAN INTERVENTION DEBATE, IN: Humanitarian Intervention, Ethical, Legal and Political Dilemmas. 1. Ed. Cambridge, 2018.

MARCO, Daniel García. Quais as consequências das sanções dos EUA para a economia da Venezuela? 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41060655>. Acesso em: 04 abr. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. 1105 p.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PELA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/19482/4/A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Tratados%20Internacionais%20de%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Resolução n° 794 (1992), de 3 de Dezembro (Resolutions and Decisions Adopted by the Security Council, 1992, pp. 63/65).

REUTERS. Inflação da Venezuela supera 1.000.000% em 12 meses. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/12/10/inflacao-em-12-meses-da-venezuela-supera-1000000.ghtml>. Acesso em: 03 abr. 2019.

ROBERTS. HUMANITARIAN WAR: military intervention and human rights. 69. Ed. 1993.

DIREITO AO ABORTO E DESDOBRAMENTOS DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DAS MULHERES FRENTE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Geovana Bacim

APRESENTAÇÃO

Os direitos das mulheres foram sendo construídos através dos últimos séculos por meio de muitas reivindicações e espaços conquistados. A figura feminina carrega consigo o ideal de maternidade e acolhimento nato. Entretanto se questiona: aborto é uma forma de escolha? Há condições de assegurar abortamento seguro no Brasil? A legislação é capaz de gerar proteção à mulher?

Considerando a interface estabelecida entre Direitos Humanos, direitos da mulheres, este artigo, metodologicamente, assumirá o caráter predominantemente qualitativo. Em O Segundo Sexo de Simone de Beauvoir foi aberto "debate político mais radical lançando as matrizes teóricas de uma nova etapa do feminismo", ao contestar radicalmente todo o determinismo biológico e afirmando que não se nasce mulher, torna-se mulher (SCAVONE, 2008, p.175).

Há que se lembrar que conceitos como "sujeito, mente, razão, objetividade, transcendência, cultura, dentre outros, que estruturam os princípios da Ciência Moderna, foram identificados com o masculino" (SARDENBERG, 2002, p. 96). De outro lado, até hoje são identi-

ficados os conceitos de objeto, corpo, emoção, subjetividade, como femininos. Pode-se dizer que estudos feministas buscam compreender os problemas na perspectiva do gênero.

Ainda, a importância dos estudos feministas e de gênero, são caracterizados pelas "ressonâncias das lutas por redistribuição, justiça e direitos políticos e sociais e/ou por lutas pelo reconhecimento e/ou identitária", como destaca desses estudos serem "historicamente comprometidos com a transformação das relações de dominação e poder masculinos associando-as a contextos mais abrangentes" na forma apresentada por Scavone (2008, p.176).

DIREITOS HUMANOS, DIREITO AO ABORTO E A CONSTRUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Se entende que o direito ao aborto é decorrente dos direitos humanos. Sua efetividade se dá quando da aplicação das leis. Portanto, o direito da mulher ao próprio corpo e a disposição de sua vontade quanto a direitos sexuais e reprodutivos é também expresso pela possibilidade legal e segura de aborto. A construção e implementação dos direitos passa pelos movimentos feministas, inicialmente com reivindicação ao acesso à educação e ao voto, indo até o controle do próprio corpo com pedidos pela descriminalização e legalização do aborto.

É importante ter presente que os direitos humanos são o resultado de lutas e embates políticos, sujeitos a avanços e retrocessos. A célebre frase de Simone de Beauvoir: "basta uma crise política, econômica e religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados" (BEAUVOIR, 1986, p.71), demonstra que mesmo a definição de direitos não assegura sua execução no futuro. Ao longo da história, determinadas classes e grupos sociais tem sido relegado a cidadãos de segunda categoria com o menor acesso aos direitos vigentes na sociedade, seja em seu aspecto normativo seja em seu exercício (PITANGHY, 2010). Toda reivindicação por direitos se baseia nos princípios universais da igualdade e da justiça.

Para Maria Betânia Ávila (1999, p. 41) "as relações sociais são construídas pela tensão entre inclusão e exclusão que se renovam diariamente". Importa, nesse sentido, "identificar algumas estratégias que

adotando o direito como instrumento de intervenção possibilita a discussão pública, a afirmação e a ampliação dos direitos sexuais e reprodutivos". (DORA, 2002, p.91).

"Quando a mulher liberta-se da natureza: torna-se senhora de seu corpo" (BEAUVOIR, 1986, p.166).

> Dessa forma, livre em grande parte das servidões da reprodução, pode desempenhar o papel econômico que se lhe propões e lhe assegurará a conquista total de sua pessoa, pela convergência dos fatores: participação na produção e libertação da escravidão da reprodução, que se explica a evolução da condição da mulher (GORCZEVSKI, 2012, p.93).

Em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), com a qual se iniciou a abordagem internacional dos direitos humanos e o sistema global de proteção aos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas. "Este sistema tem como destinatários todos os seres humanos, em sua abstração e generalidade.". (PIOVESAN, 2006, p. 205-206).

Se os direitos sexuais e os direitos reprodutivos não são respeitados, então os direitos humanos não são cumpridos. Esses direitos são violados tanto quando as mulheres são esterilizadas sem consentimento, como quando são criminalizadas por interromper uma gravidez. Assim, tem-se que é possível pensar na extensão do direito humano à vida digna com a garantia de aborto seguro, como ferramenta de saúde e de reconhecimento do corpo feminino além daquele concebido para reprodução. Estudos sobre o aborto tem potencial de articular questões centrais e relevantes ao campo da saúde reprodutiva, desde as relações de gênero e os processos de decisão na esfera reprodutiva, até a provisão de assistência e a garantia dos direitos sexuais reprodutivos. (CARPILOVSKY, 2011, p.15).

Norberto Bobbio (1992, p.25) entende que:

> o problema de enfrentamento com os novos tempos dos direitos humanos é que não se está, somente, frente a um paradigma

> filosófico, mas jurídico, num sentido mais amplo, político, de como garantir os direitos dos homens e impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

"Toda norma, inclusive a constitucional, é instrumento para um fim: adequar à conduta humana aos valores estabelecidos em seu comando.". (SILVA, 2004, p. 44). A regulamentação da reprodução e sexualidade pelos ordenamentos jurídicos é antiga. Em que pese a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 tratar sobre tais direitos, o consenso quanto a quais são esses direitos e como se dará sua implementação enfrenta diferentes barreiras nos países, como o grau de desenvolvimento político, social e cultural. Na perspectiva internacional, o principal instrumento internacional de direitos humanos que dispõem sobre as mulheres é a Convenção Contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), de 1979.

O conceito de direitos reprodutivos foi introduzido nas normas internacionais através do Plano de Ação da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994 e foi reiterado na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim, em 1995, quando foi definido o que é saúde reprodutiva, passando assim, a integrar a categoria de direitos humanos. Os conceitos centrais fixados nos documentos são: a livre e responsável decisão sobre a própria vida sexual e reprodutiva, o acesso a informação e aos meios para seu exercício livre de discriminações, coerções ou violências. Neste sentido:

> O conceito construído busca interagir direitos civis e sociais, principalmente o direito à saúde, à educação, à informação, à intimidade, à autonomia pessoal, à integridade física, tratamento igualitário, e estabelecer as garantias necessárias para seu exercício. (DORA, 2002, p.98).

O direito à maternidade segura deve garantir a adequada capacidade de escolha. A oferta de serviços de saúde que permitam uma gravidez que não comprometa a vida das mulheres, como direito básico a vida e a escolha de gestar. Segundo a Organização Mulndial

da Saúde, seis milhões de mulheres praticaram aborto induzido na América Latina no ano de 2008. (PITANGHY, J; COSTA, L; ROMANI, A, 2010)

Para Dworkin (2003, p. 11) enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que o feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum lado é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar – não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Afirma ainda, que essa combinação de pontos de vista não é apenas coerente, mostra-se igualmente de conformidade com uma grande tradição de liberdade de consciência das modernas democracias pluralistas.

> Pode ser muito difícil alcançar um consenso sobre a definição do status de um feto. Pode ser igualmente difícil definir quanto "sofrimento insuportável" de uma mulher é suficiente para justificar um aborto no caso de um comprometimento fetal detectado ou confirmado, ou quanto sofrimento deve ser pesado contra o sofrimento potencial de pessoas portadoras de deficiência que afirmam ser prejudicadas por abortos seletivos. (LOWY, 2020).

"¿La mujer es una persona? desde la perspectiva del "control patrimonial de los cuerpos" obviamente no lo es, aunque no se lo especifica en los discursos en los cuales subyace esta perspectiva ideológica.". (ROSTAGNOL, 2008, p.673). O que se questiona é também a representatividade desta mulher quando da construção da lei que garantiria o aborto legal e seguro. Na ordem jurídica brasileira, os direitos reprodutivos se expressam, muitas vezes, sob a forma de princípios, tendo

uma relação com o sistema jurídico de maneira ampla, relacionando-se com economia e com o sistema educacional. O direito à vida digna das mulheres é, sobretudo, direito a igualdade. O aborto provocado é considerado crime previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) e pune tanta a gestante quanto os profissionais que realizaram o procedimento. A legislação, entretanto, permite a interrupção voluntária da gravidez em três casos: risco de vida da mulher, estupro e anencefalia.

Contudo, no Brasil não são feitos registros sobre aborto inseguro e as bases de dados oficiais não são seguras para se ter uma estimativa do número certo de abortos que ocorrem no Brasil. A subnotificação de aborto induzido em pesquisas é um problema onipresente. (HUNTINGTON, D.; MENSCH, B.; MILLER, V. C.). Os dados disponíveis se restringem aos óbitos por aborto e às internações por complicações de aborto no serviço público de saúde. O perfil das mulheres com maior risco de morrer por aborto no Brasil são as mulheres de cor preta e as indígenas, as de baixa escolaridade, as com mais de 40 anos ou as com menos de 14, nas regiões Norte, Nordeste e Centro-oeste e as vivendo sem união conjugal. Esse perfil pode ser usado como um marcador de risco nas internações pós-aborto. Esses grupos necessitam principalmente de acesso e qualificação das ações de planejamento reprodutivo e atenção pré-natal, a fim de reduzir o risco da ocorrência de aborto quer seja espontâneo ou provocado. (CARDOSO; VIEIRA; SARACENI, 2020).

Para Priscila Kiselar Mortelaro, (2017, p. 50): "As mortes, bem como os efeitos nefastos à saúde das mulheres que decidem interromper a gravidez, estão intimamente associadas à legislação brasileira que as criminaliza.". Ainda, não podemos esquecer que as condições de vida das mulheres está sujeita também a violência doméstica, ainda estigmatizada. A divulgação dos serviços de atendimento a mulheres em situação de abortamento entre os mecanismos de proteção, defesa e cuidados de saúde às mulheres em situação de violência é insuficiente, sendo necessário estudar estratégias e implementar ações eficazes de prevenção à violência doméstica, sexual e seus agravos, junto às mulheres na sociedade (AMORIM, 2016, p. 134).

Apesar de toda construção de que os direitos femininos devem ser lembrados quando da formação da lei, a lei civil protege os direi-

tos do nascituro inclusive no primeiro trimestre de gestação. Some-se a isso a previsão do direito a alimentos gravídicos disciplinado pela Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008 (STEINMETZ, 2017, p. 8-14). O que se quer dizer é que o Estado torna as demandas de saúde dessas mulheres que decidem por fazer o aborto como caso somente de direito criminal. Não há a ótica da absorção e construção de novas possibilidades frente as reivindicações sociais. O cumprimento da lei, que cumpre seu processo legislativo, é uma maneira de expressar a soberania do povo, já que a legislação é feita pelos representantes eleitos e não por magistrados, neste sentido, embora tais decisões contrárias à vontade popular sejam justificadas como uma forma de promover avanços civilizatórios, empurrando a roda da história rumo ao futuro. É incerto afirmar que o futuro idealizado pelos ministros seja o mesmo que a sociedade almeja. (QUINTANA, M.G.; ROSCHILDT, J.L.M, 2019).

DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E A DA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO DIGNO

Na redação atual do Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 181/15, há a retirada de direitos, uma vez que houve a inclusão do conceito de concepção como o início da vida e/ou condição para os direitos básicos das pessoas. Com essa inclusão, há desvio do propósito da alteração da lei, que seria de ampliar os direitos de licença maternidade às mães de filhos prematuros. Ainda, houve o distanciamento do Brasil dos compromissos internacionais firmados. Nesta redação, a decisão final sobre a vida e bem-estar de mulheres e meninas fica com o Estado.

Apesar da crescente visibilidade e difusão dos direitos femininos, bem como frente a mudanças nas convenções acerca do que pode ser classificado como violência, os últimos anos tem apresentado uma reação conservadora na postura política e nas políticas públicas vinculadas a saúde e de proteção da mulher. Em uma legislatura conservadora em nosso país, foi produzido um conjunto de propostas que retrocedem direitos. É exemplo o Projeto de Lei 5069/2013, que altera e restringe a abrangência do atendimento a mulheres vítimas de violência sexual

em hospitais pela exigência da apresentação de boletim de ocorrência e exame de corpo de delito para a prevenção ou interrupção da gravidez decorrente de estupro, ou, dos vários projetos de lei que visam a proteção da vida desde a concepção.

No início de 2016, o aborto voltou à pauta pelo viés da saúde, a epidemia de zikavírus tomou conta do país. Pesquisas indicando que a doença durante a gestação levaria a maior probabilidade de nascimento de bebês com microencefalia, não possibilitaram avanço da legislação. Mulheres continuaram a exercer sua autonomia na clandestinidade.

A criminalização não impede que um milhão de abortos induzidos ocorram todos os anos no Brasil, segundo dados do Ministério da Saúde. Há que se considerar também que a interrupção da gravidez através de procedimentos inseguros leva à hospitalização de mais de 250 mil mulheres por ano, o que gera uma morte a cada 2 dias. (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2018).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 no Supremo Tribunal Federal (STF) requer a descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana. Ainda sem resolução, hoje o processo encontra-se concluso com a Ministra Rosa Webber, relatora, para que seja encaminhada audiência pública. Pode-se dizer que a ADPF 442 é um instrumento pelo qual o STF pode, em vista do ativismo judicial e do sistema de freios e contrapesos, decidir e encaminhar a questão.

Por um lado, o poder judiciário não pode invadir a sociedade e enfraquecer a democracia representativa, desrespeitando a separação dos poderes, utilizando de métodos ativistas e que usurpem a competência do Poder Legislativo na prerrogativa de legislar. Por outro lado, a justificativa é de que é preciso garantir que grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, criem uma oportunidade para a consecução de suas expectativas e direitos em um processo judicial (STRECK, 2004, p.161).

A situação de possível revogação dos direitos já adquiridos para o aborto coloca as mulheres e meninas em situação que compromete o exercício dos direitos humanos e limita a capacidade do Estado como

garantidor desses direitos, além de inviabilizar o caminho linear de uma construção de corpo autônomo e livre.

Dentro dessa realidade, em que as conquistas vindas desde a fundação da Organização das Nações Unidas, sendo elas de proteção geral, baseadas em uma noção de igualdade formal. Entretanto, não tem sido suficiente a ponto de reduzir a violência de gênero, a discriminação no mercado de trabalho, as desigualdades salariais é que se questiona quanto a relevância do corpo feminino como objeto político. Para Flávia Piovesan, (2012, p. 356) a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é "um fenômeno contemporâneo e incluem os direitos das mulheres e dos homens de assumir decisões no campo da reprodução, livres de discriminação, coerção e violência, tendo a autodeterminação o no exercício da sexualidade".

O julgamento do Habeas Corpus 124.306, o Ministro Roberto Barroso aponta como direitos fundamentais das mulheres violados pela criminalização: a violação da autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (Constituição Federal de 1988, art. 1º, III); violação aos direitos sexuais e reprodutivos, que incluem o direito de toda mulher decidir sobre se e quando deseja ter filhos; e violação à igualdade de gênero, na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for outorgado o direito de decidir acerca da continuidade ou não da gestação. Nesse voto foi defendida a tese de que a criminalização do aborto ofenderia o princípio da proporcionalidade, uma vez que não tutela adequadamente avida do feto e não é capaz de evitar a interrupção da gestação, acabando por gerar custos sociais superiores aos seus benefícios.

A Ministra Rosa Weber acompanhou tal entendimento sob o argumento de que a tipificação como crime de aborto revela-se como uma escolha política penal desproporcional com os direitos fundamentais da mulher no âmbito reprodutivo, sexual e de igualdade. No sentido de que a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionado à dicotomia entre espaços públicos e privado, uma vez que o corpo feminino passa a não ter somente o reconhecimento

do valor em si, mas a tutela do Estado quando de uma gravidez, bem como as posturas de ativismo judicial ou mesmo freio legislativo para aprovação e discussão de questões pertinentes ao direito ao aborto é que torno a questão ainda atual e muito necessária.

Apesar de haver, por parte dos médicos, um bom conhecimento sobre as situações em que o aborto não é penalizado, falta-lhes informação sobre os requisitos necessários para realizar o aborto previsto em lei, com poucas variações segundo as características dos médicos que participaram deste estudo. (SIMONETI, 2004, 48).

Recentemente, a nota técnica do Ministério da Saúde produzido com a colaboração da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), que é uma das entidades promotoras do ativismo pró-aborto na América Latina, orienta que seja garantido o acesso às mulheres ao aborto legal e a métodos contraceptivos em meio à pandemia do novo coronavírus. O documento foi publicado em 1º de junho afirma que é preciso garantir que os serviços relacionados à saúde de mulher sigam em funcionamento durante a crise da Covid-19, e isso inclui os de saúde sexual e reprodutiva, já que foram considerados serviços essenciais pela Organização Mundial da Saúde (OMS). (GAZETA DO POVO, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UMA CONSTRUÇÃO EM ABERTO

Os direitos humanos se sustentam na união entre a mudança social e pessoal, na medida em que vamos compreendendo aos poucos, as necessidades de cada sujeito junto a sua singularidade. A falta de regulação pelo direito contribui para a naturalização das diferenças e desigualdades comuns na nossa cultura. (MATTAR, 2008). Para Emílio Garcia Mendez, (2004, p. 18) "a falta de prioridade explícita dos direitos políticos contribuiu para esvaziar o conteúdo e relativizar a existência de um núcleo resistente dos direitos humanos". O que se pode afirmar: não existe uma densidade capaz de afirmar que os direitos reprodutivos das mulheres sejam alcançados através da construção do entendimento judiciário ou que o legislativo, composto em sua maioria por homens cristãos vá alterar a situação que vivemos hoje.

Conforme bem encerra a sua tese, Delâine Cavalcanti Santana de Melo afirma uma construção de conceito de interdição de mulheres, face a não possibilidade de escolha:

> O acesso restrito ao direito ao aborto legal devido a não divulgação do direito, aos impedimentos postos pelas equipes dos serviços, aos pressupostos ideológicos e religiosos subjacente a posições contrárias ao direito, à baixa eficácia da ação governamental diante da questão, levou-nos à concepção de interdição posta às mulheres como ponto fundamental em nossa análise. (MELO, 2011, p. 168-169).

Necessária é a educação como fonte de resguardo de direitos e a possibilidade de se criar um país menos hostil na perspectiva de construir uma sociedade diferente para as mulheres. Entretanto, a distância entre leis e realidade só poderá diminuir através da ação política, sendo necessária a articulação dos órgãos de Governo, Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, em busca da implementação dos Planos Nacionais de políticas para as Mulheres. Devendo ainda, a sociedade civil organizada continuar desenvolvendo ações de fortalecimento das mulheres, de advocacia pelos seus direitos, de monitoramento crítico das políticas públicas e da atuação dos legisladores e do judiciário (PITANGUY, 2003). Ainda estamos longe deste ideal e a busca não pode se enfraquecer.

REFERÊNCIAS

AMORIM, N. C. S. **Avaliação de políticas públicas sob a ótica da atenção integral à saúde da mulher em situação de abortamento**. 2016. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife: 2016. Disponível em: < https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/26608/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Nadja%20Cristina%20da%20Silva%20Amorim.pdf >. Acesso em: 29 jun. 2020.

ÁVILA, M. B. **Sexualidades pelo avesso – direitos, identidades e poder**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999, p.41.

BEAUVOIR, S. de. O Segundo Sexo. São Paulo: Círculo do Livro, 1986.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: 1992, p. 25.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília: Senado Federal, 1940.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016. Rio de Janeiro, 29 nov. 2016. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 442, Relator: Ministra Rosa Webber, DJ 20.03.2017.

CARPILOVSKY, C. K. **O aborto como um problema de saúde pública**: contribuições para o debate nas áreas de saúde e educação. 2011. Tese (Doutorado em Educação em Ciência) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2011. Disponível em < https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/3522/CARPILOVSKY%2c%20CRISTIANE%20KOHLER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CARDOSO, B; VIEIRA, M. S. B.; SARACENI, V. Aborto no Brasil: o que dizem os dados oficiais? **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, 2020. ISSN 1678-4464 versão online. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305001&lang=en>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde.** 03 Ago. 2018. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html>. Acesso em: 01 Maio 2020.

COSTA, M. M. da. A afirmação identitária como contrapartida da subalternidade feminina. In: GORCZERVSKI, Clóvis (Orgs.). **Direitos humanos e participação política.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012, p. 93.

DWORKIN, R. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARCIA MENDEZ, E. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 6-19, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 jun. 2020.

GAZETA DO POVO. **Ministério da Saúde pede garantia de "aborto legal" e métodos contraceptivos durante a pandemia.** 03 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ministerio-da-saude-pede-garantia-de-aborto-legal-e-metodos-contraceptivos-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

HUNTINGTON, D.; MENSCH, B.; MILLER, V. C. Survey questions for the measurement of induced abortion. **Studies in Family Planning,** Population Council, v. 27, n. 3, p. 155-161, 1996. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2137921. Acesso em: 04 jul. 2020.

LOWY, I. Abortion for fetal anomaly: how to speak about a difficult topic. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, supl. 1, 2020. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?scrip-

t=sci_arttext&pid=S0102=311-2020001300301X&lng=pt&nrm-iso>. Acessos em 04 jul. 2020.

MATTAR, L. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.5, n.8, 2008. ISSN 1983-3342 versão online. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MELO, D. C. S. **Aborto legal e políticas públicas para mulheres:** interseções, construção, limites. 2011. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Universidade Federal de Pernambuco: Recife, 2011. Disponível em: < https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9477?mode=full >. Acesso em: 28 jun. 2020.

MORTELARO, P. K. **Versões de aborto voluntário em projetos de lei:** (im)possibilidades de superação do statu quo. 2017. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2017. Disponível em: < https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20724/2/Priscila%20Kiselar%20Mortelaro.pdf >. Acesso em: 29 jun. 2020.

PIOVESAN, F. **Os Direitos Humanos da Mulher na Ordem Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205-206.

PITANGUY, J. Movimento de Mulheres e Políticas de Gênero no Brasil. Santiago de Chile: CEPAL, 2003, p.23-40.

PITANGHY, J; COSTA, L; ROMANI, A. Indicadores de saúde repordutiva na América Latina e no Caribe. CEPAL – Serie mujer y desarrollo 103. Santiago do Chile: Nações Unidas, 2010.

QUINTANA, M.G.; ROSCHILDT, J.L.M. O ativismo judicial na suprema corte brasileira: uma análise do habeas corpus 124.306**.** In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE, 2019, Criciúma. **Anais**[...]**.** Criciúma: Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado

de Santa Catarina, 2019. Disponível em: < https://doity.com.br/ii-seminario-internacional-em-direitos-humanos-e-sociedade>. Acesso em: 29 jun. 2020.

ROSTAGNOL, S. El conflicto mujer-embrión en debate parlamentario sobre el aborto. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 667-674, maio 2008. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2008000200022/8801>. Acesso em: 28 jun. 2020.

SARDENBERG, C. M. B. Da Crítica Feminista à Ciência. Uma Ciência Feminista? In: COSTA, A. A; SARDENBERG, C. M. B. (Orgs.). **Feminismo, Ciência e Tecnologia**, Salvador: REDOR/NEIM-FFCH/UFBA, 2002. p. 89-120.

SCAVONE, L. Estudos de gênero: uma sociologia feminista? **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v.16,n.1, 2008. Disponível em:< https://www.scielo.br/pdf/ref/v16n1/a18v16n1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SIMONETI, R. M. **Legislação brasileira sobre o aborto**: conhecimento e opinião de tocoginecologistas. 2004. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas: Campinas, 2004. Disponível em: < http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/313194/1/Simoneti_RozanaMartins_M.pdf>. Acesso em: 30 jun 2020.

SILVA, A. **Reforma do judiciário**: uma justiça para o século XXI. São Paulo: Del Rey. 2004, p. 44.

STEINMETZ, W.; RECKZIEGEL, J. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 124.306**. Revista Espaço Jurídico**, v. 18, p. 763-776, 2017.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENTURA, M. Estratégias para promoção e defesa dos direitos reprodutivos e sexuais no Brasil. In: DORA, Denise Dourado(Orgs.). **Direito e mudança social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 91.

O TRÁFICO HUMANO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS: A MERCANTILIZAÇÃO DO CORPO

Amanda Gabriela André da Silva
Robson de Oliveira Lezainski

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa trazer uma visão humana e discussão crítica acerca do tráfico de seres humanos, considerado como uma séria violação aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana. É uma prática de alta rentabilidade para os criminosos que a cometem, sendo o terceiro comércio ilícito mais rentável contemporaneamente.

O tráfico de pessoas é conceituado como o comércio, prática análoga à escravidão e exploração laboral ou sexual, bem como tráfico para fins de retirada de órgãos. Estas são as finalidades mais comuns para as vítimas, porém, trata-se de um rol exemplificativo, pois as hipóteses não se restringem à estas.

A prática de tráfico humano atinge, prioritariamente e por motivos socioculturais e de capital, pessoas hipossuficientes e em situação de fragilidade em seu local de origem. As pessoas vítimas dessa escravidão moderna vivem em situação de desamparo, exclusão social e pobreza, sendo vistas como facilmente ludibriáveis pelos traficantes.

A pesquisa e redação do presente estudo realizaram-se através de pesquisas bibliográficas e dados oficiais versando sobre o tráfico humano, trazendo ao debate questões pertinentes.

1. CONCEITO

Segundo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão ou Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, em seu art. 3°, tráfico de pessoas é o:

> Recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o recolhimento das pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação ao rapto, à fraude, ao engano, o abuso de autoridade ou a situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração.

O referido protocolo entrou em vigor no Brasil em 2004. Alguns pesquisadores se referem ao tráfico humano como escravidão moderna, visto as semelhanças entre ambas, como a exploração e visão meramente capitalista e de poder sobre o corpo alheio.

Os Padrões de Direitos Humanos para o Tratamento de Pessoas Traficadas também conceituam o tráfico de pessoas, sendo esta conceituação aderida em conjunto pela Aliança Global Contra o Tráfico de Mulheres, dizendo que tráfico humano é:

> Todo ato e tentativa de ato envolvido no recrutamento, transporte intra ou entre fronteiras, compra, venda, transferência, recebimento ou abrigo de pessoas: a) envolvendo aliciamento, coerção (incluindo o uso ou ameaça de força ou abuso de autoridade) ou dívida servil; b) com a finalidade de colocar ou prender tal pessoa, remunerada ou não, sob servidão involuntária (doméstica, sexual ou reprodutiva), sob trabalhos forçados ou servis, ou sob condição semelhante à escravidão, em uma comunidade diferente da qual a pessoa vivia ao tempo do aliciamento, coerção ou dívida servil. (PDH, 1999)

O tráfico se principia através de aliciação feita por um grupo ou pessoa agindo sozinha em face deste, e se consuma com a exploração

da vítima para diversas finalidades, dentre as mais comuns, tráfico para fins de exploração sexual e laboral. Seu corpo e vida são vistos como uma moeda de troca no mercado clandestino.

A finalidade nem sempre é capitalizar, mas, ao menos, os meios são para alimentar esse sistema cruel. Através de erro ou coação, a vítima é explorada, tendo seus direitos humanos básicos esvaídos. Dito isto, e por vários motivos, o tráfico humano pode ser considerado como a forma mais degradante de comércio ilícito (NAÍM, 2006, p.101 *apud* FREIRE, 2017, p. 23).

É importante esclarecer as diferenças entre tráfico de pessoas, turismo sexual e contrabando de migrantes que, no senso comum, podem se confundir. Este, é feito com o consentimento da pessoa e a ciência de sua participação em um ato ilícito, sendo sempre transnacional e cessa com a chegada do migrante no local. Por sua vez, o turismo sexual é aquele coligado à exploração sexual de menores e prostituição feita por estrangeiros. Já no tráfico de pessoas, não é relevante se a vítima consentiu ou não, podendo ser feito dentro do território nacional ou fora dele, e, quando chega a seu destino final, em regra, é explorada de maneira continuada para que os traficantes possam, de diversas formas, obter lucro.

O tráfico de pessoas tem sua origem histórica ainda na Grécia, porém na época não possuía característica de prática comercial e capital. No tópico a seguir abordaremos brevemente o conceito histórico.

1.2 Evolução Histórica

As primeiras formas de tráfico humano se deram na Grécia e Roma. A finalidade era traficar prisioneiros de guerra. Entretanto, a forma mais estudada é o tráfico de navios negreiros, onde negros eram tirados de seus países de origem e condenados a exploração continua e situações de completo abuso laboral e sexual por brancos.

O processo civilizatório do Brasil tem estreita ligação á essa espécie de tráfico, e seu desenvolvimento dependeu, por muitos anos, de mão de obra escrava advinda do continente africano. Mesmo após a abolição da escravidão, nosso país, e tantos outros, herdaram a ideia de coisificação do corpo humano, além do racismo estrutural e segregação racial social, que se personifica na sociedade e nos sistemas estatais, como o carcerário.

Baseada nas lutas contra a escravidão que tiveram estopim no fim do século XVIII, foi criada a Sociedade das Nações. Seu intuito era unir as nações, para que assim a paz e segurança fossem alcançadas, além de "assegurar e garantir condições de trabalho equitativas e humanitárias". (art. 23, 1919).

Em 1924, foi criada a Comissão Temporal sobre a Escravidão pelo Conselho das Nações, que tinha a finalidade de debater as formas existentes de trabalho escravo ao redor do mundo. Os resultados entenderam a gravidade que a escravidão representava, ponderando sobre a necessidade da convocação de uma convenção internacional que colocasse um fim à escravidão.

Após ponderações, foi aprovada, em 1926, a Convenção sobre a Escravidão, que elaborou uma lista de hipóteses de escravidão, como diz o texto, em seu parágrafo 11:

> [...] além de subjulgar, de comercializar e traficar escravos, a lista incluía: 1. A escravidão ou servidão (doméstica ou predial); 2. Práticas restritivas da liberdade da pessoa ou que tende a exercer o controle da pessoa em condições análogas a escravidão, como por exemplo: a) a compra de meninas, mediante pagamento realizado por dote, entendendo-se que isso exclui os costumes matrimoniais tradicionais; b) a adoção de crianças de qualquer sexo com a finalidade de reduzi-los à sua virtual escravidão ou desfazer-se de suas pessoas em ultima instância; c) redução de pessoas à servidão por dívidas ou outros motivos; 4. O sistema de trabalho forçado, público ou privado, com remuneração ou sem ela. (SDN, 1926)

Em 1949 foi aprovado o Convênio para a Repressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição alheia. Foi considerado o documento mais importante sobre o tráfico humano para exploração sexual até a chegada do Protocolo de Palermo. Este convênio conceituou o tráfico para exploração sexual como venda da prostituição e a comercialização do corpo feminino como objetificação, sendo esta prática considerada um descaso ao princípio da dignidade da pessoa humana. O preambulo do referido convênio diz que esta espécie de

tráfico incide "em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e comunidade" (par. 1°).

Por fim, sobre o processo punitivo, o mesmo convênio clama que a punição deve ser direcionada àqueles que dirigem, financiam e administram (conforme seu art. 2°); e os que agem dentro dos atos preparatórios, ou seja, as diversas maneiras de atuar na exploração de outrem.

2. TIPOS DE TRÁFICO HUMANO

O Protocolo de Palermo traz, em seu artigo 3°,um rol das hipóteses de tráfico, que incluem "a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos". É um rol exemplificativo, pois as hipóteses não se restringem a estas.

Todas as hipóteses têm em comum o aproveitamento dos traficantes da situação de vulnerabilidade das vítimas. Aqueles que são designados para proteger a população como um todo, acabam promovendo políticas, práticas sociais e culturais que oprimem e discriminam certos grupos que não possuem poder aquisitivo, grau de escolaridade ou são fisicamente incapacitados, juntamente com a xenofobia e discriminação de gênero. Todas estas características, juntas, contribuem para o aumento do tráfico humano e suas modalidades.

Dentre as espécies que existem, abordaremos as três modalidades mais comuns a seguir.

1.1 Tráfico para fins de exploração sexual

Podemos afirmar que a finalidade mais comum do tráfico humano é a exploração sexual. Esta exploração é feita no comércio sexual em geral, ou seja, turismo sexual, indústria do sexo, pornografia, prestação de serviços sexuais contínuos, dentre outros. O consentimento da vítima é irrelevante, como explicitado no Protocolo de Palermo.

A OIT estima que cerca de 1 milhão de pessoas são vítimas desta espécie de tráfico, sendo 98% mulheres. Este número extremamente alarmante demonstra a situação de vulnerabilidade histórica, cultural e, por muitas vezes, financeira em que mulheres foram colocadas ao lon-

go dos séculos, sendo alvo maior do tráfico para exploração sexual por esta discriminação de gênero e fortalecimento da sociedade patriarcal.

O tráfico de mulheres pode ser explicado, também, por um fenômeno denominado "feminização da pobreza", nomeado por Diane Pearce. A mesma conceitua como um processo iniciado a partir de quando a mulher, com filhos, passa a não mais ter marido no mesmo domicílio. Ela agora é responsável pelo lar e pela sua prole, deixada pela figura paterna. Maria Salet Ferreira Novellino nos mostra hipóteses que contribuem para a feminilização da pobreza:

> [...] a feminização da pobreza é um fenômeno que pode ser atribuído ao modo de participação da mulher no mercado de trabalho pelos seguintes motivos: a) há uma prevalência de mulheres trabalhando em tempo parcial ou em regime de trabalho temporário; b) discriminação salarial; c) concentração em ocupações que exigem menor qualificação e para os quais os salários são baixos; e d) participação nos mais baixos níveis da economia informal. (NOVELLINO, 2004, p. 3)

A análise deve ser ainda mais cirúrgica quando se trata de mulheres imigrantes, colocadas em situações de extremo perigo, em lugares ermos, em busca de asilo em um país seguro, mesmo com os riscos latentes dessa decisão. Vaz Cabral afirma que "a migração deve ser percebida por algumas mulheres como o único caminho para escapar de sua situação de submissão, domínio e qualquer e qualquer outra estratégia de controle, para melhorar a sua condição" (CABRAL, 2006, p. 7 *apud* SILVA, 2018, p. 114)

O tráfico de mulheres para este fim tem sua origem histórica na escravidão, onde haviam duas espécies de escravas: as comercializadas para finalidade laboral, e as comercializadas para finalidade sexual.

Hoje em dia, não existe um padrão de encaixe utilizado pelos traficantes. A seleção vem de acordo com o gosto dos clientes a que se destinam as vítimas, reduzidas a moeda de troca e utilizadas para mero consumo, e descartadas quando não mais satisfazerem os gostos destes clientes, ou seja, quando não cumprirem sua finalidade como

mulheres sexualizadas. É a comercialização do corpo feminino visto tão somente para exploração. Este é comprado, vendido e servido sem o consenso de sua proprietária.

Além disso, os traficantes persuadem pessoas que estejam vulneráveis em seus determinados países, seja por pobreza, crise econômica ou quaisquer outros fatores que esteja atingindo patamares nacionais. Mediante erro e fraude, pessoas que almejam melhora de vida em outro país, mas não gozam de recursos para a migração legal, caem no cruel mundo do tráfico e exploração sexual contínua, não mais possuindo documentos ou identidade própria. O tráfico normaliza a exploração em resposta a situação de pobreza e falta de direitos básicos, tendo como público alvo mulheres e crianças.

O lucro estimado do tráfico visando exploração sexual para fins comerciais, de acordo com dados da OIT, é de US$ 99 bilhões (OIT, 2014)

1.2 Tráfico para fins de exploração laboral

Outra forma bastante comum de exploração é o tráfico para serviços forçados ou análogos a escravidão. Grande parte das vítimas são migrantes, comumente irregularizados, que buscam refúgio em outros países, melhoria de vida ou fuga contra temor de guerra civil.

Por estarem em situação de extremo desamparo e fragilidade, se tornam fáceis vítimas de cruéis situações laborais. Esta é a segunda forma mais comum de tráfico humano, e a maior parte das vítimas é composta por homens, de acordo com a UNODC.

O Protocolo de Palermo não conceitua claramente o que é tráfico para exploração laboral, e se finda apenas em dizer que é a "escravidão, servidão e trabalho forçado". Isto posto, o conceito pacífico desta modalidade de tráfico se resume em atrair as vítimas a fim de sujeita-las, por meios ilícitos como erro, engano, estado de vulnerabilidade ou abuso de poder, à servidão, trabalhos análogos a escravidão ou serviços forçados reiterados.

Esta falta de conceituação direta pelo Protocolo de Palermo não deve ser entendida como uma omissão ou falta de preocupação com trabalhos análogos a escravidão. O referido protocolo apenas tem como

objetivo tratar, unicamente, daqueles casos supracitados, ou seja, casos que gravemente violam os direitos humanos da vítima.

Para saber se no caso concreto há exploração laboral, de acordo com Waldimeiry Correa da Silva,há cinco peculiaridades que devem ser analisadas:

> 1. Ameaça ou iminente agressão física, emocional e sexual; 2. Limitação do movimento da vítima ou reclusão no próprio local da exploração; 3. Trabalho servil ou por dívidas, havendo a negação do pagamento do salário que seria apropriado para o tipo de trabalho; 4. Interditar os documentos pessoais da vítima, prendendo a vítima no local em que ela está; 5. Ameaça de denúncia da vítima, nos casos em que está é, por exemplo, um migrante não regularizado. (SILVA, 2018, p. 127).

O Código Penal vigente, em seu art. 149 também pormenoriza esta espécie de tráfico em quatro peculiaridades.

A primeira peculiaridade é o trabalho forçado, onde a vítima é subordinada a condições de exploração contínua, sem possibilidade de fuga pelo local em que está inserida, mediante violência verbal e física e ameaças diversas.

A segunda é a jornada exaustiva, onde o corpo da vítima se encontra exaurido pelo esforço, com jornadas de trabalho sem hora certa de início e fim e, por muitas vezes, sem descanso semanal.

O terceiro modo é a exposição a condições degradantes, que se refere à condição de vida que a vítima é exposta, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Se caracteriza de diversas formas, como a falta de auxílio médico, saneamento básico, alimentação, isolamento geográfico e apreensão de documentos.

A última característica que conceitua o tráfico para fins de exploração laboral no Brasil é a servidão por dívidas, sendo esta os gastos com o transporte, ferramentas utilizadas pela vítima na labuta e alimentação. Isto tudo é descontado do salário bruto da vítima, de forma que ela sempre se encontra em débito com o empregador ilícito. Aqui, quatro elementos devem ser observados para caracterizar essa modalidade:

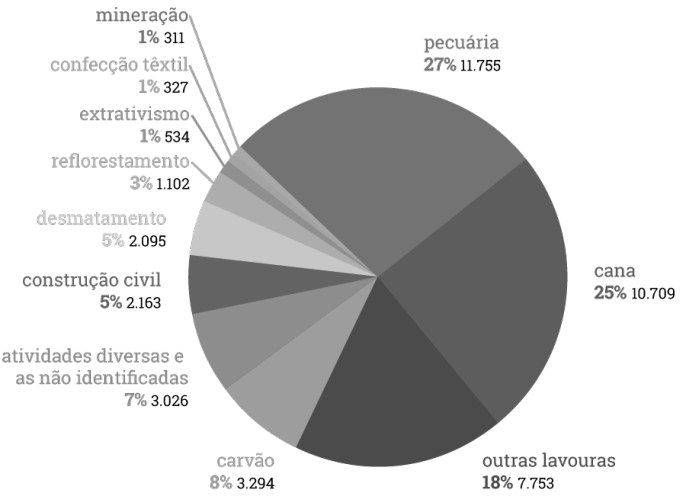
> Por sua vez, os elementos da servidão por dívida são os seguintes: I) que o trabalho seja exigido como garantia para o pagamento de uma dívida; II) que o trabalho seja assumido voluntariamente; III) que o valor do trabalho seja insuficiente para saldar a dívida; IV) que a duração do trabalho seja ilimitada e V) que a natureza dos serviços seja indefinida. (CIDH: Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. 2016).

A maior parte das atividades que envolvem tráfico humano para fins laborais são feitas em lugares distantes e devolutos, onde a vítima não tente fuga e as autoridades não tenham acesso e informação sobre. É um isolamento propositado, o que dificulta muito a análise estatística dos casos, bem como a identificação dos mesmos.

O setor do agronegócio lidera o hanking, sendo o que mais alicia pessoas para trabalhar em condições análogas à escravidão. Ainda dentro do setor rural, outra finalidade comum para essas vítimas é o trabalho para expansão de terras que servem ao agronegócio.

Já na zona urbana, temos como exemplo a população boliviana nas oficinas de costura, na cidade de São Paulo. A situação de irregularidade dentro do país faz com que eles sejam abusados pelos donos dos locais, chegando a ganhar R$0,10 centavos por material produzido.

Gráfico 1. Número de vítimas resgatadas entre 2003-2014



Fonte: Comissão Pastoral da Terra

O tráfico humano para fins de exploração laboral gera, em média, US$ 51 bilhões anualmente, de acordo com dados disponibilizados pela OIT. (OIT, 2014)

1.3 Tráfico para fins de retirada de órgãos

O tráfico de órgãos atinge, principalmente, e como em todas as espécies de tráficos, população hipossuficiente. É uma forma de gerar lucro com o corpo humano em todas as suas partes. A ONU estima que anualmente, 15 mil rins são vendidos através do mercado clandestino. O artigo 149-A, I, trata sobre o tráfico de órgãos, incluído pela Lei 13.344, de 2016.

O Observatório Mundial de Doações e Transplante (GODT) afirma que, em 2014, o número de cirurgias para fins de transplante de órgãos somou cerca de 15% da exigência mundial real. Logo, há uma demanda maior que a oferta total mundial licitamente, tanto entre vivos quanto *post-mortem* (sem fins lucrativos).

Esta lacuna no número de órgãos necessários para os transplantes faz com que o mercado clandestino seja fortificado, tornando-se prática extremamente rentável para quem a pratica:

> as organizações criminosas internacionais identificaram essa lucrativa oportunidade causada pela 'lacuna' entre a oferta e demanda de órgãos, pressionando mais as pessoas em extrema pobreza a recorrerem à venda de seus órgãos. (EU: Rec16111, 2013, §3)

É um "padrão colonial de poder" (GROSFOGUEL, 2006, p. 28 *apud* SILVA, 2018, p. 148), pois quem dispõe de seus órgãos são pessoas de baixa renda, marginalizadas cultural, política e economicamente; os destinatários são de países desenvolvidos, de alta renda e privilegiados social e culturalmente; e os executores são, via de regra, profissionais em transplantes, tradutores e até agentes da lei. (OSCE, 2013, p. 29).

O capitalismo e sua sociedade mercantil mundial compactuam e criam um ambiente favorável para esta espécie de violação aos direitos

humanos, e a população oprimida se torna apenas um valor calculável e monetário, sem considerar seus direitos, sua dignidade humana e sua visão como um ser humano. Grupos políticos e sociais tidos como hierarquicamente superiores, visto seus espaços ocupados no mercado capitalista, subvalorizam econômica, social e politicamente quem não se engloba em seus requisitos. Pessoas usadas para este fim de tráfico são tratadas como um grupo de células e órgãos, passíveis de violação.

Para visualizar melhor, os países que mais fornecem os órgãos no mercado clandestino na Ásia são Índia, Paquistão e Indonésia, sendo estes países conhecidos, também, pela situação política e econômica instável para seus cidadãos; além da Europa Ocidental, África e América Latina. Já os locais que recebem estes órgãos traficados são, em geral, países da América do Norte, Europa Ocidental e Israel.

De acordo com o protocolo de Palermo e seu art. 3°, alínea a, o tráfico de órgãos tem sua restrição apenas na retirada de órgãos. De fato, ao discutirem o Protocolo, discorreram sobre a implementação da retirada de células, partes do corpo e tecidos. Mas não houve unanimidade na decisão e definiram somente a remoção de órgãos. Todas as disposições referentes ao tráfico de pessoas se resumem à remoção de órgãos.

O tráfico de seres humanos para este fim ocorre a partir do transporte da vítima, já com o intuito de remoção de órgãos, ocorrendo apenas se a vítima estiver viva.

O Protocolo de Palermo é a base para que os países criem legislações próprias que aumentem a proteção às vítimas deste crime, aumentando para remoção de órgãos e tecidos humanos: "os doadores vivos que são vítimas do tráfico de seres humanos com a finalidade de remoção de órgãos precisam de um regime de proteção muito mais abrangente, pois foram afetados por um crime sério" (UN e CE. 2009)

O Tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos não pode se confundir com o tráfico de órgãos, mesmo que no senso comum, o faça. O primeiro tem como propósito do ilícito o tráfico da pessoa, sendo este o objeto principal. Já no tráfico de órgãos, o objeto principal do ilícito é somente o órgão.

As características principais desta modalidade de tráfico de seres humanos são o uso da coerção para a obtenção dos órgãos (força ou

grave ameaça); e exploração, que advém do aproveitamento da situação de vulnerabilidade e escassa escolha em que a vítima se encontra.

Os efeitos físicos e psicológicos para estas vítimas são certos e cruéis, ou seja, "se em curto prazo recebem um montante efetivo que lhe permite sair de uma situação de necessidade financeira, em longo prazo essas pessoas arcam com sequelas relacionadas à sua saúde física e integridade corporal" (SILVA, 2018, p. 151).

No nosso país, os primeiros relatos de tráfico de órgãos aconteceram na época do regime militar. Pessoas que agiam contra o governo, via de regra, eram as vítimas. Em entrevista, a antropóloga Nancy Scheper-Hughes, diz que conversou com alguns médicos na época:

> Um médico veterano [...] revelou que cirurgiões como ele próprio recebiam ordens para produzir cotas de órgãos de qualidade. Às vezes, eles aplicavam injeções de barbitúricos fortes e em seguida chamavam dois outros médicos acima de qualquer suspeita para testemunhar que os critérios de morte cerebral haviam sido preenchidos e que os órgãos podiam ser retirados.

Esta espécie de tráfico pode ser de formas bem mais cruéis, como sequestros e mortes propositais em ambientes hospitalares, onde a vítima é considerada ainda mais vulnerável por suas condições físicas limitadas.

O lucro estimado anualmente para essa espécie de tráfico humano é de US$ 7 milhões até US$ 12 milhões.

3. ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS E SUA VISÃO HUMANITÁRIA NO BRASIL: LEI 13.344/2016

Com a finalidade de adequar a legislação brasileira com o documento mais importante acerca do tráfico humano, este sendo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, os artigos 231 e 231-A do Código Penal foram revogados. Houve a retirada do Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual), para o Titulo I

(dos crimes contra a liberdade individual), acrescido, agora, exploração sexual, atividade análoga à escravidão, adoção ilegal e tráfico para fins de retirada de órgãos, contendo o seguinte texto:

> Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I- remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II- submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III- submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV- adoção ilegal; ou V- exploração sexual. Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Com o intuito de equilibrar os tratados internacionais que o nosso país se encontra signatário com o direito nacional, a Lei 13.334/2016 foi criada, visando a repressão e prevenção do tráfico nacional e transnacional e o atendimento humanizado às vítimas deste crime, como dispõe o artigo inaugural da lei.

O primeiro artigo da referida lei começa falando sobre o tráfico de seres humanos cometido no território nacional, contra vítima brasileira ou estrangeira, ou contra vítima brasileira no exterior. Mas e os apátridas?

A questão dos apátridas não foi esclarecida pela lei em questão. Logo, se isto acontecer no mundo dos fatos, devemos fazer uma interpretação para adequar a norma ao fato. Se ao aderir ao Protocolo de Palermo o Brasil se impôs a coibir o tráfico de pessoas, sem distinção alguma, com a condição do traficante ser capturado no território nacional, o crime cometido contra uma pessoa apátrida dentro do Brasil ou em território estrangeiro terá a nossa legislação em vigor aplicada, desde que o agente que cometeu o crime seja capturado no nosso território brasileiro.

No tocante ao parágrafo único do mesmo artigo, há a menção sobre a prevenção e repressão da prática do tráfico humano. Juntamente com a aceitação de cooperação internacional, a União e todos os seus entes federados devem articular ideias e mecanismos de enfrentamento à esta barbárie proferida contra os direitos humanos, visto que o Brasil se encarregou de cumprir uma série de incumbências desde a ratifica-

ção do Protocolo de Palermo. Esta falta de aproximação entre os entes pode ser vista como um dos obstáculos da luta contra o tráfico de pessoas, bem como outros crimes, no Brasil.

A prevenção ao tráfico de pessoas é regida pelo art. 4° da Lei 13.344/16, que diz:

> Art. 4° A prevenção ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I- da implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas da saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II- de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens; III- de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; IV- de incentivo a projeto de prevenção ao tráfico de pessoas; (BRASIL, 2016)

Referente a repressão do tráfico de pessoas, o art. 5° postula que:

> Art. 5° A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I- da cooperação entre órgão do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros; II- da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos seus autores; III- da formação de equipes conjuntas de investigação. (BRASIL, 2016)

No que tange as medidas de atenção às vítimas, há uma série de cuidados físicos e, principalmente, psicológicos para que a vítima deste crime possa encontrar um amparo e, assim, se recuperar. "O crime, para ser corretamente estudado e adequadamente prevenido, deve ser encarado através de uma abordagem sistemática e é, nesse sentido, que a relação delinquente-vítima deve ser pesquisada" (GULLOTTA, 1976, p. 6, *apud* CUNHA e PINTO, 2018, p. 17).

O art. 6° da Lei 13.344/16 elenca as medidas de assistência às vítimas. A revitimização, prevista no inciso V do artigo supracitado deve ser esclarecida, pois trata da forma como a vítima do tráfico foi abordada pelas autoridades assim que resgatada e seu tratamento durante o

trâmite do processo penal. A pessoa resgatada não pode ter, novamente, seus direitos humanos e garantias constitucionais violadas por ser vítima de tráfico de seres humanos.

A discriminação maior, após o resgate, é contra as vítimas de tráfico humano para fins de exploração sexual. Há a chamada sobrevitimização, onde durante o processo a vítima é analisada com desconfiança e, como o nome alude, é vitimizada novamente, agora perante a sociedade.

Por este motivo, exige-se, com urgência, uma intervenção estatal, onde pessoas deverão ser treinadas especificamente para atender as vítimas resgatadas e suas necessidades físicas e psicológicas, pois esta se encontra em momento de extrema fragilidade e desamparo social. Não podemos permitir que haja traumas posteriores ao resgate das vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, o tráfico de pessoas se apresenta como o terceiro mercado ilícito mais rentável atualmente, perdendo apenas para o tráfico de drogas e tráfico de armas. Atinge a população mais pobre e desamparada, ignoradas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o mais importante.

No referido estudo, analisamos o conceito jurídico pacífico do tráfico de pessoas e seus tipos, sabendo que esta conceituação mudou ao longo dos anos, visando acolher as vítimas induzidas a erro. Atualmente, é dividida em três partes: ação, meio e finalidade. Antes do Protocolo de Palermo, o enfrentamento ao tráfico de pessoas era resumido apenas ao combate da prostituição feminina.

As pessoas vítimas deste crime bárbaro e intolerável enfrentam realidades como a pobreza, desemprego, guerra e preconceitos, enquadrados como fatores sociais, ideológicos, sociais e geopolíticos.

O tráfico internacional de seres humanos, ante seu caráter transnacional e facilitado pelo processo de globalização, exige cooperação internacional e ligação direta entre os países para que o enfrentamento ao tráfico de pessoas seja efetivo.

Esta participação dos Estados deve incluir também ONGs e Organizações Internacionais, que atuarão como disseminadoras de conteúdos visando a prevenção do tráfico através de campanhas e prestando o

cuidado devido às vítimas resgatadas, para que estas não sejam vítimas duas vezes: uma pelo crime, e outra pelo tratamento pós-resgate.

Outro problema que nos sonda é a falta de divulgação sobre o número das vítimas em suas distintas modalidades. É necessária a criação de uma plataforma acessível e global, constantemente em atualização, para que haja a devida quantificação dos dados. Os meios de comunicação também precisam tratar mais do assunto, de maneira informativa, não disseminando confusão e não violando os direitos humanos ao retratar a notícia.

A mídia precisa trabalhar para sensibilizar a sociedade acerca do tema e as consequências advindas do tráfico, principalmente jornais de grande alcance. É extremamente difícil reconhecer e encontrar vítimas deste crime, visto que a população, em geral, não tem muito acesso a informações sobre, não fazendo, assim, as denúncias necessárias por não saberem reconhecê-las.

Por isso a necessidade de dados oficiais sempre atualizados, para que, partindo disto, a mídia possa promover um discurso humano contributivo que impactue a sociedade em seu todo e instigue maneiras de prevenção para que novas vítimas não sejam feitas.

Por fim, o Estado deve estar presente incansavelmente nesta luta, cumprindo com os tratados internacionais que for signatário e acolhendo as vítimas em órgãos governamentais específicos para tal ato, que servirão para amenizar o sofrimento destas e identificarem os autores dos crimes. Campanhas acessíveis à toda população são extremamente necessárias. É um crime que corrompe a sociedade de forma cruel, e que, infelizmente, não tem todo o aparato político, social, governamental e jurídico que deveria.

Este tema deve ser reiteradamente discutido, salientando os tratados internacionais existentes, legislação nacional e políticas de recuperação física e psicológica às vítimas resgatadas, que caíram nesta trágica rota em busca de sobrevivência e um pequeno espaço no mundo capitalista e trazem consigo traumas que perdurarão a vida inteira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto n° 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra

o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em 12 de agosto de 2019.

BURCKHARDT, Eduardo. **Íntegra da entrevista com a antropóloga Nancy Scheper-Hughes.** Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT642472-1655,00.html. Acesso em 18 de setembro de 2019.

CARDOSO, Gleyce Anne. **Tráfico de Pessoas no Brasil.** Curitiba: Juruá Editora, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico de Pessoas: Lei 13.344/2016 comentada por artigos.** Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

CUNHA, Julia Pimentel Canejo Pinheiro da; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **O Tráfico Internacional de Pessoas para fins sexuais: uma análise no Protocolo de Palermo e a Lei 13.344/16**. Derecho y Cambio Social. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/O_TRAFICO_INTERNACIONAL_DE_PESSOAS.pdf. Acesso em 19 de agosto de 2019.

FREIRE, Sarah Maria Veloso. **Tráfico Internacional de Pessoas e Cooperação Internacional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

InternationalLabourOrganization. Disponível em: http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/profits-of-forced-labour-2014/lang--en/index.htm. Acesso em 27 de setembro de 2019.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres.** Disponível em: http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/1304/1268. Acesso em 14 de setembro de 2019.

Padrões de Direitos Humanos para o Tratamento de Pessoas Traficadas. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/novosdireitos/traficoseres/padroes_pessoas_traficadas.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2019.

SILVA, Waldimeiry Correa da. **Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

PESSOA, Luiza. **Para especialista, tráfico de pessoas para obter órgãos é crime protegido.** Disponível em: https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539-para-especialista-trafico-de-pessoas-para-obter-orgaos-e-crime-protegido.shtml. Acesso em 28 de outubro de 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E DISSEMINAÇÃO DE FAKE NEWS NA ERA DA INFORMAÇÃO

Bianca Stephanie Rodrigues de Oliveira
Lorrana Stefanie Faria Silva

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma era totalmente digitalizada em que as informações são divulgadas massivamente e com rapidez. Ao passo da disseminação das informações, acontece também em larga escala a disseminação de desinformação em forma de notícias falsas, popularmente conhecidas como fake news. Tal fenômeno encontra-se presente na nossa sociedade que é bombardeada com conteúdo falacioso principalmente por meio das redes sociais. Diante de tal cenário, faz-se necessário o estudo das fake news sob a ótica do direito de liberdade de expressão e comunicação.

A disseminação de fake news pode acontecer sob a justificativa de fruição do direito de liberdade de expressão e comunicação? Há a possibilidade de responsabilização daquele que produz e divulga notícias falsas? Quais medidas a sociedade tem tomado para evitar tal fenômeno? Tais questões são respondidas ao longo do trabalho tendo como base a fundamentação jurídica para a resposta dos questionamentos.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DAS GERAÇÕES

Inicialmente, cumpre elucidar as diferenças conceituais entre os termos Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Os Direitos do Homem são aqueles inerentes ao seu nascimento, conhecidos como direitos jusnaturais, surgem de uma perspectiva biológica, independem de positivação para seu exercício.

Os Direitos Fundamentais referem-se aos direitos positivados em uma ordem jurídica interna, isto é, são positivados em caráter constitucional ou infraconstitucional numa ordem jurídica interna de um determinado Estado, sendo protegido dentro do seu território.

Por sua vez, os Direitos Humanos são os direitos positivados internacionalmente por pactos, acordos, tratados, sendo reconhecidos pelos Estados. Na constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5, encontram-se positivos os direitos fundamentais, que são assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Não obstante a distinção dos conceitos acima exposta, importante apresentar a Teoria das Gerações dos Direitos, pensada por Karel Vasak que embasa o estudo dos direitos humanos. Segundo a teoria das gerações, os direitos são classificados conforme a evolução estatal e necessidades sociais emergidas de cada época.

A doutrina tradicional reconhece três gerações de direito, já a doutrina moderna apresenta quatro gerações de direitos. Entretanto, há doutrinadores que reconhecem a existência de quinta, sexta dimensão. No presente trabalho, aborda-se as quatro primeiras dimensões dos direitos fundamentais.

Importante esclarecer que a evolução das dimensões demonstram intensa relação com o contexto histórico vivenciado pela sociedade. A primeira geração de direitos tem como marco a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Superando um Estado intervencionista, os direitos da primeira geração demandam uma abstenção estatal, sendo eles os direitos de cunho civil, político, na busca pela igualdade formal, isto é, perante a lei, e a garantia de liberdade. Pode-se citar como exemplo direito à vida, à liberda-

de, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa. Nesse sentido:

> Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2019)

A segunda geração de direito surge por volta do início do século XX e forma-se pelos direitos trabalhistas, econômicos, culturais, sociais, que demandam atuação estatal pela busca de igualdade material. Nesse sentido:

> Em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência sociais. O inicio do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. (PEDRO LENZA, 2015)

Já a terceira geração de direitos relaciona-se com os ideais de fraternidade e solidariedade, tendo surgido no cenário pós Segunda Guerra Mundial- 1945, em que houve grandes alterações sociais em virtude de grandes mudanças na comunidade internacional.. Tratam-se de direitos difusos, coletivos. Nessa esteira:

> Os direitos da 3 dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois, são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade (LENZA, 2015)

A quarta geração, reconhecida pela doutrina moderna, refere-se aos direitos que surgiram com a modernidade e globalização dos direitos humanos. São fundados na defesa da dignidade humana, buscando

o afastamento de intervenções abusivas do Estado e de particulares na esfera individual. Tal geração reconhece novos direitos frentes às novas tecnologias.

Verifica-se que a liberdade de expressão, constante na primeira geração, nutre grande relação com a quarta geração de direitos, visto que, com o advento da internet, houve grande ampliação dos espaços onde a liberdade de expressão possa ser exercida. No presente artigo, restará cristalina a relação entre liberdade de expressão e a disseminação de *fake news* tendo a internet como veículo de propagação.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cumpre tecer um breve histórico acerca do direito à liberdade de expressão presente nas Constituições anteriores antes de adentrarmos o modo como é tratado o referido direito atualmente.

Em 1824, o ordenamento brasileiro jurídico ofereceu proteção ao direito à liberdade de pensamento e comunicação em sua primeira Constituição. Em 1824, a primeira constituição brasileira assegurou o direito à liberdade de pensamento e comunicação. Vejamos:

> Art 179, §5o (in verbis). Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritas e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contando que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.

A Constituição Brasileira de 1891, também dispôs sobre a liberdade de pensamento em seu texto, impondo claras restrições ao seu exercício

> Art. 172. §2 (in verbis) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto à espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar.

Posteriormente, o direito à liberdade de expressão foi assegurado nas duas Constituições promulgadas sob o governo de Getúlio Vargas. Na constituição de 1934, o referido direito foi assegurado da seguinte forma:

> Art. 113. (in verbis) Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direto de resposta. A publicação de livros e periódicos independe da licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Nos textos constitucionais posteriores, o direito à liberdade de expressão continuou a ser assegurado. Importante a ressalva quanto a garantia a tal direito no decorrer da ditadura militar, período marcado por intensa censura. Os Atos Institucionais mitigaram a liberdade de expressão, promovendo grande censura e regulamentando os chamados crimes de imprensa.

Com o retorno ao Estado Democrático, a atual Constituição da República resguarda o direito à liberdade de expressão em seu texto, ressaltando que tal liberdade não deve ser exercida de forma anônima.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

Em uma sociedade globalizada, a comunicação se mostra como um canal de suma importância para transferência de informações, desenvolvimento de relações interpessoais, manifestação de ideias e evolução da própria sociedade.

A fim de amparar tais direitos, a Constituição da República, assegura a liberdade de expressão como um direito fundamental estampado em seu art. 5, inciso IV:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros resi-

> dentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Conforme o caput do art. 5, o direito à liberdade de expressão aplica-se a todos. O referido artigo não estabelece qualquer restrição ou distinção aos destinatários do mencionado direito, colocando todos em condições de igualdade, sendo brasileiros ou estrangeiros residentes no país.

Cabe salientar que o direito estudado encontra-se na primeira Geração de Direitos, caracterizado pela busca da liberdade em que o Estado demonstra-se menos intervencionista.

Em sede internacional, a liberdade de expressão é assegurada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948) em seu artigo 19, que estabelece o seguinte:

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Diante de tamanha proteção ao referido de direito em sede nacional e internacional, cabe a conceituação do direito à liberdade de expressão.

Inicialmente, destaca-se que a doutrina, bem como a jurisprudência, vem nomeando a difusão de ideias, fatos, valores, opiniões e notícias de diversas formas: liberdade de pensamento, liberdade de palavra, liberdade de opinião, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade dè imprensa, liberdade de expressão e informação, direito à informação, liberdade de informação jornalística, direito de comunicação, liberdade de manifestação do pensamento e da informação (FARIAS, 2011).

O termo liberdade de expressão pode ser considerado gênero que engloba as espécies: liberdade de manifestação do pensamento, mani-

festação da opinião, consciência, ideia. Sendo necessário diferenciar o termo liberdade de expressão e liberdade de comunicação, pois essa não é considerada espécie daquela.

Assim sendo, liberdade de expressão tem como objeto a manifestação de pensamentos, ideias, opiniões, crenças e juízos de valor. Já a liberdade de comunicação tem como objeto a difusão de fatos ou notícias (FARIAS, 2011).

Nesse sentido, observa-se que a liberdade de expressão tem cunho subjetivo, enquanto a liberdade de comunicação possui conteúdo objetivo. Não obstante, pode-se verificar que muitos fatos noticiados vêm acompanhados de opiniões e juízos de valor, razão pela qual a liberdade de expressão e comunicação devem ser analisadas de forma associada.

No que tange à liberdade de comunicação, a Constituição da República, em seu capítulo atinente à comunicação social, dispõe o seguinte em seu art. 220:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

No artigo supracitado, o direito à informação demonstra-se garantido com a vedação de qualquer censura de natureza política ideológica e artística. Nesse sentido, configura-se o direito de informar e o direito de ser informado.

Como característica dos direitos de primeira geração, o direito de informar é considerado um direito negativo. O direito de informar configura-se no direito de não ser censurado, o que implica em um

não fazer, isto é, o Estado e terceiros devem-se abster de impedir a liberdade de informação:

> O direito fundamental de informar é entendido como uma liberdade negativa ou como um direito de defesa dirigido principalmente contra o poder público. Ou seja, nessa perspectiva de liberdade negativa, o exercício do direito de informar exige simplesmente uma ação negativa traduzida no dever de terceiros de abster-se de impedir a comunicação realizada pelos titulares daquele direito fundamental. Portanto, a informação, como um direito fundamental de defesa, realiza-se essencialmente pela ausência de censura. (FARIAS, 2011)

O direito de ser informado, considerado direito fundamental e também tutelado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, constitui o direito do receptor da informação. O direito de ser informado diferencia-se do direito de informar principalmente no que tange ao sujeito que vai exercer o direito. No direito de informar, aquele que propaga a informação é quem exerce o direito, configurando uma postura ativa. Já no direito de ser informado, o sujeito se comporta de forma passiva, sendo o receptor da informação difundida.

Ainda no que concerne à liberdade de comunicação, além do direito de informar e ser informado, a Constituição promove o direito fundamental de acesso à informação, também estampado em seu art. 5, no inciso XIV:

> 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:
>
> XIV: é assegurado a todos o acesso à informação.

Assim como o direito à liberdade de expressão, o acesso a informação é assegurado a todos sem qualquer distinção. Trata-se de direito ao acesso à fonte de informação. A garantia apropriada para promover o acesso à informação é previsto na Carta Maior, considerado como um remédio constitucional, sendo ele o *habeas data*.

4 O CARÁTER NÃO ABSOLUTO DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITAÇÕES AO SEU EXERCÍCIO

O direito à liberdade expressão não possui caráter absoluto. Isto porque pode sofrer limitações e restrições quando do seu exercício. O texto constitucional inclui uma limitação à liberdade de expressão ao vedar o anonimato. Dessa forma, o exercício da liberdade do pensamento, de exercer opiniões e juízo de valor não pode ser feito de forma anônima.

Tal limitação se justifica no fato do próprio texto constitucional assegurar o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material moral ou à imagem, garantindo a inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Além da restrição constitucional ao direito à liberdade de expressão ao vedar o anonimato, o referido direito também encontra limitações quando colidem com outros direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Para melhor ilustrar os conflitos entre direitos, faz-se necessária a diferenciação entre regras e princípios, ambos oriundos da norma jurídica.

Atualmente, a doutrina diferencia os princípios norteadores do Direito das regras para solucionar possíveis conflitos entre os institutos. Segundo Carvalho (2020), os princípios devem ser considerados normas gerais coercitivas que orientam a atuação do indivíduo, definindo valores a serem observados nas condutas por ela praticados. Verifica-se, assim, que os princípios possuem mais generalidade. Enquanto as regras, definem a atuação do indivíduo face a uma situação concreta.

Os conflitos entre regras e princípios configuram diferentes consequências (DWORKIN, 2002). A antinomia jurídica própria é o que resulta do conflito entre regras. Regras conflitantes são incompatíveis, não se admitindo a coexistência de duas ou mais regras jurídicas que impõe dois ou mais juízos concretos de dever contraditórios e que sejam ao mesmo tempo válidas (CARVALHO, 2020). A solução para o conflito entre regras é a eliminação de uma delas.

Já o conflito entre princípios resulta em antinomia jurídica imprópria, não tendo aplicação direito e configurando mandamentos gerais,

diante de uma antinomia entre princípios faz-se necessária a ponderação de interesses. Cumpre dizer que a ponderação de interesses é analisada no caso em concreto, momento em que será definido qual a melhor solução para questão.

Pelo raciocínio acima exposto, é possível inferir que o direito à liberdade de expressão não consiste em uma regra, mas sim em um princípio constitucionalmente assegurado. Assim sendo, a liberdade de expressão encontra limitação quando em conflito com outros princípios assegurados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, havendo colisão com qualquer outro direito fundamental tutelado, cabe ao julgador, no caso concreto, efetivar a ponderação dos princípios a fim de buscar a melhor solução para a desavença. Tratando especificamente da liberdade de expressão, é corriqueiro chegar ao Judiciário demandas em que o referido direito colide com direitos referentes à honra, imagem. Corroborando com tal pensamento, dispõe Bobbio (1992):

> Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992)

Não são raras as condenações por indenizações por dano moral em casos que a liberdade de expressão é extrapolada pelo indivíduo que

fere a imagem, honra de terceiro. Tais decisões não se tratam de censura, mas de responsabilização do cidadão que, em nome da liberdade de expressão, fere direitos fundamentais de outrem. Isto porque a simples emissão de opinião ou juízo de valor de cunho injurioso, calunioso ou difamatório não pode ser considerada como liberdade de expressão. Havendo tais condutas, necessário se faz a responsabilização do agente garantindo a indenização por dano material, moral ou à imagem em nome da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem nos termos da Constituição da República.

5 FAKE NEWS VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO

Como visto no tópico anterior, a liberdade de expressão encontra limites quando colide com outros direitos constitucionalmente tutelados, como os direitos de personalidade, sendo necessário que o intérprete faça a ponderação dos princípios em análise do caso concreto. Nesse ponto do artigo, cabe analisar a liberdade de expressão e comunicação frente às *fake news*.

Um grupo de peritos de alto nível sobre notícias falsas da União Europeia evitam deliberadamente o termo *fake news*, que consideram inadequado para captar os problemas complexos de tal fenômeno. De acordo com os estudiosos, a desinformação - *fake news* - é definida como "informações falsas, inexatas ou deturpadas concebidas, apresentadas e promovidas para obter lucro ou para causar um prejuízo público intencional. Este cenário pode colocar em risco os processos e os valores democráticos e pode visar especificamente uma grande variedade de setores, tais como a saúde, a ciência, a educação e a finança." (COMISSÃO EUROPÉIA, 2018).

As notícias falsas não são algo que surgiu há pouco tempo. A sociedade sempre esteve sujeita à propagação de notícias inverídicas no decorrer dos anos. Entretanto, com o advento da *internet* e o amplo acesso às redes sociais, as chamadas *fake news* ganharam destaque no mundo virtual.

Sabe-se que a *internet* constitui importante instrumento na democratização ao acesso ao conhecimento e informação. Todavia como um

veículo de comunicação em massa, as informações são divulgadas massivamente e sem um efetivo controle quanto a sua veracidade.

Tanto nos Estados Unidos em 2016 quanto no Brasil em 2018, o aumento da disseminação de informações falaciosas pôde ser verificado em virtude das campanhas eleitorais. Em tal situação, a divulgação de notícias falsas configura um grande desserviço às instituições democráticas. Isto porque em contexto eleitoral, é fundamental que se tenha informações verdadeiras sobre os candidatos. De acordo com Horbach (2019) a disputa eleitoral pressupõe uma escolha livre, justa, em que os candidatos tenham condições iguais na concorrência do cargo pleiteado.

Ainda no panorama eleitoral, o voto pode ser influenciado pelas informações recebidas pelo eleitor sobre determinado candidato. Dessa forma, a disseminação de *fake news* com o intuito de prejudicar a imagem do concorrente demonstra deslealdade no pleito eleitoral, além de pôr à prova o sistema democrático, visto que o cidadão elege seu candidato com base em notícias ilusórias. Nesse sentido:

> A qualidade do sistema democrático e posto a prova quando em face da desinformação causada pelas falsas notícias, pois em um sistema democrático partimos do consenso de que as decisões são legítimas pois resguardam igualdade e liberdade de escolha, no sentido de que, o modo como a vontade é formada passa a ser de extrema importância na verificação da qualidade do sistema democrático. (HORBACH, 2019).

É inegável que a propagação de notícias falsas constitui graves consequências sociais, sejam no âmbito político ou até mesmo privado, violando direitos da personalidade, imagem ou honra. Isto porque a liberdade de expressão - o direito de exprimir, opiniões, ideias e juízo de valor - não pode atingir o exercício de outros direitos, com a divulgação de fatos falsos sobre terceiros. Assim coloca Barroso (2003):

> A informação que goza de proteção constitucional e a informação verdadeira. A divulgação deliberada de uma notícia falsa em detrimento do direito da personalidade de outrem, não constitui direito fundamental do emissor. Os veículos de comunica-

> ção tem o dever de apurar, com boa fé e dentro dos critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade, [e bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na divulgação da falsidade. (BARROSO, 2003).

A liberdade de comunicação e expressão protegida pela Carta Magna pressupõe que sejam informações verdadeiras. A informação falsa não goza de proteção constitucional. Por assim ser, não é válido o argumento daqueles que disseminam *fake news* sob a alegação de exercer o seu direito à liberdade de expressão ou comunicação, isto porque o ordenamento jurídico pátrio não protege tais condutas. Ensina Toffoli (2019) que a liberdade de expressão e comunicação deve ser exercida em consonância com os demais direitos e princípios constitucionais, não devendo fomentar a desinformação.

6 O COMBATE À DESINFORMAÇÃO

O combate às *fake news* não é uma tarefa simples. as notícias falsas ganham repercussão com velocidade e grande abrangências. As redes sociais contribuem de forma significativa para a disseminação em massa sem que o usuário cheque a veracidade da informação compartilhada.

> Em meio ao cenário atual do jornalismo estão as fake news ou notícias falsas, difundidas nas redes sociais. Talvez antigamente pudessem ser chamadas de rumores, sátiras e até mesmo propagandas, as fake news têm forte impacto pela grande divulgação e por encontrarem receptores aptos a aceitarem sem contestar a informação. Estas notícias falsas ganham credibilidade e força dependendo daqueles que as propagam e sua influência na rede (QUIRÓS, 2017)

Segundo o Relator da Organização das Nações Unidas, David Kaye (2017) as notícias falsas representam uma preocupação global.

Assim sendo, a ONU, em nome da cooperação local e global, foi elaborado um projeto chamado Verified (verificado ou checado, em tradução para o português) cujo intuito é combater a desinformação, principalmente no âmbito da saúde face à pandemia do coronavírus. Esse projeto conta com o auxílio de voluntários para divulgar notícias que contrariam diretamente as informações erradas ou preenchem lacunas de informação.

Ainda em âmbito internacional, a ONU, recentemente, divulgou um comunicado afirmando as notícias falsas são divulgadas por governos, empresas ou indivíduos e o objetivo é, entre outros, "enganar a população e interferir no direito do público em ter conhecimento do assunto". O referido comunicado também responsabiliza os países, impondo a obrigação dos Estados em promover um ambiente para a liberdade de expressão, protegendo e apoiando os meios de comunicação (ONU, 2017).

No cenário nacional, o Tribunal Superior Eleitoral conta com programas para o enfrentamento de *fake news*. Tais programas contam com a parceria da imprensa, de partidos políticos, agências de checagem e entidades que atuam em segurança da internet. Ademais, o TSE tem apurado por meio de ações pedidos de cassação de chapas de partidos envolvidos com *fake news* durante as eleições (TSE, 2018).

Em âmbito legislativo, tramita o Projeto de Lei 2.630/2020 que visa criar a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, apelidada de Lei das Fake News. Trata-se de uma proposta do senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE) e dos deputados Tábata Amaral (PDT-SP) e Felipe Rigoni (PSB-ES), visando impor sanções às plataformas que não cumprirem as obrigações legais de relatórios transparentes, exigir a rotulação de bots ou destacar correções feitas por verificadores de fatos independentes. (AGÊNCIA SENADO, 2020)

Não obstante, a existência de projetos de lei que visam a responsabilização de plataformas e de indivíduos que compartilham as notícias falsas, tramitam também junto ao Congresso Nacional, diversos projetos que buscam a criminalização da conduta, impondo penas de restrição de liberdade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020)

Para Carvalho e Kanffer (2018) a solução para a questão não estaria em elaboração de novas leis, mas na adequação das leis já existentes

para conferir eficácia máxima fundamental para o combate ao conteúdo ilícito.

A criminalização da conduta, à luz do princípio de ultima ratio, deve ser a última medida a ser tomada para inibir a conduta de produção e divulgação de notícias falsas. Sendo necessária o envolvimento de vários setores da sociedade para a promoção da educação digital dos cidadãos a fim de combater a desinformação.

CONCLUSÃO

Pelo exposto no trabalho, pode-se verificar que o direito à liberdade de expressão não se trata de um direito fundamental recente, pelo contrário, trata-se de um direito de primeira geração que teve sua tutela assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro em várias constituições passadas.

Nesse sentido, vê-se que o direito à liberdade de expressão é um importante direito para o exercício do pensamento, opinião e, expressão. Ao seu lado, encontra-se o direito de comunicação, que engloba o direito de informar e de ser informado.

Como todo direito, a liberdade de expressão não é absoluta, isto é, há limites para o seu exercício. É nesse limite que a disseminação de *fake news* não pode ser justificada sob o fundamento de exercício do direito de expressão e comunicação. Isto porque o direito assegurado na Constituição refere-se tão somente a informações verdadeiras.

Dessa forma, quando há um confronto entre a possibilidade de divulgação de notícias falsas e direito à liberdade de comunicação, não estaremos diante de um conflito de direitos em que seria necessária a ponderação como forma de solução ao impasse. Em verdade, tal conflito não se instaura, pois a divulgação e produção de notícias falsas não se configura como um direito, visto que não tem o condão de informação, pelo contrário, visam a desinformação. Necessário frisar que o direito à liberdade de expressão e comunicação tutelam, tão somente, a informação verídica.

Como exposto no trabalho, a propagação de notícias inverídicas pode gerar grande prejuízo seja no âmbito público, como prejuízo à

democracia - no caso das eleições por exemplo -, seja no âmbito privado, casos em que é possível a indenização por dano moral ou a imagem. Pode-se concluir que a divulgação de *fake news* sob o argumento liberdade de expressão não se justifica. Não há proteção no ordenamento jurídico brasileiro à informação falsa.

As notícias falsas, como visto ao longo do trabalho, possuem a capacidade de gerar dano. Para tanto, a sociedade, em âmbito global, busca enfrentar o referido fenômeno. Em nível internacional, a ONU se posicionou com a sua política de enfrentamento e, em nível nacional, pode-se verificar vários projetos de lei que visam a proibição e até mesmo a prisão dos responsáveis por produzir e divulgar fatos inverídicos. Importante salientar que a educação digital, como um projeto a longo prazo, é uma importante ferramenta para que os usuários de redes sociais tenham a capacidade de verificar a veracidade da informação divulgada.

REFERÊNCIAS

AGENCIA SENADO. **Projeto que cria a Lei das Fake News pode ser votado nesta terça.** 2020. Disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/29/projeto-que-cria-a-lei-das-fake-news-pode-ser-votado-nesta-terca. Acesso em 17 maio 2020.

Assembleia Geral da ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**

(217 [III] A). Paris, 1948. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do

_homem.pdf. Acesso em: 04 abril 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 4, v. 16, p. 59-102. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos: tradução de Carlos Nelson Coutinho** - Imprenta, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso De Direito Constitucional**, 34 ed. 2019/ Editora Malheiros, São Paulo.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: 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, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta criminaliza fake news durante o estado de calamidade.** Disponível em https://www.camara.leg.br/noticias/651263-PROPOSTA-CRIMINALIZA--FAKE-NEWS-DURANTE-ESTADO-DE-CALAMIDADE. Acesso em 06/2020

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O tratamento jurídico das Notícias Falsas.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf. Acesso em em 07 maio 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** - 7. ed. rev. ampl. e atual - Salvador: JusPODIVM, 2020.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Combater a desinformação em linha: Grupo de Peritos defende uma maior transparencia entre as plataformas em linha.** Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_18_1746. Acesso em 06 maio 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edmilson Pereira. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional.** Florianópolis, 2011.

HORBACH, Lenon Oliveira. **Fake News: uma abordagem em face da liberdade de expressão, internet e democracia.** Disponível em http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9046?locale-attribute=en. Acesso em 05 abril 2020

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 19 ed. 2015. Editora Saraiva, São Paulo.

ONU. **Relator da ONU diz que as notícias falsas representam preocupação global.** Disponível https://news.un.org/pt/audio/2017/03/1199311. Acesso em 10 maio 2020

QUIRÓS, Eduardo A. **A era da pós verdade: realidade versus percepção**. Uno, São Paulo, v. 27, n. 1, p.36-37, mar. 2017. Disponível em: <http://www.revista- uno.com.br/wp-content/uploads/2017/03/UNO_27_BR_baja.pdf pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020

TRANQUILIM, Cristiane. DENNY, Ercílio A. **Liberdade de Expressão: Perspectivas na História Brasileira e sua (In)Eficácia na Constituição de 1988**. Disponível em https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/695/255. Acesso em 06 jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE vai combater fake news com apoio da imprensa.** Disponível em http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa. Acesso em 06 jun. 2020.

VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA POR PROFISSIONAIS DA SAÚDE: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Keyla Diniz Gonçalves
Neide Aparecida Ribeiro

Introdução

A busca pela saúde constitui-se como direito humano fundamental ao propiciar às mulheres a obtenção de atendimento médico especializado em diversas áreas clínicas para tratamentos terapêuticos de rotina ou de prevenção (BRASIL, 1988; SARLET, 2015). Portanto, os direitos humanos pensados "na atualidade consistem em articular uma ótica intrincada e imbricada de valores. Perpassada por contextos que atingem de forma variada certos segmentos e grupos sociais" (GUERRA, 2013, p. 226).

Nesse compasso, as mulheres adoentadas ou que estão nas condições de 'pacientes' nas unidades de saúde públicas ou particulares, são seres vulneráveis que carecem de respeito. Essa situação pode ser melhor explicada porque se de um lado, estão as pacientes mulheres a buscarem orientações e tratamentos médicos, de outro, há um aparato hospitalar caracterizado por procedimentos conduzidos pelos médicos cujos saberes deveriam servir para tratar as enfermidades dessas pessoas.

Entretanto, o poder exercido por profissionais da saúde e raramente questionado pela paciente, em especial de alguns médicos do

sexo masculino, tem trazido sofrimento e preocupação às mulheres que aguardam dias ou meses por um atendimento e/ou procedimento relacionado à saúde. Esse comportamento se explica porque o aparato hospitalar, o formato de atendimento e a ausência de informações claras sobre os protocolos intimida as pacientes, lugares denominados por Foucault como instituições totais. Trata-se de um mosaico protocolar revestido do poder da toga branca que pode gerar diversas espécies de abusos cometidos e acobertados pelo silêncio das vítimas por recearem descrédito de uma denúncia (FOUCAULT, 1979; HANNAH, 2009)

Desse modo, justifica-se a importância de analisar criticamente tais violências que são invisibilizadas pelos sistemas públicos ou particulares de saúde e pela vulnerabilidade das mulheres que buscam tratamentos de saúde nesses ambientes. São pêndulos desiguais entre as partes que demandam urgentemente de firmeza das autoridades na apuração dos registros policiais e administrativos e punição aos criminosos nas várias esferas do Direito.

1. Proteção à saúde sexual da mulher

A saúde constitui-se como direito humano fundamental porque dá às mulheres opção de tratamento médico especializado em diversas áreas clínicas, terapêuticos de rotina ou de prevenção. A expansão dessa garantia constitucional engloba, a "informação aos tratamentos de saúde, planejamento familiar e, o direito aos benefícios do progresso científico", como sendo parte do direito fundamental à saúde (BRASIL, 1990).

Pensar os direitos humanos na atual conjuntura, amplia o ponto de interconexão de todo o sistema de saúde para a "redução dos riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

No exercício desses direitos, algumas mulheres são vítimas de várias espécies de abusos, entre eles, a ausência de informações claras e precisas sobre os procedimentos ginecológicos, os quais, as mulheres são submetidas nos tratamentos. Valendo-se desta condição e do poder que exercem médicos agressores, podem violentar as pacientes,

conduta penal tipificada no rol dos "crimes contra a liberdade sexual" (BRASIL, 1940).

Verifica-se, contudo, que o direito fundamental à saúde das mulheres, nem sempre recebeu proteção adequada do Estado. A saúde está relacionada a "vitalidade", ou seja, a sua própria força vital e intimamente interligada ao direito a vida, (VASCONCELOS, FÉLIX, GATTO, *on line*). Na Grécia antiga, Aristóteles pensava a saúde associada à "felicidade", um estado de espírito com o propósito de alcançar o bem-estar do corpo, (CHIH apud ARISTÓTELES, 2009, p. 21, *on line*).

Freud (1930, p. 139) teórico psicanalista da era moderna, concebeu a saúde para além do corpo, a "psique, instância especial, que indica, o sintoma reprimido". Nessa perspectiva, a ideia de saúde está correlacionada ao bem-estar mental refletido no corpo ao proporcionar sentimentos de vitalidade, prazer, bem-estar social.

Foucault (1979, p. 55) discutia a saúde pública francesa a partir da compreensão da diferença entre: salubridade e insalubridade. A "salubridade não é a mesma coisa que saúde, e sim o estado das coisas, do meio e seus elementos constitutivos, que permitem a melhor saúde possível. Salubridade é a base material e social capaz de assegurar a melhor saúde possível dos indivíduos". Para Foucault (1979, p. 56) "a insalubridade são o estado das coisas e do meio enquanto afetam a saúde; a higiene pública".

Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), um instrumento importante datado da segunda guerra mundial em 1945, influenciou o pensamento do bem-estar social, uma vez que a "dignidade da pessoa humana" passou a ser observada por todos os povos, ganhando, a saúde, proteção dos órgãos internacionais (SARLET, 2015, p. 270). Diante dos olhares externos, os "direitos sociais em espécies" pensados na contemporaneidade permitem explicar as bases materiais sobre as quais se assentam o direito a saúde sexual da mulher (SARLET, 2015, p. 642).

Nesse sentido, a mulher, enquanto destinatária de direitos humanos fundamentais e universais, inerente à pessoa humana conquistou, o direito de gozo à "informação, planejamento familiar e os benefícios do progresso científico", como direito fundamental à saúde (BRASIL/1990).

Perfilhando sob este entendimento o Ministério da Saúde, por meio da Carta dos Direitos do Usuário da Saúde preconiza que "toda pessoa tem direito à informação sobre os serviços de saúde e [...] possibilidades terapêuticas de acordo com sua condição clínica, baseado nas evidências científicas, e a relação custo-benefício das alternativas de tratamento, com direito à recusa" (BRASIL, 2013, p. 14-20, *on line*).

Sobre o planejamento familiar e os benefícios dos avanços tecnológicos em face da saúde da mulher como reconhecimento da dignidade de sua pessoa humana, nos moldes constitucionais Sarlet (2015, p. 327) esclarece que são direitos reconhecidos e tutelados:

> Como é o caso, em especial, dos direitos reprodutivos (acesso às novas tecnologias reprodutivas e de planejamento familiar), [...], posto que não se trata de direitos propriamente novos, na medida em que relacionados à tutela e promoção da dignidade da pessoa humana, da liberdade, proteção da privacidade e intimidade, entre outros aspectos que aqui poderiam ser mencionados.

O fragmento textual permite destacar a saúde sexual reprodutiva feminina em duas frentes no Brasil: a reprodução humana assistida como direito fundamental à saúde da mulher, bem como, o emprego dos benefícios do progresso científico para o planejamento de sua família. São elementos fundamentais para assegurar a fertilidade e a saúde corporal e psíquica da mulher. E é com base na dignidade da pessoa humana que o Estado invoca para si a responsabilidade de assegurar o exercício desse direito, tanto na concepção quanto na contracepção (BRASIL, 1988).

Ainda, no âmbito do planejamento familiar, enquanto saúde feminina, a Organização Mundial de Saúde (OMS), estima que "50 a 80 milhões de pessoas em todo o mundo podem ser inférteis. No Brasil, esse número chega a cerca de 8 milhões" de casais com a vida sexual ativa e que a mulher possui dificuldades para engravidar. Portanto, um dado significativo de mulheres que apresentam alguma causa de infertilidade durante a vida reprodutiva, por exemplo, a síndrome dos ovários policísticos que desequilibra os hormônios da ovulação causando infertilidade (BRASIL, 2019, *on line*).

Frente a este direito universal à saúde no planejamento da chegada dos filhos e, também na prevenção da gravidez indesejada, reconhecida e tutelada pelo Estado. As políticas públicas são pensadas para atender essas demandas de infertilidade ou fertilidade, com os benefícios das tecnologias em reprodução humana assistida (PORTARIA, 2005, nº 426, *on line*).

Não obstante haver o direito consagrado da mulher a constituir uma família e de buscar os meios disponíveis para tratamento em casos de dificuldades na gravidez, há ainda a dolorosa questão de ser vítima de abusos sexuais além de outras condutas que violam os preceitos existentes no Código de Ética da medicina e nas legislações brasileiras.

Objetivando identificar o cenário de lesões a direitos constitucionalmente protegidos e tutelados pelo Estado, consultou-se os *sites* de busca processual de dois tribunais: do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para analisar dois casos emblemáticos que envolveram médicos e pacientes e foram parar nos jornais e na polícia.

Foram encontrados quatro processos criminais em desfavor do médico (R.A.) e quatro processos criminais em tramitação de segredo de justiça contra o médico (J.H.P.). Os acusados tiveram suas condutas largamente noticiadas pelos órgãos de imprensa face à repercussão da informação veiculada e à gravidade das condutas tipificadas na lei como ilícitos penais e civis.

Explica-se o interesse da mídia porque os meios de comunicação televisiva e de rádio, incluindo, a *internet*, "tem noticiado situações em que médicos são acusados de abusar de suas pacientes. Alguns desses casos foram, inclusive, filmados. Os agentes pervertidos, praticavam toda sorte de atos sexuais com suas vítimas, quase sempre adormecidas" (GRECO, 2018, p. 36).

Destarte, as autoridades bem como a comunidade feminina assistida em hospitais públicos e clínicas particulares passou a integrar os boletins policiais e as estatísticas de casos envolvendo violência sexual contra as mulheres atendidas em consultórios médicos. Constata-se, portanto, que várias mulheres sofrem diversas agressões, entre elas, de cunho sexual, psicológico e moral.

Portanto, a ampliação desse direito permite, inclusive, que as mulheres tenham acesso a saúde sexual reprodutiva com direito a informação e, com os benefícios da fertilização *in vitro*, ou da contracepção. Por fim, observou-se que, durante o exercício desse direito, nos espaços dos consultórios médicos, longe de qualquer suspeita, as mulheres adoentadas ou que estão em condição de 'pacientes' em unidades de saúde públicas ou particulares, são vulneráveis e, por vezes, sexualmente violentadas durante os exames clínicos e procedimentos de sedação para a reprodução assistida.

2. Perspectiva de Bourdieu sobre a violência

Ao longo da história das civilizações percebeu-se que o homem sempre esteve em uma situação de 'dominação' em relação às mulheres, nessas culturas que, preconizaram a revolução agrícola onde já existiam a "divisão sexual de tarefas: ao homem cabia a caça e a preparação de todo o equipamento para essa atividade, enquanto a mulher era a coletora e a responsável pela educação dos filhos" (PINSKY, 2011. p. 59, *on line*).

Entre os povos civilizados o principal efeito da dominação dos homens em detrimento das mulheres no interior da célula familiar monogâmica foi o patriarcado, "a grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo", pois a mulher, na instituição familiar sempre esteve em circunstância de dominação, o patriarca tinha o direito de vida e morte sobre a sua mulher. No contexto hebraico, ela era submissa ao marido e, em casos de adultério pela Lei Hebraica, a mulher adúltera era apedrejada até a morte (MARCASSA apud ENGLES, 1884, p. 2, *on line*).

Nesse contexto sociocultural, grande parte da violência contra as mulheres foi aceita, tolerada e até legalmente sancionada. Entre os romanos antigos a infidelidade das mulheres eram tratada com rigor, a "adúltera pela Lei Júlia perdia o status de *mater familias* e era juridicamente igualada a uma prostituta. Deste modo, a adúltera entrava para o rol dos *infames*, grupo caracterizado por uma situação jurídica incerta e complexa" (AZEVEDO, 2019, *on line*).

Friedrich Engels (1884), explica que a dominação da mulher pelo homem, aparece com a divisão sexual das tarefas entre homens e mulheres, durante as civilizações antigas:

> A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação dos filhos [...] O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre homem e mulher na monogamia; e **a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino**. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que durante nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verificam às custas da dor e da repressão de outros. É a forma celular da sociedade civilizada [...], (MARCASSA apud ENGLES (1884), p. 3, *on line*), ***Grifei***.

Essa organização histórica social refere-se a uma sociedade sem classe e sem a presença do Estado, onde o homem se ocupava da caça e da pesca, enquanto, as mulheres se ocupavam com a coleta de frutos e cuidava dos filhos. Era uma questão de subsistência do grupo para a manutenção da vida. Esse fato aponta o patriarcado como início da opressão da mulher pelo homem, em um sistema social que a obediência era tácita (PINSKY, 2011. p. 59, *on line*).

Bourdieu (2012, p. 10), investiga a dominação masculina a partir da ideia de unidade familiar como estrutura simbólica para reforçar o poder por meio da força:

> A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. **A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades**

> **atribuídas a cada um dos dois sexos**, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos (BOURDIEU, 2012, p. 10). **(negritou-se).**

Dessa forma, a dominação histórica social masculina pela feminina persiste na íntima ligação com a "visão antropocêntrica" vinculada ao uso simbólico da célula familiar para legitimar a violência através da força. Para Bourdieu, a opressão masculina não é natural, mas fruto de oposição que ocorre por quem já possui o poder. Nesse caso específico, a dominação como base da violência institucional, não ocorre somente na integração da família na relação pai, mãe e filhos, mas são reproduzidas de modo semelhante por estruturas como a Escola, Igreja e o Estado, o feminino é o que diferencia o masculino, nessa hipótese o masculino é neutro e a neutralidade significa poder (BOURDIEU, 2012, p. 24-51).

Ao discutir a violência simbólica, Bourdieu (2012, p. 24), em síntese, dentro dessa visão de construção sócio-histórica, esclarece que, essa forma de violência:

> se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural (BOURDIEU, 2012, p. 24).

Infere-se do texto que a violência simbólica está presente no dia-a-dia. As mulheres crescem dentro dessa construção histórica de subordinação ao homem, concebendo a violência como algo espontâneo porque sempre conviveu com essa prática de forma naturalizada.

Na perspectiva de Bourdieu, a violência simbólica não é natural porque tem uma origem, a "ordem social dominada pelo princípio masculino sobre o princípio feminino", (BOURDIEU, 2012, p. 15). Porém, imperceptível por ser uma espécie de violência "não declarada", mas que termina por "legitimar" as outras formas de violência que vai ocorrer na prática (BOURDIEU, 2012, p. 22-44).

O que melhor explica essa situação é a dinâmica na relação de poder centrado na figura do médico, como sendo, ele, o dono do poder, do conhecimento específico a despeito de determinado procedimento técnico ou patológico. É preciso pontuar, além disso, que por traz da violência sexual, o estupro é crime de ódio e, portanto, é motivado pelo ódio e pela sensação de poder do agressor sobre a vítima (FOUCAULT, 1979, p. 97-98).

Por fim, Bourdieu (2012) conclui, que a violência simbólica vai reverberar por vários segmentos sociais, dentre os quais, o trabalho que terá determinada "dicotomia sexual" reforçada, compreendendo sempre a posição superior daqueles que pertencem ao grupo dos homens e as posições subalternas pertencentes a posição das mulheres. Às vítimas desse tipo de violência "cumpre as tarefas subordinadas que lhes são atribuídas por suas virtudes de submissão, de gentileza, de docilidade, de devotamento e de abnegação".

Assim, a despeito da reprodução da desigualdade entre homens e mulheres, independentemente do tipo, Jaime Pinsky (2011, 59, *on line*), avalia que, "continuará ocorrendo enquanto houver dominadores interessados e dominados conformados e/ou ignorantes". Dessa forma, somente uma análise minuciosa do contexto histórico social da condição feminina no período das civilizações antiga permite compreender as formas de legitimar as violências modernas e urbanas nos dias atuais.

3. A prática da violência sexual em hospitais públicos e particulares

As violências sexuais praticadas contra as mulheres por profissionais da área da saúde em procedimentos realizados nas unidades hospitalares públicas ou particulares são tipificadas pelo Código Penal brasileiro, designadamente no rol dos crimes contra a liberdade sexual em

três vertentes "dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual", em especial, o da mulher (GRECO, 2018, p. 15; PRADO, 2014).

Nos crimes praticados contra a dignidade do sexo feminino, na delegacia ou no judiciário, em particular, o valor probatório da palavra da vítima é costumeiramente fragilizado. Entende-se, portanto, "não classificar como estupro uma denúncia se não houver violência física marcada no corpo e, nos processos judiciais o argumento da defesa costuma reiterar a ideia de que teria sido apenas sexo ou que houve consentimento da vítima (ALMEIDA; MARACHINE 2017, p. 19).

Greco (2018, p. 5) reitera que essa norma insere a "modalidade de violência sexual praticada contra pessoas consideradas vulneráveis, que, por qualquer outra causa não podem oferecer resistência" física, mental, intelectual, cuja, capacidade encontra-se reduzida em razão de alguma substância medicamentosa com efeito sedativo.

Nucci (2019, p. 92), explica a concepção da liberdade sexual em função da "agressão sexual, que gera humilhação e trauma". Por sua vez, Masson (2018, p. 60), exemplifica que a vulnerabilidade da vítima prevista no art. 217-A, § 1º. do Código Penal são de pessoas:

> [...] em coma, em sono profundo, anestesiadas ou sedadas (exemplo: médico que pratica com o paciente atos libidinosos durante o estado de inconsciência resultante de anestesia geral), bem como as pessoas portadoras de deficiências físicas que, embora conscientes, não têm como se defender da agressão sexual (exemplo: sujeito que covardemente esfrega seu órgão genital no corpo de um tetraplégico.

Sob essa análise, o uso variado do corpo feminino como objeto de violência sexual acompanhadas das "carícias inúteis ou indevidas", reforça as relações de poder como instrumento de controle sobre o sexo oposto (FOUCAULT, 1999, p. 37-93).

Greco (2018) trata excepcionalmente do direito constitucional à liberdade sexual da mulher vinculada a dignidade da pessoa humana e, ao desenvolvimento sexual como limites que se impõem a conduta do agressor. Isso implica que a mulher é destinatária do direito à liberdade sexual, no sentido de manter relações sexuais com qualquer parceiro sem

que seja submetida ao constrangimento mediante a imposição de violência ou grave ameaça para prática da conjunção carnal, do ato libidinoso ou de qualquer outra modalidade de violência sexual (BRASIL, 1940).

Ao descrever sobre a violência sexual praticada por profissional a serviço da saúde sexual feminina, reprodutiva ou ginecológica contra determinadas mulheres nas dependências de hospitais públicos e clínicas particulares de reprodução humana assistida a análise pode ser dividida em dois aspectos: o estupro simples e o estupro de vulnerável mediante o abuso na sedação de paciente, crime alimentado pela impunidade dos médicos agressores.

Nas salas trancadas dos hospitais, o agressor "aproveita da fragilidade ou incapacidade" de resistência da vítima em razão da paciente encontrar-se sedada. Dificilmente, deixa elementos que indiquem a materialidade do episódio violento, embora, sendo a única (prova) a palavra da vítima torna-se frágil (ALMEIDA; MARACHINE 2017, p. 14).

De um lado está o estupro na forma simples, hediondo, expondo a vida ao uso da força física para forçar a relação sexual com a paciente contra a manifestação de sua vontade e, o emprego da "grave ameaça", no sentido de desestabilizar a integridade corporal e psíquica da vítima para manter o sexo vaginal, anal, oral ou a penetração de objetos na paciente. Crime praticado as escondidas, em consultório médico fora dos olhares das testemunhas, isso na maioria das vezes, dificulta as provas do delito, o dissenso da vítima (NUCCI, 2019, p. 94-96).

Essa "ideia de que não houve consentimento não é facilmente comprovável em processos judiciais, nos quais seriam necessários ter provas do delito". Nesse sentido, por ausência de provas materiais, a sua palavra seria contrária à do médico agressor, renomado. Sentindo-se, desestimulada a fazer "qualquer denúncia ou exposição pública dos fatos" (ALMEIDA; MARACHINE 2017, p. 13; 19).

Por outro lado, a violência sexual na modalidade qualificada pelo estupro de vulnerável é verificável "contra pacientes que, de alguma forma, são incapazes de oferecer resistência" à prática sexual. Infere-se do texto, que, a vítima esteja em estado de inconsciência, desacordada ou dormindo e, normalmente ela foi colocada nessa situação por

alguma substância sonífera, seja um sedativo, uma anestesia, qualquer tipo de substância que faça a paciente dormir ou ficar em um estado sonolento, enquanto, é violentada pelo profissional que executa o procedimento a serviço da saúde reprodutiva feminina via fertilização *in vitro* (GRECO, 2018, p. 91).

Para melhor ilustrar essa prática perniciosa empregada reiteradamente pelos agressores médicos nas dependências de sala de recuperação. Exemplifica-se, a paciente com diagnóstico para o tratamento de reprodução humana assistida que se submete a anestesia para realizar o procedimento de aspiração de óvulos, após a retirada destes, sob o efeito de sedação é violentada sexualmente pelo médico ou por terceiro da equipe do hospital ou clínica (GRECO apud JIMÉNEZ, 2018, p. 15).

Na condição de vulnerabilidade em razão de medicação para a realização da fertilização *in vitro*, as pacientes não tem a capacidade de responder aos estímulos externos porque muitas vezes, elas têm apagão de memória. Estágio, esse, que compromete a capacidade de resistência e o consentimento da paciente para a prática do ato libidinoso, a "relação sexual mantida com tais vítimas" é proibida e, portanto, tipifica-se o estupro de vulnerável como medida repressiva a essa prática delituosa pervertida nos espaços clínicos hospitalares (NUCCI, 2019, p. 169).

De acordo com os dados demográficos da população brasileira informado pelo grupo de Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PENAD) em 2018, "o número de mulheres no Brasil é superior ao de homens. A população brasileira é composta por 48,3% de homens e 51,7% de mulheres". Ou seja, o Brasil é um país com população de mais de 100 milhões de mulheres (BRASIL/IBGE, 2018).

Portanto, estima-se, que, em 81,8% das violências sexuais, as vítimas são mulheres, isso significa um número de "180 estupros por dia, crescimento de 4,1%", em relação a 2018 (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 7) e "apenas 15% deste total de estupros são reportados às polícias" (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2018, p. 57).

Estas violências sexuais, "representam um problema de saúde com proporções endêmicas". A constatação desse fato feito entre os anos

2014-2019 pelo *site INTERCEPT* BRASIL em 2019 e apontou "três mil estupros em serviços de saúde". Os casos de estupros de vulneráveis notificados ocorreram, em Centros de Tratamento Intensivo e Unidades de Tratamento Intensivos com 16 casos denunciados em quatro episódios e uma violação sexual mediante fraude em centro cirúrgico (BRASIL INTERCEPT, 2019, *on line*).

A consulta ao *site INTERCEPT BRASIL* de 2019, mostrou que "a falta de produção de dados consistentes sobre violência sexual cometido pelos profissionais da saúde é um sintoma da grave negligência com que o tema é tratado pelos conselhos" de medicina. A transparência nas informações fomenta as políticas humanizadas de prevenção, acolhimento da vítima, além de identificar o perfil e a punição dos agressores (BRASIL INTERCEPT, 2019, *on line*).

O aparato hospitalar deve impedir procedimentos conduzidos por médicos com perfil de agressores cujo saber técnico e científico deveriam servir para tratar as enfermidades das pacientes.

Os casos dos dois médicos encontrados na pesquisa aos *sites* do tribunal de justiça do estado de São Paulo e do tribunal de justiça do estado do Ceará", respectivamente, comprovam a existência da violência sexual em espaços públicos e privados praticados por profissionais de saúde no exercício de suas atribuições (TJSP; TJCE).

Os médicos foram acusados dos crimes de estupro, calúnia e difamação e alguns processos tramitam em segredo de justiça. Contudo, o ex-médico Roger Abdelmassih, foi condenado a uma pena de 278 anos de prisão em 2010, pela 16ª. Vara Criminal de São Paulo. A sentença penal foi submetida a recurso em segunda instância e reduzida a 181 anos, 11 meses e 12 dias de prisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2014, por 48 ataques a 39 mulheres que estiveram a seus cuidados na clínica de fertilização *in vitro* onde atendia na capital paulistana (CONJUR, 2020, *on line*).

O segundo caso foi denunciado pelo Ministério Público do Ceará contra o médico José Hilson, em face da acusação de abusos sexuais praticados contra pacientes registrados pelo próprio profissional, em mais de 60 vídeos contra mulheres diferentes, processo que tramita em segredo de justiça para evitar a exposição das vítimas envolvidas (MPCE, 2020, *on line*).

São casos graves os quais necessitam da adoção do protocolo obrigatório de "apoio à vítima de violência sexual" sobre atendimento emergencial, integral e multidisciplinar (NUCCI, 2019, p. 126) em que observou-se, a ausência de um protocolo clínico que especificassem as ações de atendimento às mulheres pacientes vítimas de episódios de violências sexuais nas dependências clínicas hospitalares.

Tanto o Ministério da Saúde quanto a Organização Mundial da Saúde (OMS) não possuem orientação articulada com o conjunto obrigatório de atendimento às pacientes para conter violências sexuais em suas repartições internas ou para receber denúncias contra seus parceiros/servidores (BRASIL INTERCEPT, 2019).

A principal porta de enfrentamento humanizado à violência sexual em parceria com o Poder Judiciário deveria ser feita por meio dos profissionais de saúde com assistência médica. Nesse sentido, os hospitais fariam o atendimento imediato para o diagnóstico da violência, tratamento terapêutico de lesões no órgão genital feminino, bem como, o acolhimento médico, psicológico e social (BRASIL, 2013).

4. Considerações finais

A relação médico-paciente deve se basear na confiança e respeito entre as partes. Os direitos humanos, consagrados na Constituição Federal de 1988 ratificam a importância de um tratamento humanizado para as mulheres (BRASIL, 1988).

O reconhecimento desses direitos pelo Poder Judiciário poderá ser um alento de que profissionais que não se enquadrem nas diretrizes normativas e constitucionais sejam afastados do ofício nobre da medicina. Por outro lado, a coragem das mulheres em denunciar os agressores servirá como medida preventiva de violências futuras e punitiva, como resposta aos fatos praticados pelos agressores em consonância com a lei.

Desse modo, é imperativo que as vozes femininas tenham credibilidade ao denunciarem os profissionais da medicina que violam os preceitos constitucionais, éticos e procedimentais da área da saúde, máxime praticando crimes contra pessoas que buscam tratamento para enfermidades em momento de grande vulnerabilidade pessoal.

Referências

ALMEIDA, Heloísa Buarque; MARACHINI, Laís Ambiel. De médico e de monstro: disputas em torno das categorias de violência sexual no caso Abdelmassih. Dossiê Conservadorismo, direitos, moralidades e violência. **CADERNOS PAGU (50**), n. 50, Campinas, 2017, p. 1-37. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/cpa/n50/1809-4449-cpa-18094449201700500020.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

AZEVEDO, Sarah Fernandes Lino. **DOSSIÊ: RELAÇÕES ENTRE CRIME E GÊNERO:** UM BALANÇO A ética da monogamia e o espírito do feminicídio: marxismo, patriarcado e adultério na Roma Antiga e no Brasil Atual, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010190742019000100310&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 16 mar. 2020.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. tradução Maria Helena. Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2019, p. 07. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019.

BRASIL. **Atlas da Violência**, 2018, p. 57. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1958. Disponível em:

BRASIL. IBGE. **Quantidade de homens e mulheres**. Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 12. 845**, de 1º. de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL INTERCEPT. LARA, Bruna de. **Licença para Estuprar**. 2019. Disponível em: https://theintercept.com/2019/04/28/estupros-servicos-saude/. Acesso em: 13 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde**, 2013, p. 14-20. Disponível em: file:///C:/Users/KEILA/Downloads/carta-dos-direitos-dos-usuarios-da-saude-[-462-101013-SES-MT].pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

BRASIL. **Portaria nº. 1662**, de 2 de outubro de 2015. Define critérios para habilitação para realização de Coleta de Vestígios de Violência Sexual no Sistema Único de Saúde (SUS), inclui habilitação no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES) e cria procedimento específico na Tabela de Procedimentos, Medicamentos e Órteses, Próteses e Materiais Especiais (OPM) do SUS. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt1662_02_10_2015.html. Acesso em: 6 maio 2020.

BRASIL. **Portaria nº. 426**, de 22 de março de 2005. Institui, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e dá outras providências.

Ministério de Saúde/SUS. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm. Acesso em: 02 maio 2020.

Conselho Federal de Medicina (CFM-BRASIL). Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217,** de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília.

CAIRUS, Henrique F. **Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005, p. 42. Disponível em: http://books.scielo.org/id/9n2wg/pdf/cairus-9788575413753.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

CHIH, Chiu Yi. **A Eudaimonia na Polis Excelente de Aristóteles**, 2009, p. 21. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde03022010131909/publico/CHIU_YI_CHIH.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONJUR. **Sentença Roger Abdelmassih**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-condenacao-medico-roger.pdf Acesso em: 9 jul. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. volume 2: parte especial arts. 121 a 234-B. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I:** a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 4. ed. Rio da Janeiro: Graal, 1979.

FREUD, Sigmund. **O Mal Estar na Civilização**. Tradução: Paulo César de Souza, 1930, p. 139. Disponível em: https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2013/10/freud-obras-completas-vol-18-1930-1936.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**.15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos**: Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

HANNAH, Arendt. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2009.

MARCASSA, Luciana. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado em Friedrich Engels.** Disponível em: file:///C:/Users/KEILA/Downloads/2178-Texto%20do%20artigo-8370-1-10-20150710.pdf. Acesso em: 15 fev. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial. Arts. 213 a 359-h. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MATOS, Fernanda. **Infertilidade:** como enfrentar o diagnóstico e buscar o tratamento adequado, 2019. Disponível em: https://sbra.com.br/noticias/infertilidade-como-enfrentar-o-diagnostico-e--buscar-o-tratamento-adequado/. Acesso em: 16 maio 2020.

MPCE. **Após atuação do MPCE, Tribunal de Justiça nega liberdade ao ex-prefeito de Uruburetama**. 10 set. 2019. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/2019/09/10/apos-atuacao-do-mpce-tribunal-de-justica-nega-liberdade-ao-ex-prefeito-de-uruburetama/ Acesso em: 8 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Curso de direito penal parte especial**: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. 25. ed. São Paulo: Contexto, (Repensando a História), 2011, p. 59. Disponível em: file:///C:/Users/KEILA/Downloads/As_Primeiras_Civilizacoes_-_Jaime_Pinsky%20(1).pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/KEILA/Downloads/Ingo%20Wolfgang%20Sarlet...%20%20Curso%20de%20Direito%20Constitucional%204%C2%AA%20Ed,%202015%20(1).pdf. Acesso em: 15/ 01/2020.

VASCONCELOS, Michele de Freitas Faria; Félix, Jane; GATTO, Graziela Maria da Silva. **Saúde da Mulher: o que é poderia ser diferente?** 2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL À DEMARCAÇÃO DO TERRITÓRIO INDÍGENA MYKY

Natalia Alencar Cantini
Vívian Lara Cáceres Dan

INTRODUÇÃO

Neste artigo iremos realizar uma breve análise sobre o processo histórico que deu origem à demarcação de terra indígena Myky no município de Brasnorte revelando parte dos conflitos e violências que esta etnia sofreu/sofre até os dias atuais para manter o seu direito ao território. Para a realização desse trabalho foram realizadas pesquisas de cunho qualitativo e bibliográficas. Assim, foi preciso pesquisar sobre as diversas formas de violência realizadas contra este povo, como ataques de seringueiros, conflitos pela disputa de terra promovidos pela classe de ruralistas e o agronegócio do setor privado que se mantem nos entornos do território Indígena, o que afeta diretamente o bem-viver na aldeia.

1.TERRAS INDÍGENAS DEMARCADAS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, no ato das disposições Constitucionais transitórias art.67 determina que em cinco anos todas as terras indígenas deveriam ter sido demarcadas a partir da promulgação da Constituição, mas infelizmente isso não ocorreu devido aos interesses de latifundiários e políticos contrários a essa efetivação de direitos.

O processo de demarcação possui várias etapas e procedimentos, como apresenta o site da FUNAI:

> "Delimitadas: Terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena.
>
> Declaradas: Terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento.
>
> Homologadas: Terras que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.
>
> Regularizadas: Terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União." (FUNAI,2020)

Como podemos ver na tabela abaixo, também apresentada no site da FUNAI, nove (9) TI foram homologadas, e atualmente quatrocentas e quarenta e uma (441) terras indígenas se encontram regularizadas, representando cerca de 12,2% do território nacional.

FASES DO PROCESSO	QUANTIDADE	SUPERFÍCIE (HÁ)
DELIMITADA	43	2.183.990,4500
DECLARADA	75	7.612.681,3759
HOMOLOGADA	9	334.546,3127
REGULARIZADA	441	106.948.034,6108
TOTAL	568	117.079.252,7494
EM ESTUDO	118	0,0000
PORTARIA DE INTERDIÇÃO	6	1.080.740,0000

Figura 1 (Quadro de Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas – FUNAI)8

8 Dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano de

Com o tempo, esses povos começaram a se organizar com novas alternativas de luta e resistência para não só sobreviverem, mas serem reconhecidos pelo Estado, organizando-se em associações, como apresenta a pesquisadora Araújo (2018, pg.488):

> No decorrer do século XX ocorreram muitas transformações positivas sobre a questão indígena brasileira, tanto na dimensão institucional de organização dos serviços de regularização das políticas como na atuação direta do Estado e dos órgãos de proteção em favor do avanço na legislação de proteção. Embora com elementos e instrumentos contraditórios, houve processos de mapeamento que favoreceram a visibilidade da presença indígena no território brasileiro, bem como, ainda que de forma limitada, a organização de dados e registros oficiais que dimensionaram a condição concreta da realidade dos povos.

Mesmo após todas as barbáries cometidas contra os povos indígenas do Brasil, muitos ainda conseguiram sobreviver e manter sua cultura viva e resistente à cultura do branco. Cada povo, de forma distinta, busca a sobrevivência trilhando caminhos diferentes de resistências.

De acordo com dados da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)[9] contabiliza-se aproximadamente 305 etnias de povos indígenas, preservando 274 línguas e totalizando 896,9 mil indígenas distribuídos em todo o território brasileiro em 688 terras e áreas urbanas.

A Constituição Federal de 1988 é um grande marco da proteção indígena trazendo uma grande mudança de paradigma, pois antes se abordava os direitos indígenas na lógica da "integração", na qual a população indígena deveria ser integrada a cultura considerada "abrangente". Atualmente, entende-se que os povos originários devem ser protegidos e reconhecidos pela sua diversidade cultural e modo de vida tradicional[10].

2010 disponíveis no site da FUNAI, 2016. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>

9 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao?limitstart=0#>

10 Segundo Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo VIII, Dos Índios da Carta Constitucional.

Dessa forma, Dodge (2018, p.8), no livro "Índios, direitos originários e territorialidade", apresenta as seguintes considerações sobre terras tradicionalmente ocupadas:

> Os direitos originários sobre as terras estão, pois, no centro dos direitos constitucionais dos índios há séculos, desde a origem do Brasil. São terras indígenas as tradicionalmente ocupadas pelos índios. É o que, sem inovar, esclarece a Constituição de 1988. Por isso, seguindo a tradição de seus usos, costumes e tradições, são indígenas as terras 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 a sua reprodução física e cultura.

Nossa Constituição Federal em seu artigo.231 disciplina:

> São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a natureza jurídica da demarcação se apresenta como declaratória, pois garante e assegura aos indígenas o direito a essas terras que são tradicionalmente ocupadas pelos mesmos. Em consonância a esse artigo, temos o art. 1º da lei n. 1775/1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcações das terras indígena, em que se é declarado como um ato administrativo e não constitutivo de direito, pois se trata de um direito originário:

> As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei n° 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto (BRASIL, 1996).

Além disso, a proteção das TI's e o direito à terra se tratam de cláusulas pétreas e relacionados aos Direitos Humanos, como apresentado por Daniel Sarmento na nota técnica a seguir:

> Afinal, para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o habitat, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio (SARMENTO, Daniel.2013, p.9)

Em conformidade as palavras de Darcy Ribeiro (1970, p.197) "a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios", o direito ao território é um direito humano garantido aos povos originários, pois se trata de um pressuposto indispensável a garantia da vida digna, direito à moradia e ao fortalecimento de suas identidades étnicas culturais.

Ainda assim pode-se alegar uma grande desigualdade e ameaças na efetividade desses direitos humanos e fundamentais estabelecidos. Tendo como grandes exemplos, os diversos casos de invasões nos territórios indígenas. Araújo (2018, p.484) aponta que isso ocorre em nome do grande capital nas investidas dos grandes empreendimentos (hidrelétricas, barragens, exploração de minérios, de madeira, entre tantos outros).

2. HISTÓRIA DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DA TI MYKY

Em relação às lutas empreendidas pelos povos indígenas no Brasil pelo reconhecimento e proteção da ordem jurídica nacional das suas terras indígenas é preciso enfatizar a resistência às agressões e violências que esses povos vivenciam não só pelos fazendeiros, posseiros, grileiros

da região, mas também por parte do próprio Estado quando se omite, e a demora nas demarcações não somente dão abertura a novas invasões, mas também negam seus direitos coletivos.

No Estado de Mato Grosso, durante a colonização e seu processo de ocupação, assim como em todos os outros estados brasileiros, ocorreram inúmeras violências realizadas contra os povos indígenas.

Santos (2006, p.17) aponta que, não se pode negar que a história é testemunha dos diversos atos desumanos realizados pelos colonizadores aos povos indígenas em seus próprios territórios, que resistiram durante anos à escravidão, genocídios, guerras entre outros conflitos gerados pelos invasores de suas terras.

De acordo com Santos (2006, p. 17):

> Não é que esses povos não conhecessem guerras, doenças, e outros males. A diferença é que nos anos da colonização portuguesa eles faziam parte de um projeto ambicioso de dominação cultural, econômica, política e militar do mundo, ou seja, um projeto político dos europeus, que os povos indígenas não conheciam e não podiam adivinhar qual fosse. Eles não eram capazes de entender a lógica das disputas territoriais como parte de um projeto civilizatório, de caráter mundial e centralizador, uma vez que só conheciam as experiências dos conflitos territoriais intertribais e interlocais.

Assim, essas condutas foram idealizadas seguindo uma lógica capitalista/consumista, pelos quais os povos eram retratados como indigentes e inferiores pelo seu modo de vida diverso, que não trariam nenhum meio de contribuição para a civilização pelos invasores repletos de orgulho e etnocentrismo. Mas também como o extermínio de muitos povos que ali viviam e mantinham sua cultura presente por anos, sendo vítimas de invasores pelo qual esse crime era realizado para se ocupar de suas terras.

De acordo com Araújo (2018, p.2):

> A invasão, ocupação e exploração do solo brasileiro foram e são determinantes para as transformações radicais que os po-

> vos originários passam no decorrer de cinco séculos. Um longo processo de devastação física e cultural eliminou grupos gigantescos e inúmeras etnias indígenas, especialmente através do rompimento histórico entre os índios e a terra.

A pesquisadora Araújo (2018, p.3) também relata a respeito da dimensão que a terra pode alcançar, o que ocasiona muitos conflitos:

> No caso específico da realidade brasileira, a terra, na sua dimensão política e econômica, é um bem que envolve muitas tensões e conflitos de disputa. Por se tratar de um meio de produção de riqueza bastante valioso, dispondo de diferentes possibilidades de exploração, o seu acesso, uso e apropriação são desiguais, envolvendo violência institucional, material e estratégias políticas que promovem concentração e expropriação.

No que se refere ao povo indígena Myky, situado no município de Brasnorte-MT, durante muito tempo enfrentaram/enfrentam diversas dificuldades por ataques de seringueiros, invasores de suas terras e massacres. O processo de homologação do território ocorreu no ano de 1987, primeira homologação, e atualmente se encontra em revisão de área com pedido de ampliação (em andamento), porém a etnia enfrenta desafios por conta de pressões por parte de fazendeiros e políticos que possuem terras em grande parte do território que originalmente pertence ao povo Myky.

Segundo o relatório circunstanciado, publicado no Diário oficial em 31 de outubro de 2007, seção 2, p.25, que institui o Grupo Técnico de Trabalho para execução do estudo necessário para a identificação do território Myky:

> O povo Myky pode ser caracterizado como povo amazônico de terra firme por ocupar, habitar e manejar tradicionalmente os ecossistemas florestais e aquáticos nas áreas das nascentes dos rios formadores da bacia do rio Tapajós na Amazônia meridional, região noroeste do Vale do Juruena, Estado de Mato

> Grosso. Segundo as diversas fontes históricas, o Povo Myky (literalmente "Gente") estava composto por três grupos: ***Myky da Mata*** (Myky do Escondido/ Myky) – em foco neste estudo, ***Myky do Cerrado*** (Myky do Cravari/Irantxe/Manoki) e um terceiro grupo extinto denominado ***Nahe***. De fato, tanto os Myky quanto os Irantxe se consideram integrantes de um mesmo povo, compartilhando uma mesma matriz linguística e sociocultural, ainda que identificados de modos distintos entre si (dialetos, domínios territoriais e técnicos particulares), regidos por *ethos* específicos, porém, filiados à uma mesma cosmovisão mantendo de modo estreito relações econômicas fundamentadas por laços de parentesco/trocas matrimoniais e práticas rituais. (MATO GROSSO, 2007,p.25)

De acordo com a OPAN, Operação Amazônia Nativa a respeito do povo Myky:

> Mantiveram-se em rotas de fuga permanente no interior das suas terras de ocupação tradicional, receosos e arredios ao contato durante quase todo o século XX. Este receio era decorrente da trágica depopulação vivida na metade do século. Foram dizimados por violentos massacres de seringueiros, registrados por Marechal Rondon em 1910, sofrendo os impactos diretos gerados pelas frentes pioneiras de expansão. Em um efeito dominó, a disputa por espaços, terras e recursos naturais deflagrou a intensificação dos conflitos Inter étnicos. Mortandade, fugas e dispersões passam a descrever a realidade do cotidiano vivenciado pelos Myky por quase duas décadas (dos anos 40 aos anos 60). Relatam sequestros e ataques, além dos óbitos resultantes de febres e doenças até então desconhecidas: sarampo, gripe e varíola. Estima-se que os Myky tenham sido reduzidos a apenas nove pessoas no final da década de 50. Hoje os Myky vivem juntos numa única aldeia e mantêm cultivos tradicionais em grandes roças comunitárias e familiares. São também extrativistas, caçam e pescam (OPAN. PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY, 2007, p.7)

De acordo com Cantini (2001, p.19), em uma entrevista feita com Xinui, assim conhecido na aldeia por "vovô", a respeito da etnohistória Myky:

> Primeiro branco matou na aldeia Tapuru. Era muita gente. Eu era do tamanho de Matyxizinho, carregada no peito, mamando. Todo mundo correu, fugiu. Eu era pequeno, mãe fugiu comigo. Era muita gente. Família de Jaukaí mataram toda. Mataram irmão de Wãtu, mas Wãtu ficou vivo. Ukhjamu não morreu, ficou vivo, Jaukai correu, fugiu não morreu. Outro irmão também mataram. Mataram a família toda. De lá do Tapuru, vieram para o mato. Outros, turma de Irantxe, porque primeiro era tudo junto fugiram para o Rio do Sangue. A turma de Irantxe era junto com Myky. Eles fugiram para lá (Rio do Sangue). Jamaxi seu xará, fugiu pra cá. Junto vieram para cá. Eles fugiram também. Fugiram uns para o mato e outros para o Rio do Sangue. Os brancos no massacre do Tapuru, atiraram dentro da casa, no milho, assim contaram pra mim. No massacre do Tapuru era muita gente. Eu ainda não sabia, eu era pequeno. Assim contaram para mim. Fugiram comigo. Nasci acho que lá mesmo (no Tapuru) Eu não sei em qual aldeia eu nasci. Primeiro morava no rio Cravari. Não sei se eu nasci na aldeia de baixo [...] Primeiro eu sozinho, depois minha irmã nasceu. Depois de fugir é que nasceu. Minha irmã casou com Uwymnã. Teve muitos filhos: Xinuxi, Wãtu, Kiwuxi, Kamâpa e Atuu. Você viu lá na Brasnorte, capoeira onde morei primeiro lá onde que é Brasnorte. Minha irmã morreu, só eu que estou vivendo. Depois que branco matou, aí esparramou. Tinha duas aldeias pra cima do Norato. Primeiro morava pra lá no cerrado depois veio pra cima do Norato. Pra cá da Brasnorte tinha capoeira grande, aí que a gente morava. Em cima, em baixo, no meio, a gente morava. Antes, morava pra baixo, no cerrado do Cravari (XINUI, 2001).

Segundo o relato de Xinui Myky, pode-se perceber que a história desse povo é marcada por atos violentos em que seu povo foi praticamente dizimado, como o massacre do córrego Tapuru, que os obriga-

ram a abandonar seu território para proteção da comunidade, buscando outras áreas para sobreviver.

Com base nos relatos e estudos sobre esse povo se faz necessário apresentar trechos do livro de Gestão Territorial do povo Myky organizado pela OPAN que foi utilizado para a demarcação atual da TI, pelo qual os próprios indígenas relatam sua percepção e preocupação com o futuro se tratando da realidade do entorno de seu território:

> Os brancos não conhecem nossos costumes, falam que temos muita terra e que somos preguiçosos. Não é verdade. Para falar com eles, eles precisam saber como é o nosso tempo, a nossa hora. Eles têm que nos conhecer para não acabar com a gente. Branco tem hora, cumpre horário olhando no relógio… antes não tinha branco…O branco não é dono das matas porque nós nascemos aqui. É nosso. Nós vivíamos com machado de pedra lascada e panela de barro, fogo de urucum. Primeiro, este mato era nosso. Agora só temos um pedaço. O mapa é importante para mostrar que o que a gente usa está lá fora. Festa, escola, artesanato. Dependemos da terra em estudo, taquara, panela de barro. Queremos fortalecer a nossa cultura, para Jetá ficar mais forte. Com o desmatamento, não tem como respeitar o lugar dos espíritos. Nossa caça está fora, em terra de fazendeiro que tranca estrada, não deixa mais passar. Isso atrapalha. Vai ficando mais difícil o processo. A gente tem dificuldade, mas luta. A luta une a gente. Por isso estamos montando o plano de gestão. A união do povo depende da gente mesmo, de como vamos organizar nossas agendas de fora, participar das reuniões e conversar mais entre a gente para sempre continuar pensando junto. Temos que ter coragem e buscar esse caminho para o Estado reconhecer nosso jeito de fazer, de respeitar nossa cultura (OPAN. PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY, 2007, p.7)

Assim, conforme o relato, muitas fazendas circundam o território indígena demarcado e a revisão desse processo se dá justamente porque vários espaços que são importantes para a manutenção da cultura indígena ficaram de fora da terra demarcada.

A seguir, apresenta-se o mapa do território tradicional do povo Myky:

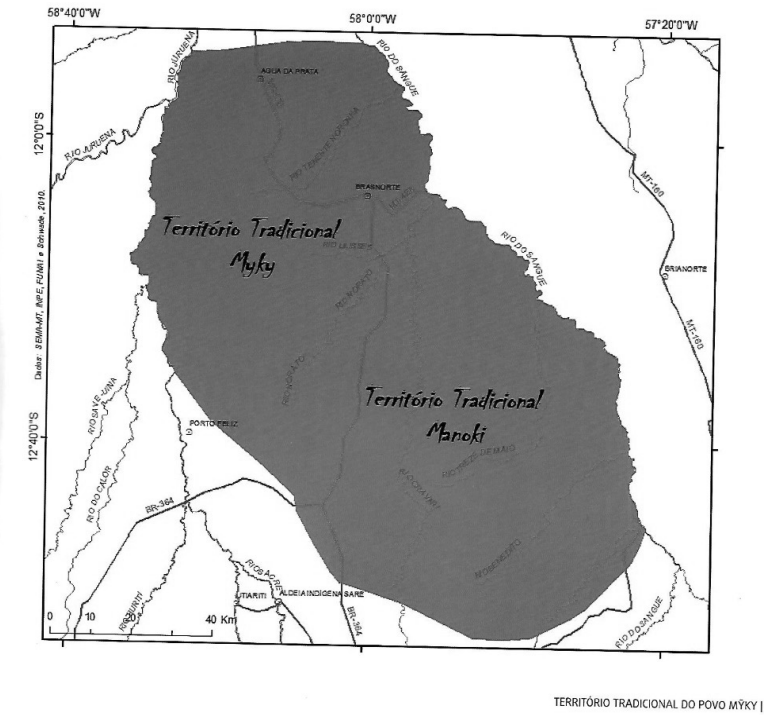


Figura 1- Território Myky (Plano de Gestão Territorial MYKY,2012,p.11)

Mesmo com seu território atualmente demarcado, desde os anos oitenta, do século XX, o povo Myky reivindica a demarcação de duas áreas que ficaram de fora da primeira demarcação: a do Tucum e Castanhal, pois no período a demarcação da TI foi feita ás pressas e sem critérios técnicos (Reconhecido pelo TRF1[11]) , tendo desconsiderado grande parte de áreas tradicionalmente ocupadas por eles. Portanto, sendo a área demarcada insuficiente para a comunidade, a FUNAI criou os GT (Grupo de Trabalho) pelo qual realizaram a revisão das áreas reivindicadas.

11 Disponível em: https://racismoambiental.net.br/2018/04/27/trf1-determina-ampliacao-da-terra-indigena-menku-em-mato-grosso/.

Assim, com o processo adjunto ao Ministério Público que solicita a ampliação do território iniciado há vários anos, só foi acolhido pelo Tribunal Regional Superior no ano de 2018. Vale ressaltar que, o território já é considerado como tradicional desde o ano de 2012 pela FUNAI, contendo diversos documentos que demonstram a importância da homologação do território, sendo inegável o direito que esse povo tem ao território.

Partindo deste contexto, os Myky em seu plano de gestão territorial abordam "Tanto a roça quanto os rituais realizados pelos Myky dependem diretamente do resultado dos acampamentos, sobretudo, os de caça e castanha" (OPAN, PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY,2012,p.13)".

A terra indígena Myky, demarcada em 1987 foi custeada por um fazendeiro da região que disputava as áreas com os indígenas e foram excluídas parcelas significativas da área tradicionalmente ocupada pelo povo Myky. Segundo o site [12]Combate Racismo Ambiental:

> A demarcação foi efetuada pelo citado fazendeiro, em 1978, sem qualquer estudo técnico especializado, em flagrante desacordo com o Decreto nº 76.999/1972, excluindo-se parcelas significativas da área tradicionalmente ocupada pelos Myky. Homologou-se uma terra indígena insuficiente para a reprodução física e cultural desta sociedade indígena, negligenciando-se, portanto, os preceitos constitucionais vigentes (SITE: COMBATE RACISMO AMBIENTAL,2018)

A preocupação com o futuro e o bem-viver na aldeia MYKY é claramente apresentada pelos indígenas em seu plano de gestão territorial:

> Vocês vieram para cá e estão vendo essa tristeza de tanto esperar e toda essa destruição. Eu morei no grupo que estava lá perto das terras onde hoje é Juína. Lá não tinha nada não, era aldeia nossa. Foi muito depois que veio estrada e trancou nossas passa-

12 Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2018/04/27/trf1-determina-ampliacao-da-terra-indigena-menku-em-mato-grosso/>

> gens. Foi tudo ficando cercado. Tinha caça, peixe, tudo. Hoje em dia não tem nada, tem fazendeiro. Hoje, tudo limpo. Tudo ocupado e ainda tocam fogo! E aqui a gente foi sendo empurrado pro Cerrado. Muita tristeza na nossa história. Agora é só lembrança, acabou tudo. Por causa de dinheiro tiraram tudo. E a terra não sai nunca, aí é que não vai sobrar nada mesmo. Um dia eu vou morrer, nós, velhos. O que vai ficar para os novos? Já tô velho e tô esperando. Continuo lutando!
>
> (OPAN, PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY,2012,p.18)

Abaixo, algumas paisagens do entorno do território MYKY no ano de 2012 demonstrando a grande presença do agronegócio:

Figura 2- Plano de Gestão territorial MYKY (2012,pg.21)

Pode-se relatar a extensa presença da pecuária em proximidade ao território Myky, como também o desmatamento, que afeta diretamente o bem-viver dos indígenas ocasionando alterações ambientais de difícil reversão.

A respeito do entorno de seu território os indígenas relatam:

> Não há bem-viver, desmata, não conserva, acaba com tudo. Derruba para plantar, desmata cabeceira para fazer lavoura. Estamos cercados de lavouras contaminadas por veneno. Nós cuidamos do nosso ambiente. Branco fala que não cuidamos, mas todos nos cuidamos da natureza, conservamos. Fazemos roça sim, mas de toco, machado (OPAN, PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY,2012,p.25).

Segundo o site de mapa de conflitos da Fiocruz[13] sobre o território Myky "A área demarcada possui uma extensão total de 47.094 hectares e, com a revisão dos limites da demarcação reivindicada pelos Myky, incorporaria mais 100 mil hectares, passando a ter cerca de 150 mil hectares. "

3. O GOVERNO BOLSONARO E A INSTRUÇÃO NORMATIVA N°9 DA FUNAI

O atual governo brasileiro, liderado pelo Presidente Jair Messias Bolsonaro, eleito em 2019, se tornou um dos grandes responsáveis por essa política genocida que é indiferente para com os povos originários, pelo qual o mesmo relata em entrevistas: "Se depender de mim, não vamos ter mais demarcação de terras indígenas no Brasil". O presidente também se apodera de um discurso ditatorial, semelhante a discursos adotados pelo período da ditadura Militar do país (1964-1985) pelo qual dizia que os índios devem ser "integrados" à sociedade. Ademais, Bolsonaro é responsável por diversos ataques a nossos povos ancestrais

13 Disponível em: <http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/?conflito=mt-povos-indigenas-myky-reivindicam-ampliacao-dos-limites-de-seu-territorio-para-corrigir-erros-da-primeira-demarcacao>.

para atender interesses de grandes empresários e fazendeiros, pois com seu discurso anti-indigena a violência acaba sendo legitimada.

Segundo Sônia Guajajara, uma das maiores lideranças indígenas do Brasil, em uma entrevista[14] relata:

> O governo Bolsonaro tem feito uma agenda totalmente destrutiva e que favorece todos esses grupos que historicamente desmataram, exploraram. Bolsonaro é um porta-voz oficial das mineradoras, do agronegócio e do desmatamento. A nossa demanda é por demarcação dos territórios indígenas. Esse é o ponto principal. Porque Bolsonaro, desde o início da campanha, já posicionava que não ia demarcar nenhum centímetro de terra indígena. Ele dizia no governo dele não haverá nenhum centímetro de terra indígena para índio, né? Então ele está cumprindo isso já na prática. Ele não só não está demarcando, mas está revendo territórios já demarcados e está negando atendimento para povos indígenas que estão em áreas ainda não regularizadas. Para nós, isso é um genocídio declarado. É um genocídio programado (UOL, 2019).

Por conseguinte, no dia 16 de abril de 2020, foi publicado pelo Presidente da FUNAI Marcelo Augusto Xavier da Silva, a Instrução Normativa nº 9, pelo qual tem como objetivo a análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados. Essa normativa traz consigo afrontas ao texto constitucional, como também um desserviço para a pacificação de conflitos pela terra envolvendo os povos originários.

Decorrente a essa normativa, o Ministério Público Federal se manifestou contrário, adentrando com uma ação civil pública em face da FUNAI e INCRA, pela qual pretende manter e assegurar a inclusão de todas as terras indígenas do Estado de Mato Grosso no SIGEF e no SICAR, ainda que o processo de demarcação não esteja concluído. Como apresentado na decisão:

14 Disponível em: https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2019/12/11/sonia-guajajara.htm.

> O direito dos povos indígenas às suas terras de ocupação tradicional configura-se como um direito ORIGINÁRIO e, consequentemente, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas se reveste de natureza meramente DECLARATÓRIA. Portanto, a terra indígena não é CRIADA por ato constitutivo, e sim reconhecida a partir de requisitos técnicos e legais, nos termos da Constituição Federal de 1988 (JUSTIÇA FEDERAL, DECISÃO LIMINAR, 2020, pg.8) (grifo nosso).

Ou seja, essa medida administrativa agrava ainda mais os conflitos socioambientais existentes no Brasil, pois tenta transmutar a natureza jurídica das demarcações, além de violar os direitos originários protegidos pela Constituição Federal.

Ressaltamos ainda que a Amazônia brasileira se encontra em um cenário preocupante de desmatamentos e queimadas em razão da grilagem, resultado de cinco séculos de ocupação desordenada no Brasil. A grilagem se trata do roubo de terras públicas que são invadidas pelos chamados "grileiros" e desmatadas, para que posteriormente os mesmos reclamem sua propriedade. Em 2012, com a criação do novo Código Florestal, foi feito o CAR (Cadastro Rural), com ele surgem diversos problemas como a auto declaração e a pouca fiscalização abrindo caminho para diversas práticas ilegais, dentre elas o incentivo ao mercado ilegal de terras.

Em dezembro de 2019, o presidente Bolsonaro assinou a Medida Provisória n°910 que visa a regularização fundiária que ficou conhecida como "MP da grilagem", alterando a Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, e no ano de 2020 passa a ser PL 2633/2020. Essa medida articulada entre o governo e ruralistas abrirá caminhos para grandes produtores que se apossam de forma irregular de terras públicas, como também irá intensificar o desmatamento e violência no campo contra os povos e comunidades tradicionais. Se tratando ao povo Myky, essa medida agravará a situação territorial, pois os mesmos já enfrentam diversos ataques por parte de fazendeiros que se encontram no entorno de suas terras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados, a relação dos direitos fundamentais com a demarcação e ampliação do território indígena Myky é um passo fundamental para a solução dos conflitos e proteção da cultura indígena e questão de sobrevivência cultural e física desse povo. A Constituição afirma que uma das principais formas de autonomia dos indígenas é o território para realizarem suas atividades produtivas e de bem-viver. Segundo a FUNAI[15], a garantia da diversidade étnica e cultural, se dá através da demarcação:

> A demarcação das terras indígenas também beneficia, indiretamente, a sociedade de forma geral, visto que a garantia e a efetivação dos direitos territoriais dos povos indígenas contribuem para a construção de uma sociedade pluriétnica e multicultural. Ademais, a proteção ao patrimônio histórico e cultural brasileiro é dever da União e das Unidades Federadas, conforme disposto no Art. 24, inciso VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. As terras indígenas são áreas fundamentais para a reprodução física e cultural dos povos indígenas, com a manutenção de seus modos de vida tradicionais, saberes e expressões culturais únicos, enriquecendo o patrimônio cultural brasileiro (FUNAI, 2020, p.1).

Para os povos indígenas, a demarcação territorial é de suma importância para manter sua cultura viva como foi apresentado no plano de gestão territorial Myky, que sua subsistência depende tanto da roça quanto dos rituais realizados, que diretamente dependem dos resultados de acampamentos e caças realizadas em seu território. Mas também diz respeito à proteção do meio ambiente, pois segundo dados PPCDAM – Plano de prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia, 2004-2016, as áreas mais protegidas e preservadas são os territórios indígenas e as áreas de conservação.

15 Disponível em: < http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20>.

Assim, podemos concluir que a demarcação e homologação do território indígena Myky é de suma importância para a resistência desse povo, seus modos de vida tradicionais e cultura única e essas demarcações também contribuem com um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as atuais e futuras gerações conforme já preceituado no art.225 da Constituição Federal de 1988.

Além disso, pode-se concluir que a Instrução normativa n°9 editada pela FUNAI contém um enorme desprezo ao texto constitucional vigente e não devemos nos calar diante a essas inserções ao direito, que se torna cada vez mais exacerbado em nosso país, nos arriscando ao retrocesso jurídico. A normativa faz valer um suposto direito sobre áreas reivindicadas pelos indígenas e que os mesmos têm direito para que particulares tenham proteção, porque o direito originário já foi reconhecido e a demarcação é apenas um ato declaratório.

Ademais, é notória a omissão do Estado em demarcar e homologar as terras indígenas que possuem proteção Constitucional conforme o art.231, e que ocorre pela ausência de providencias administrativas por parte do mesmo em dar continuidade e finalizar os processos demarcatórios. Como exemplo, a TI Myky em que se encontra em processo de ampliação e que está sendo invadida quase totalmente por propriedades e é objeto de pretensão de certificação.

Em relação a PL 2.633/2020, editada após a MP 910, em seu texto fica explícito a regulamentação de terras federais irregularmente ocupadas. Essa medida fomentará as invasões e o desmatamento generalizado permitindo que pessoas ocupem esses territórios, somadas a falta de fiscalização dos órgãos federais sobre a produtividade e respeito a legislação Ambiental, territórios pelos quais poderiam inclusive serem destinados à reforma agrária. Dessa forma, a partir da omissão da fiscalização do Estado é perceptível que ainda existe um mercado ilegal de terras e de uma base legislativa federal ruralista, anti-ambientalista, e fortemente anti-indígena que vai ao encontro das ações do Poder Executivo Federal.

Quanto ao futuro da política indigenista, ante ao quadro de violações de direitos humanos e fundamentais, é necessária uma articulação desses povos em conjunto com a sociedade envolvente

para o reestabelecimento de políticas públicas que protejam esses direitos. Sabe-se que as estruturas políticas e econômicas apontam diretamente para um direito absoluto, que foi construído ao arrepio da lei e com apoio do Estado, e um dos desdobramentos dessa crise é a revelação da faceta mais cruel do Estado quanto às violações e omissões empreendidas.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz; Índios: Direitos originários e territorialidade. 1 ed. Brasília: ANPR. 2018. P.1-517.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm .

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.775**, de 9 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF: 9 jan. 1996.

BRASIL. **Relatório Circunstanciado ao Estudo de Identificação de Limites da T.I. Menkü.** 2007. Publicada no Diário oficial em 31 de outubro de 2007, seção 2, p.25.

CANTINI, Gianpaolo Primo Pietro. **Etnohistória MYKY**. 2007. Pg102. Monografia apresentada na Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT) para conclusão da graduação no curso de licenciatura plena em História.

FUNAI. **Quem São**. Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20). Acesso em: 15 mai. 2019.

FUNAI. **Terras Indígenas**. Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas. Acesso em: 7 mai. 2019.

FUNAI. **Política Indigenista**. Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista?start=4. Acesso em: 7 mai. 2019.

LUCIANO, G. D. S; **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Edição. Brasília: Ministério da Educação, 2006. p. 1-236.

MYKY, POVO; **PLANO DE GESTÃO TERRITORIAL MYKY**: Myky. Vale do rio juruena. 1. ed: OPAN, 2012. p. 4-90.

MAPA DE CONFLITOS ENVOLVENDO INJUSTIÇA AMBIENTAL E SAÚDE NO BRASIL. MT – Povos indígenas Myky reivindicam ampliação dos limites de seu território para corrigir erros da primeira demarcação. Disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/?conflito=mt-povos-indigenas-myky-reivindicam-ampliacao-dos-limites-de-seu-territorio-para-corrigir-erros-da-primeira-demarcacao. Acesso em: 5 jun. 2019.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal.** Disponível em: http://www.mma.gov.br/informma/item/616-preven%C3%A7%C3%A3o-e-controle-do-desmatamento-na-amaz%C3%B4nia. Acesso em: 27 jun. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA/ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (Brasil). PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 9, DE 16 DE ABRIL DE 2020.** Aprova o Regimento Interno do Conselho Estadual de Saúde. Diário Oficial da União: Disciplina o requerimento, análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados., Brasil: Imprensa nacional, p. 1, 22 abr. 2020.

OPAN. **MYKY**. Disponível em: https://amazonianativa.org.br/myky/. Acesso em: 13 maio. 2019.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das Populações indígenas no Brasil moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

LUCIANO, G. D. S; **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Edição. Brasília: Ministério da Educação, 2006. p. 1-236.

SARMENTO, Daniel. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas**. Rio de Janeiro, 03 de setembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; **A eficácia dos direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11°. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2012. p. 1-458.

SILVA, E. C. D. A. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**: Indigenous peoples and the right to land in Brazilian reality. São Paulo, Volume, n. 133, p. 480-500, dez. /2018. Disponível em: fi-le:///C:/Users/Kamu/Documents/direito/4%20semestre]/fundamentais/artigo%20-%20modelo%20-%20indigenas.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

A DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO AUTÔNOMO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA PROPOSTA A PARTIR DO PENSAMENTO DE RAWLS

Cláudia Albuquerque

INTRODUÇÃO

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como acolhido pelas constituições contemporâneas pressupõe o estudo da noção de dignidade humana como produto da evolução milenar do pensamento, carregado de matizes histórico, religioso, moral, filosófico e político e a identificação das dimensões em que ela se projeta. A isso foram dedicados os dois primeiros capítulos deste trabalho.

Os capítulos finais investigaram o fundamento do princípio, a partir do qual foram estabelecidos critérios para determinação do seu conteúdo normativo autônomo, construído à base da consensualidade, segundo um pluralismo razoável, inspirado no pensamento de Rawls, visando-se à obtenção de sua operatividade útil e efetiva, apta a blindá-lo contra a banalização e uso redundante e manipulação ideológica, recorrendo-se à estratégia de um preenchimento pela via negativa, identificando o núcleo violável da dignidade humana.

1 A CONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

As Constituições promulgadas após a II Guerra Mundial, em sua maioria, atribuíram à dignidade humana status jurídico constitucional, elevando-a à grandeza de princípio supremo.

Contudo, a compreensão do conceito de dignidade humana não pode ser feita meramente à luz da interpretação de texto constitucional ou legal, distanciada dos vários níveis, histórico, religioso, ético, moral, filosófico e político que estão nas raízes de sua formação como resultado de uma evolução milenar do pensamento que, coberta com uma roupagem jurídica, transforma-se em princípio e é albergado pelas Cartas constitucionais contemporâneas.

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FILOSÓFICA DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

A despeito de dignidade provir de *dignitas*, remontando à Roma antiga, é praticamente consenso que o conteúdo material da dignidade da pessoa humana não evoluiu do conceito antigo de dignidade (BARROSO, 2016), posto que pressupunha privilégios e, portanto, desigualdades, incompatíveis com uma sociedade democrática, cultora da igual dignidade, carregada de sentido ontológico que a torna imprescritível, inalienável, irrenunciável, imperdível e universal.

A partir da Idade Média, a crença judaico-cristã legou grande contribuição à formação do conceito de dignidade humana, introduzindo nuance antropocêntrica, ao conceber a superioridade do homem no plano da criação divina, atrelada à ideia de ser criado à imagem e semelhança de Deus, possuidor de livre arbítrio.

O processo de laicização da dignidade humana tem início com Pico Della Mirandola, nos primórdios da Idade Moderna, com seu Discurso sobre a Dignidade do Homem, em que elabora teoria acerca da dignidade humana, consoante a qual dentre os integrantes da criação de Deus, o homem é o único ser que nasce sem natureza definida

e possui arbítrio para se tonar artífice e soberano daquilo que desejar ser (MIRANDOLA, 2011).

Finalmente, é com Kant que se completa a secularização do conceito de dignidade humana, partindo da ideia da natureza racional do homem que o torna apto a livremente autodeterminar-se, no reino dos fins, conforme uma lei moral universal. Tal condição atribui à pessoa um valor intrínseco que a torna um fim em si mesmo, insubstituível e insuscetível de ser trocada por qualquer preço, nunca se admitindo seja tratada ou venha a se tratar como um meio para servir aos interesses de outrem (KANT, 2018). Daí resulta a proibição de instrumentalização do ser humano por ele próprio ou por terceiros, impositiva como um *dever virtuoso.*

1.2 A INTRODUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

É possível afirmar que o conceito de dignidade da pessoa humana, acolhido na ordem constitucional contemporânea, desenvolveu-se a partir da concepção kantiana de dignidade humana, transformando o dever virtuoso em *dever jurídico*, nascendo seu *sentido normativo* de uma releitura, de viés democrático da autonomia individual, considerando a condição de ser racional da pessoa, dotada de autonomia para realizar escolhas segundo padrões morais que elegeu, capaz de responder pelos seus atos perante as demais, possuidoras de igual dignidade.

No pós II Guerra Mundial, a perplexidade pelas atrocidades praticadas no conflito, mobilizou as Nações, ante o despertar da consciência de que a tutela da dignidade humana era medida imperiosa. De primordial importância a iniciativa da ONU cuja Carta de constituição, já no preâmbulo, ratifica a fé na dignidade e no valor da pessoa humana.

Posteriormente, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH, ONU, 1948), no preâmbulo, proclama a dignidade de todos os seres humanos, afirmando a existência da família humana, cujos membros titulam iguais direitos, considerando essa a essência da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Tal disposição em cote-

jo com a primeira parte do *caput* do art. 1º, o qual reconhece todos os seres humanos como livres e iguais tanto em direitos quanto em dignidade, a partir do nascimento, torna inequívoco que a dignidade é atributo da *pessoa* pelo simples fato de sê-lo, pela sua humanidade. Em harmonia com o Preâmbulo, o capítulo inaugural da DUDH concebeu o homem, vivendo fraternalmente um com os outros, em ambiente de reconhecimento e respeito recíprocos, ao feitio da doutrina kantiana (KANT, 2013).

A Declaração, considerando o homem enquanto ser inserido no ambiente social, reconheceu-lhe direito à segurança social assegurada em comunhão de esforços entre o Estado e a comunidade internacional, na proporção das condições financeiras de cada País, sob o aspecto da realização de seus direitos econômicos, sociais e culturais, condição *sine qua non* para satisfazer a sua dignidade e, bem assim, ao *livre desenvolvimento de sua personalidade*, conforme art. 22º.

A partir desse relevante marco, a dignidade humana foi amplamente recepcionada na ordem constitucional de inúmeros Países, sob inspiração da Lei Federal de Bonn, de 1949, e guindada a princípio supremo e inviolável, consagrada, igualmente, pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

A barbárie do conflito internacional protagonizada pelo Ocidente e a consciência de que era imprescindível inaugurar uma nova ordem mundial, voltada para o primado da pessoa humana sobre o Estado e edificada a partir de três noções: igual dignidade, liberdade e autonomia pessoal, definiram o sentido de dignidade humana, que conquistou o *status* de princípio na ordem jurídica contemporânea.

2 AS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em breves linhas, já expostas as bases históricas e filosóficas da dignidade humana, necessário o entendimento das dimensões nela abrangidas, enquanto princípio jurídico.

O prestigiado constitucionalista Canotilho (2007, v. 1) identifica na dignidade da pessoa humana três dimensões: dignidade como dimensão intrínseca do ser humano; dignidade como dimensão aberta

e carecedora de prestações e dignidade como expressão de reconhecimento recíproco, passando-se ao exame de cada uma delas.

2.1 DIGNIDADE NA DIMENSÃO INTRÍNSECA DO SER HUMANO

A dignidade nessa dimensão está intimamente relacionada com a liberdade inerente à natureza humana, de decidir sua vida em conformidade com o projeto que o indivíduo para si escolheu, consoante uma plataforma de valores que elegeu, desde que não prejudique a terceiros. Encontra estreita correspondência com o livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 22 da DUDH (ONU, 1948).

A dignidade humana compreende uma concepção personicêntrica, definindo-se a pessoa a que ela se refere, a partir do preceito constante do art. 1º da DUDH, cujo critério distintivo é a *razão e a consciência,* considerando Miranda (2000, v. 4) ser esse o elo comum, universalizante e suficiente à definição, tornando insignificantes quaisquer diferenças, bastando para sintetizar a igualdade entre os seres humanos.

Embora não desconsiderando os atributos intelectuais dos seres humanos, Novais (2018, v. 2) pondera que a eles não se restringem os traços que singularizam qualificadamente o homem em relação a outras espécies, aduzindo a aptidão para se descontinuar parcialmente da natureza, expressa na capacidade de transcendência a significar a consciência de si mesmo e de sua identidade e na possiblidade de olhar o seu passado e planejar o seu futuro, investindo-se da condição de sujeito de sua própria vida.

A pessoa a qual é conferida proteção é a pessoa concretamente considerada, independente do gênero, nascida ou somente concebida, integrada em uma comunidade, situada na História. É também aquela que é um fim em si mesmo, que precede à organização política e é sujeito de relações jurídico-sociais, que jamais poderá ser coisificada e tampouco poderá ter seus interesses imolados em nome de bens coletivos (MIRANDA, 1999), pois o valor supremo habita na pessoa e não na comunidade.

2.2 A DIGNIDADE HUMANA RELACIONADA A PRESTAÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS

Nessa dimensão, a dignidade da pessoa humana guarda relação com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CANOTILHO; MOREIRA, 2007), que se traduz em uma democracia econômica, social e cultural, impondo ao Estado a tarefa fundamental de promover o bem estar, qualidade de vida e igualdade material, por via da realização dos direitos econômicos, sociais e ambientais. Está associada à realização de ações consagradoras de justiça social, expressando solidariedade e espírito inclusivo por promover a libertação da necessidade pela garantia das condições dignas de vida a cargo do Estado e, em certa medida, do particular.

2.3 DIGNIDADE COMO MANIFESTAÇÃO DE RECIPROCIDADE

É decorrência lógica da ideia de igual dignidade que a dignidade de um supõe a dos demais. Ou seja, essa dimensão leva em consideração o ser humano integrado em seu contexto social, numa perspectiva intersubjetiva, adequada ao pleno desenvolvimento da personalidade.

A convivência no grupo social torna-se viável na medida em que consagradas a empatia e a reciprocidade moral como regras fundamentais e que devem advir de uma obrigação espontaneamente assumida por cada pessoa de não infligir a alguém, o mal que não gostaria que lhe fosse imposto. Equivale a ter a capacidade de trocar de posição com o outro e renunciando aos próprios interesses em prol de um ideal de justiça.

3 A IDENTIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRESSUPOSTO PARA DEFINIÇÃO DE SEU CONTEÚDO NORMATIVO AUTÔNOMO

O debate sobre o conteúdo normativo autônomo do princípio da dignidade da pessoa humana, emerge da necessidade de resposta a alguns questionamentos acerca do princípio, antecedendo a todos os outros, esclarecer se efetivamente ele é indispensável para solucionar

indagações jurídicas e, em caso positivo, se consubstancia o único meio idôneo para, frente a determinadas circunstâncias, resolver uma controvérsia jurídica, correspondendo às expectativas de segurança, previsibilidade e justiça, na medida do esperável no Estado de Direito. Significa perguntar se há casos em que normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais são destituídas de aptidão para oferecer proteção suficiente a bens e valores, de modo a ser essencial convocar o princípio maior para obter a tutela pretendida.

A íntima e indissociável ligação entre dignidade humana e direitos fundamentais ocupa a base dessas indagações, na medida em que se considere que em proporções variáveis os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana que se traduz no direito a ser titular de direitos fundamentais e se realiza e adquire efetividade por meio deles (SARLET, 2018b).

Assim, crucial a necessidade de definição do sentido concreto do princípio para a apropriada operacionalização de seu conteúdo normativo autônomo, de vez que se cuida de norma central, estruturante das normas de direitos fundamentais, importando, pois, blinda-lo contra o risco de inconveniente manipulação ideológica de seu conceito ou de politização do texto constitucional, que não se coadunam com o Estado de Direito, do qual o princípio é importante expressão material (GOUVEIA, 2011, v. 2).

Sabe-se que não foi o propósito de resguardo dos nobres atributos inatos do ser humano a razão pela qual lhe foi outorgado estatuto especial, até porque a tutela jurídica da dignidade humana surge para protegê-lo do risco de desumanização que demostrou ser capaz de causar à espécie, evidenciado no último conflito internacional. Essa constatação torna imperiosa a tarefa de investigar o fundamento do princípio supremo, que é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado democrático de direito

3.1 O SENTIDO DE JUSTIÇA COMO FUNDAMENTO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A tarefa de identificar o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana, deve à partida, levar em conta que todos os se-

res humanos trazem intrinsecamente a humanidade e possuem igual dignidade, e não por outra, essa é a primeira razão pela qual o princípio está consagrado na condição de sobreprincípio em diversas Cartas constitucionais. Todavia, o mero enunciado do princípio no texto constitucional expressa apenas o reconhecimento social ou o juízo de valor acerca da dignidade humana, tornado imprescindível realizar o preenchimento normativo do princípio, assim como, definir seus efeitos jurídicos.

O sentido de justiça desponta como a chave para essa indagação, sendo ele o veículo responsável por mudar, sustentar e alterar o sentido normativo de dignidade humana reinante em dado momento. Em outras palavras, o sentido de justiça é o fundamento da dignidade humana que nasce e é influenciado por uma permanente interação social que dá origem a um processo evolutivo, cujo ritmo é mais veloz em se tratando de sociedade plurais e abertas, em constantes transformações. Esse processo evolutivo deve se desenvolver partindo de um paradigma de reciprocidade moral que inclui a capacidade de se colocar no lugar do outro (RAWLS, 2016) e, além disso, nutrir sensibilidade pelos interesses e necessidades dos demais e tornar-se responsável por seu destino.

É por meio dos princípios constitucionais que o senso de justiça se realiza, especialmente o da dignidade da pessoa humana, ao qual proporciona fundamento, definindo seu conteúdo normativo. Mister destacar que, inobstante o sentido de justiça ceda fundamento ao princípio da dignidade da pessoa humana, a partir daí o princípio passa a ter natureza e conteúdo autônomos e efeitos jurídicos próprios, a exemplo do que ocorre na relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e outros princípios para os quais outorga fundamento, como na hipótese dos princípios da igualdade e proporcionalidade (NOVAIS, 2018, v. 2).

3.2 O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS PARA DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO AUTÔNOMO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na condição de princípio supremo, o princípio da dignidade da pessoa humana exige a determinação do seu sentido normativo autô-

nomo, empreitada difícil de ser levada a termo diante das controvérsias em torno do tema. A despeito disso, imprescindível envidar todo esforço possível, porquanto dada a sua magnitude não pode ser limitado a simples argumento de autoridade, destituído de qualquer justificativa para seu emprego em certos casos. Ou seja, ao princípio estruturante da ordem jurídica não pode ser reservada mera função retórica e redundante dos direitos fundamentais ou, em termos opostos, sua conversão em recurso para fazer prevalecer convicções de uns, subjugando a de outros. A desafiadora tarefa de identificar um conteúdo normativo útil, efetivo e não fracional, requer a escolha de alguns critérios, para assegurar o êxito pretendido.

A primeira das regras a ser utilizada é a aplicação contida do princípio. Importa dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ter seu uso circunscrito a casos excepcionais, limitando-se aos direitos fundamentais específicos o cumprimento de sua vocação própria, isto é, proteger os interesses individuais, nos mais variados âmbitos da liberdade, autonomia e bem-estar. Note-se que o princípio da dignidade humana não confere proteção específica ou exclusivamente a qualquer bem, que já é protegido por algum direito fundamental ou por outro princípio constitucional.

No âmbito da aplicação contida do princípio da dignidade da pessoa humana, dois são os modos de aplicação: a *aplicação subsidiária* e a *aplicação incremental*. Na primeira hipótese, o princípio é convocado sempre que inexistir um princípio ou direito fundamental próprio, apto para proteger certo bem ou interesse. No último caso, a invocação do princípio decorre de situação de ofensa demasiadamente grave a bem jurídico que, embora protegido por direito fundamental, somente é expressável por meio do princípio a exigir sua aplicação como reforço de proteção. São casos em que o princípio da dignidade da pessoa humana é convocado a atuar como limite aos limites dos direitos fundamentais, garantindo a eficácia dos direitos fundamentais em todas as suas perspectivas e funções (SARLET, 2018a).

A restrição da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a casos excepcionais, confere-lhe sentido útil e efetivo, além de imunizá-lo contra a banalização e degradação, erradicando seu uso

como simples petição de princípio (BARRETO, 2013). A indesejável extensão dos limites normativos do princípio, ao mesmo tempo em que ensejaria uma inútil redundância poderia permitir o uso inadequado do princípio em sentido contrário, em oposição aos direitos fundamentais.

Outro inconveniente da elasticidade do sentido normativo do princípio da dignidade da pessoa humana é que seu aleatório emprego pode favorecer uma atuação ativista, ultrapassando os limites da função jurisdicional, comprometendo o princípio da Separação dos Poderes.

Revela-se, pois, de fundamental importância identificar com clareza e precisão o conteúdo normativo autônomo do princípio, a partir da fixação de critérios abstratos, norteadores da constatação de possível ofensa à dignidade humana. No contexto do Estado democrático de direito, esse conteúdo não deverá contemplar uma visão particular, daí por que deve ser estudado fora de um sistema fechado, como de matriz religiosa ou à vista de um único pensamento filosófico ou ideológico, sob risco de expressar uma posição facetada e controvertida do princípio, por prescindir de uma consensualidade compartilhada (NOVAIS, 2018, v. 1, p. 25). Não sem razão, Canotilho apregoa que crentes e ateus estão unidos em torno do "[...] reconhecimento fundante da liberdade digna e a dignidade livre do homem contra a ortodoxia histórica de unificação e instrumentalização humanas [...]" (CANOTILHO, 2017, p. 180).

Reconhecer que o Estado democrático contemporâneo consubstancia uma sociedade aberta, torna cogente que o conteúdo normativo do princípio guarde simetria com esse formato, devendo ser abrangente, inclusivo, aberto e dinâmico, ancorado numa base consensual que reúna todas as correntes de pensamento à luz de um *pluralismo razoável* (RAWLS, 2000), nos termos propostos por Rawls.

A menção a todas as correntes de pensamento não importa na inclusão das que perfilhem orientações desprovidas de razoabilidade, donde, posições que a princípio não admitam a igual dignidade dos seres humanos, em decorrência de sua falta de razoabilidade, são suprimidas do "[...] círculo de razoabilidade dialógica [...]" (NOVAIS, 2018, v. 2, p. 84).

A base consensual impede que o grupo político dominante apodere-se do princípio, protegendo-o contra a manipulação, quiçá resultante do preenchimento positivo do seu conteúdo com convicções particulares, tornando-as oficiais, com a consequente imposição dessas concepções, excludentes de todas as outras, cujos nefastos resultados são o dissenso e a disputa, a colocar sob ameaça a estabilidade do Estado de Direito. Ademais, a definição do sentido concreto do princípio a partir do consenso amparado no pluralismo razoável elimina o risco de insegurança jurídica, na medida em que o protege do arbítrio, decisionismo e subjetivismo. A par disso, o consenso amplia a participação na construção do conceito constitucional de dignidade humana, valorizando a soberania popular.

A noção de pluralismo razoável considera que numa sociedade há diversas concepções de justiça professadas pelos cidadãos e a cada uma delas corresponde uma

um conceito diferente de dignidade, mas, a despeito disso, todas as correntes de pensamento conseguem se rever enquanto integrantes do grupo doutrinário que à base do consenso sobreposto (RAWLS, 2016), estabeleceu o conteúdo do princípio constitucional, tornando-se esses argumentos de razão pública que alicerçam a justificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se desconhece a importância do preenchimento positivo do conteúdo do princípio, notadamente no plano filosófico, mas, frente a controvérsias constitucionais, assume especial relevo a determinação do conteúdo pela via negativa, guiado pelo sentido de justiça, possibilitando identificar atos e omissões indignificantes do Poder Público e dos particulares.

A estratégia que se propõe visa, a partir da determinação de um núcleo violável, identificar que situações ou atividades humanas produzem ofensa à dignidade humana. A chance de êxito desse método é muito maior, porquanto há uma probabilidade bem mais elevada de obtenção de um consenso razoável acerca do que se considera indigno, embora diversos possam ser os motivos para que assim se entenda, facilitando a convergência das variadas doutrinas integrantes do pluralismo razoável.

4 A DETERMINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO AUTÔNOMO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELA VIA DO PREENCHIMENTO NEGATIVO NAS PERSPECTIVAS DE INTEGRIDADE HUMANA E IGUAL DIGNIDADE

A tutela da dignidade humana, em âmbito normativo, abrange dupla perspectiva: primeira, a garantia da pessoa na condição de ser racional, autodeterminar-se e tornar-se sujeito responsável por formular para si um projeto de vida. Em resumo, refere-se à capacidade de ser sujeito, ou ainda, à *integridade humana*. Cumpre esclarecer que não são desprovidos de dignidade os que, modo temporário ou definitivo, sofrem privação da racionalidade ou autonomia, como é o caso dos alienados ou detidos. E assim se impõe em razão da *igual dignidade*, a segunda perspectiva, que completa o estatuto da pessoa humana, a qual se justifica, menos pelos atributos ou características inerentes às pessoas, mas, sobretudo, pelo sentido de justiça atual, que leva ao reconhecimento do igual respeito e consideração recíproca de seus interesses.

Avulta evidente a existência de um núcleo irredutível de humanidade que exige respeito incondicional de todos, principalmente dos Poderes Públicos aos quais incumbe o dever de proteger e promover as condições mínimas de vida digna, garantindo a todos o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Em síntese, pode-se delimitar o conteúdo normativo autônomo do princípio da dignidade da pessoa humana, partindo da noção de que as hipóteses caracterizadoras de violação da dignidade humana compreendem as situações em que o estatuto da pessoa é desrespeitado no nível da *integridade da pessoa humana* ou não sendo admitida *igual dignidade* a todos.

4.1 A DIGNIDADE NA PERSPECTIVA DE INTEGRIDADE HUMANA

Sob esse prisma, delimita-se o conteúdo normativo autônomo do princípio da dignidade humana, diante de casos em que alguém está sendo tratado de uma maneira tal que o senso de justiça de hoje iden-

tifica, frente a uma consensualidade, num espaço de pluralismo razoável, que seu valor intrínseco não está sendo reconhecido, assim como, quando se verifica situação degradante, indigna e inconciliável com a condição humana.

Assim são as hipóteses de extrema gravidade que reúnem, simultaneamente, as ideias de adesão contratual, como também, de um entendimento restritivo "[...] do âmbito protegido pela dignidade da pessoa humana [...]" (NOVAIS, 2018, v. 2, p. 110), correspondendo a lesões tão infames e inaceitáveis que *prima facie* são identificadas como atentatórias a valores inerentes à espécie humana, de modo que a ofensa extrapola os contornos da dignidade subjetiva da pessoa, vindo a alcançar a dignidade humana em dimensão objetiva. O holocausto é, sem sombra de dúvida, o caso mais emblemático que a História registra. Apesar de não se revestir de abrangência global, o caso do canibal de Rotemburg bem exemplifica situação dessa natureza, em que, faltante direito fundamental específico para empregar ao caso concreto, o princípio da dignidade humana foi convocado para resolver a controvérsia jurídica.

Todavia, ao contrário do que sugere, violações desse tipo não se limitam a situações tão particulares, mas, ao contrário, igualmente ocorrem em casos do dia a dia (NOVAIS, 2018, v. 2), em que é impositivo o uso do princípio, por um de dois motivos, ou pela inexistência de direito fundamental específico, ou pela monta da ofensa cometida. Ilustram essas situações, dentre tantas, a escravidão, o tráfico de pessoas, o tratamento que vem sendo reservado a refugiados e migrantes na Europa e a política de imigração norte-americana que isola crianças de suas famílias.

A dignidade humana no sentido de integridade subentende o respeito à autodeterminação da pessoa enquanto ser dotado de identidade, consciente de seu passado, apto para determinar sua vida segundo um projeto que construiu, a salvo de intervenção estatal. Nesse passo, descabidas quaisquer interferências do Estado, fundadas em convicções eivadas por conflitualidades ou sectarismo, apenas se admitindo interferência frente a justificativa grave e séria, tal como garantir o respeito recíproco da igual dignidade. Nesse diapasão, os valores eleitos por cada um são merecedores de igual respeito, sendo desarrazoados julgamentos relativos às opções de vida de cada pessoa, notadamente,

no quanto resultem em subjugação e exclusão, incompatíveis com a igual dignidade de todos, por ofensivo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A ideia de pessoa como sujeito de sua própria vida, correlatamente confere a todos, a principiar pelo Estado, a obrigação de lhe reconhecer como tal, reservando-lhe tratamento que se coaduna com essa condição, o que, de antemão, exclui a possibilidade de vir a ser convertida em *coisa*. O melhor parâmetro de que se dispõe para identificar ofensa à dignidade humana por tratamento degradante é a *fórmula do objeto,* desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, hipótese bem ilustrada com o *caso do arremesso de anão* que, a despeito de sua concordância em ser arremessado, foi proibida a exibição do espetáculo em defesa da sua dignidade (BARROSO, 2016).

Dita fórmula, de inspiração kantiana, resumidamente, tem duas ideias básicas; a primeira, a identificação da violação da dignidade, voltada à definição do que se considera um tratamento juridicamente reprovável que deixa a pessoa na condição *exclusiva* de meio, instrumentalizada e coisificada. Ou seja, a fórmula trabalha com a determinação negativa do conteúdo normativo da dignidade humana; a segunda, é a construção da norma da dignidade voltada à vedação do tratamento censurável, que reduz outro a objeto.

Contudo, nem toda instrumentalização caracteriza ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas, somente as reconhecidas como degradante, devendo se proceder à verificação dessa condição à vista do atento exame da "[...] intenção subjacente ao acto quanto ao contexto, as razões invocadas e os fins em vista [...]" (NOVAIS, 2018, v. 2, p. 124). Com efeito, apenas nos casos em que se constata humilhação, desprezo ou desvalorização do outro é que se pode considerar a ocorrência de instrumentalização por induvidosa ofensa à dignidade humana.

Exige cautela a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana no terreno da Bioética e Biomedicina, de vez que a mera utilização, cingindo-se à defesa da Humanidade ou dignidade da espécie, carece de argumentação racional que lhe confira a necessária densidade. É sabido que o desafio da bioética é o estabelecimento de regras e limites que possibilite o progresso da ciência sem reduzir o ser humano à condição de objeto. Entretanto, a utilização do princípio nessa seara,

vazio de conteúdo, pode ameaçar a efetividade de direitos fundamentais como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à privacidade, o direito a constituir família e, até mesmo, o direito a uma melhor qualidade de vida do ser humano.

Oportuno lembrar que os direitos de personalidade são, dentre os direitos fundamentais, aqueles cujo núcleo essencial são mais fartamente preenchidos pela dignidade humana, haja vista a estreita relação desses direitos (NOVAIS, 2018, v. 1), com a própria existência humana, sendo esse o motivo pelo qual, nesse âmbito, o princípio exerce a função de garantia do seu conteúdo essencial, demandando rigorosa proteção por imperativo de dignidade humana.

A necessidade de constituição do sujeito somente será atendida quando lhe assegurado o direito à identidade, caracterizando violação à dignidade humana atos que importem em alienação identitária e que representem obstáculos para a pessoa conhecer e exercer o domínio sobre sua identidade e, para além disso, dificulte-lhe definir sua personalidade, assim como, sua imagem social. Somente o sujeito pode estabelecer, livre de qualquer interferência, o que deseja revelar publicamente ou simplesmente ocultar, relativamente a sua intimidade ou privacidade. Eventual restrição a esse direito que não se ampare na real necessidade de tutela de interesses legítimos de terceiros ou na defesa do interesse público, reputa-se ofensiva à dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, cabe ao Estado proporcionar a todas as pessoas um padrão mínimo compatível com a sua dignidade, permitindo-lhes autodeterminar-se autonomamente e desenvolver suas potencialidades a partir dos atributos inerentes à espécie. Fala-se do dever do ente público de assegurar a todos o *mínimo existencial*, relacionado com os direitos sociais e com a satisfação de necessidades vitais, como água, alimentação, moradia, e o rendimento mínimo.

Registre-se, por oportuno, que o mínimo existencial é reconhecido como parte integrante da fórmula autêntica e efetiva da autonomia, haja vista que a única a única forma de assegurar o gozo concreto da liberdade é erradicando o estado de necessidade que priva a pessoa da liberdade fática. Em outras palavras, "[...] a liberdade é real apenas para aqueles que têm condições para exercê-la, os bens materiais e intelec-

tuais que são pressupostos da autodeterminação [...]" (VON STEIN apud ALEXY, 2008, p. 505).

Seguindo essa linha de raciocínio, afigura-se inaceitável que um Estado que tem por pilar o princípio da dignidade da pessoa humana, havendo recursos disponíveis, deixe entregue à própria sorte, alguém necessitada de tratamento médico, sem disponibilidade financeira para custeá-lo. Nessas circunstâncias, privar alguém de cuidados de saúde, implica em reduzi-la à situação degradante, configurando evidente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 A DIGNIDADE NA PERSPECTIVA DE IGUAL DIGNIDADE

O tratamento diferenciado, sem qualquer justa causa para tanto, caracteriza afronta ao princípio da igualdade, além de, indiretamente, configurar ofensa à dignidade humana, posto que o princípio da igualdade realiza a igual dignidade consagrada na DUDH.

Em alguns casos, o tratamento desigual produz efeito estigmatizante, correspondendo a um desrespeito à humanidade intrínseca, ao reduzir a pessoa a condição de inferioridade em relação às demais, ao ponto de parecer menos digna. Nas hipóteses em que se verifica o propósito de humilhar ou depreciar o ser humano em virtude do que é, por seus atributos ou incapacidades, tais como, raça, grupo étnico, opção sexual, posição ideológica, por exemplo, a violação vai além do princípio da igualdade para atingir o próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Compete ao Estado engajar-se em ações para banir condutas e signos que propaguem ou fortaleçam a ideia de menos valia ou estratificação da dignidade. A conduta estatal omissa quanto à prevenção ou repressão de condutas desse jaez, sendo possível fazê-lo, configura ofensa à igual dignidade de todos.

Nem mesmo o consentimento livre e informado da pessoa é suficiente para desnaturar grave violação à dignidade humana, vindo a calhar, nesse passo, os já citados casos do arremesso de anão e do canibal de Rotemburg (SANDEL, 2017), em que, mesmo se admitindo a condição do homem como sujeito responsável de sua própria vida, a vontade por ambos manifestada não bastou para convalidar os atos ofensivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo normativo autônomo do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser encontrado conforme critérios que tornam impositiva sua aplicação contida separando-o do bem protegido ou do direito fundamental que o protege, com utilização restrita a casos excepcionais, de modo a lhe definir um sentido útil e efetivo, a salvo de uso meramente retórico, banalizante ou ideológico.

Essa desafiadora tarefa só poderá ser vencida, se estabelecida uma base consensual ancorada no pluralismo razoável, apto a definir o conteúdo do princípio pela via do preenchimento negativo, a partir de um núcleo violável, configurador da indignidade, em torno do qual mais facilmente se estabelece o consenso entre as várias correntes de pensamento que participam do círculo racional dialógico, sendo, ao final, todas elas capazes de se reconhecer.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, V. P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República portuguesa anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.

GOUVEIA, J. B. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Almedina: 2011. v. 2.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2018.

KANT, I. **Metafísica dos costumes**: parte I: primeiros princípios metafísicos da Doutrina do Direito: parte II: primeiros princípios metafísicos da Doutrina da Virtude. Porto Alegre: Vozes, 2013.

MIRANDA, J. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. **Didaskalia**, Lisboa, v. 29, p. 473-485, 1999. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18404/1/V0290102-473-485.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 4.

MIRANDOLA, P. D. **Discurso sobre a dignidade do homem**. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

NOVAIS, J. R. **Dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 1.

NOVAIS, J. R. **Dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. 2.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 30 jun. 2020.

RAWLS, J. **Liberalismo político.** São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SANDEL, M. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018a.

SARLET, I. W. **A Dignidade (da pessoa humana) e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018b.

LIBERDADE DE IMPRENSA E A CRIMINALIZAÇÃO DISCURSIVA: UMA ANÁLISE ACERCA DE PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS

Jordana Lenhardt
Watson Silva de Almeida Lara

INTRODUÇÃO

Este artigo científico apresenta uma análise acerca da liberdade de imprensa e da possibilidade de criminalização de discursos em redes sociais *online*, portanto, toma por objeto textos de documentos jurídicos de leis e decisões judiciais (sentenças) que envolvem profissionais de imprensa. Além do exposto, empreendemos uma pesquisa de revisão bibliográfica do tema no cenário atual, observando que essa questão tem causado conflitos sociais, políticos e/ou mesmo culturais.

A liberdade de informação, a inviolabilidade à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem são direitos dos cidadãos brasileiros. Dessa feita, a análise realizada neste estudo nos coloca de fronte a um problema que é relativo aos direitos fundamentais. Por esse motivo, é possível verificar a complexidade de tratar o tema nas extensões de formalização (legislativo e judiciário), sem prejuízo à nossa carta magna, a Constituição.

Analisar essas questões são fundamentais para um estado de direito, e para aquele que se interessam por estudos da Ciência do Direito, torna-se de total relevância compreender e examinar o que é "legal" na construção de nossas vivências sociais, políticas e culturais, por exem-

plo. Como, no caso da Constituição Federal de 1988, que estabelece sobre o Direito da Personalidade e o Direito à Privacidade.

A LIBERDADE DE IMPRENSA

Antes de descrever os Direitos à intimidade e a Liberdade de Imprensa, é imprescindível falarmos dos direitos essenciais que alicerçaram a criação destes não só no Brasil, mas em diversos países do mundo. A luta por igualdade social e direitos iguais e universais não se inicia na primeira e nem na última constituição estabelecidas em nosso país. Com relação à liberdade de imprensa, a Constituição Federal estabelece (BRASIL, 1988):

> Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:
>
> I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
>
> II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
>
> III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
>
> IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Documentos jurídicos como a Constituição, são, em verdade, resquícios e resultados de lutas e conquistas históricas. As lutas por igualdade de natureza social não ocorreram de maneira isolada em nosso país, podemos citar movimentos semelhantes em países como a França, com a Revolução Francesa; e como os Estados Unidos, na reconhecida Revolução Americana.

Nessa linha de pensamento, Mendes (2002) esclarece ainda que

> Podemos fazer uma primeira incursão na Revolução Americana, em que a carta *Bill of Rights* (ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos) assegura certos direi-

> tos aos nascidos no país. Entre eles, garante o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Assim, o governo não poderia atacar um desses direitos de alguém sem o devido processo e julgamento dentro dos parâmetros da lei. Na mesma época em que essa emenda americana foi oficialmente aceita, estourou a Revolução Francesa, em 1789, e foi redigida a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De cunho liberal e baseada nos ideais iluministas que pregavam a igualdade, a liberdade e a fraternidade, essa declaração tinha por objetivo assegurar que nenhum homem deveria ter mais poder ou direitos que outro – o que representava o ideal republicano e democrata, que à época ameaçava o Antigo Regime, no qual apenas uma pessoa concentrava poderes (MENDES, 2002, p, 37).

É notório nesses documentos que todos devem ser tratados como iguais perante a lei, especialmente em um país democrático, como o nosso, em que a Constituição Federal é o referencial para transmitir os direitos e deveres de todos os cidadãos brasileiros. Destacamos que a Constituição estabelece em seus princípios fundamentais:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V - o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme o disposto, compreendemos que garantir igualdade de direitos a todos e todas é um princípio fundamental, sempre foi discutido, analisado e reanalisado, pois ao longo da história foi preciso pensar e repensar sobre essas garantias e até hoje parece ser assim, não só no Brasil, mas também em outros países do mundo.

No cenário atual brasileiro, podemos observar conflitos causados pelo uso da linguagem em redes sociais *online* que implicam o entendimento desses direitos, mais especificamente, a compreensão do que tange à liberdade da imprensa e à honra/imagem de pessoas públicas.

Para melhor compreensão da questão, recorremos à Carta Magna do nosso país. A Constituição Federal (1988) declara que

> os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a **reputação**[16] (ou boa fama); a

16 Grifo nosso.

> dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.

Nesse âmbito, o surgimento de conflitos é notório, pois parece haver um confronto entre princípios, como defende Schäfer (2007):

> [...] a Constituição Federal brasileira de 1988 não apenas consagra os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem como limites externos à liberdade de expressão e informação (artigo 220, §1º), mas também os tutela como direitos fundamentais em si mesmos (artigo 5º, X), surge o delicado problema da colisão de princípios constitucionais para a convivência harmônica das posições jurídicas fundamentais. O confronto entre princípios constitucionais impôs a necessidade de encontrar uma solução, uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, assim como é evidente a existência, no plano fático, da incidência das normas que garantem o direito à liberdade de imprensa, à intimidade e à vida privada. Não há censura no Brasil, mas existe responsabilização quando essa liberdade afeta os direitos de personalidade dos indivíduos e lhes traz prejuízos (SHÄFER, 2007, p. 122).

Assim, compreendemos que a Constituição Federal (1988) assegura a liberdade de imprensa, destacando que nenhum dispositivo legal pode impedir seu pleno funcionamento, porém, parece-nos evidente que se deve analisar de maneira especial casos que envolvem a honra/imagem de outrem. Há uma necessidade de ponderação, apontada por Schäfer (2007), esclarecendo que "a convivência entre esses direitos (à intimidade e à vida privada - art. 5º, inciso X; direito à liberdade de informação e expressão - art. 5º, inciso IX, CF) justifica a pesquisa da ponderação, enquanto técnica de superação de conflitos constitucionais" (SHÄFER, 2007, p. 123).

A ponderação defendida por Schäfer pode preservar as instituições, por isso, deve haver ressonância positiva no convívio entre elas, para preservar a inviolabilidade da pessoa humana. Conforme o disposto por Mendes (2002, p. 21), "devem ser levados em conta, em

eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito a sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito à imagem e à intimidade)".

Vivenciamos um momento em que notícias e informações circulam de maneira quase que instantânea, dadas as tecnologias de informação e comunicação. Como resultado, a vida pessoal tornou-se praticamente pública, o que pode favorecer o não entendimento e discernimento entre aquilo que é público e aquilo que é privado. Nessa linha de pensamento, Robl Filho (2006) estabelece:

> o direito à vida privada seria composto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida familiar e pela intimidade, além de outros aspectos de intersecção com outros bens ou atributos da personalidade. Já o conceito de intimidade "cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma 'autodeterminação informativa' ou 'informacional'" (ROBL FILHO, 2006, p. 189).

Assim, é necessário, ao encarar a liberdade de impressa e o direito à intimidade, uma análise criteriosa para que não tenhamos um conflito entre esses direitos estabelecidos. É preciso criar canais de discussão sobre esses conflitos, pois essencialmente, quando acontece, de maneira geral algum direito está sobrepondo a outro e a harmonia só existirá quando entendermos que os limites não podem ser ultrapassados.

A linguística forense e a criminalização discursiva

Conforme o disposto na seção anterior, apesar do direito à informação e à liberdade de expressão, a imprensa e os profissionais da área de informação e comunicação encontram um limite para esse direito no outro. Um limite que se estabelece no que diz respeito à honra e à imagem de outrem.

A Linguística Forense, de acordo com Coulthard e Johnson (2010), envolve disciplinas como a linguística, a lei, a criminologia e a sociologia, examinando a forma como a linguagem tem sido usada no contexto jurídico. Os estudos dessa área preocupam-se, não somente, com a linguagem utilizada nesse contexto, mas em como ela tem sido utilizada, quem a utiliza, como e onde está sendo utilizada, o porquê de esses atores estarem interagindo dessa forma e o que é estabelecido por meio do uso da linguagem.

Dito isso, a Criminalização Discursiva é conceito cunhado por Lenhardt (2019), inserida nos estudos de Linguística Forense, que estabelece que o uso da linguagem, discursos, pode ser criminalizado, e que ao publicar algo nas redes sociais, por exemplo, podemos cometer crimes. Nesse âmbito, ressaltamos que as redes sociais constituem território fértil para crimes que atingem a honra das pessoas. Isso ocorre, devido a uma falsa sensação de anonimidade dos usuários dessas redes na *internet*.

Jornalistas, apresentadores, humoristas e artistas encontram nas redes sociais *online* espaço privilegiado para expressão, informação e comunicação com um público de seguidores. Nesse espaço virtual, esses profissionais têm como audiência seus seguidores e "amigos", atores sociais que comentam, compartilham, seguem e interagem com aquilo que é publicado. No entanto, conforme podemos observar nas duas sentenças selecionadas e apresentadas a seguir, publicações dessa natureza, mesmo de profissionais da imprensa, podem ser motivo de litígios jurídicos.

A Metodologia da acdj

Para este artigo, selecionamos duas sentenças jurídicas envolvendo acusações contra profissionais da imprensa pelo uso da linguagem em redes sociais da *internet*: uma do ano de 2016 e outra do ano de 2019. Para a análise desse material textual utilizamo-nos da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ), que de acordo com Colares (2016), parte do pressuposto de que decisões judiciais são uma prática discursiva mediadora regulada tanto pelo Código de Processo Civil, quanto pelo Código de Processo Penal.

A ACDJ se estabelece entre a Teoria do processo e a Análise Crítica do Discurso (ACD) postulada pelo linguista Fairclough (1989 et sec.), conforme afirma Colares (2016). Dessa forma, o aparato da ACDJ apresenta em seus postulados uma concepção da linguagem como suporte de análise capaz de revelar os modos como a relação discurso e sociedade se concretiza nas práticas sociais no âmbito do contexto judicial. Assim, por meio de uma abordagem das relações internas e específicas entre a linguagem, o Direito e a sociedade, destacamos, com base em Colares (2016, p. 392), que os textos produzidos no Judiciário Brasileiro são "resultantes de uma estruturação social da linguagem que os consome e os faz circular".

O corpus de análise

No texto da primeira sentença selecionada, encontramos um processo de direito de imagem envolvendo Gilmar Ferreira Mendes e Monica Iozzi de Castro. Nesse documento, o autor, Ministro do Supremo Tribunal Federal, acusa a jornalista de ofender sua honra em uma publicação por meio da rede social *Instagram*.

Segundo a sentença do processo 2016.01.1.062108-0 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a publicação da jornalista consistia de uma foto de Gilmar Mendes transpassada pelo questionamento "cúmplice?" e trazia a seguinte legenda: "Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para Roger Abdelmassih, depois de sua condenação a 278 anos de prisão por 58 estupros", com o seguinte comentário de Mônica: "Se um Ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso... Nem sei o que falar...".

A segunda sentença selecionada para esse *corpus* é o texto da decisão do processo 0152748-48.2019.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No processo em questão, o empresário Luciano Hang, proprietário das lojas Havan, acusa o humorista Gregório Byington Duvivier do crime de injúria. O processo se deu em razão de uma publicação feita por Gregório na rede social *Twitter* com o seguinte teor: "to tisti alguem mata o veio da havan".

Apresentada a metodologia e o *corpus* deste estudo, passamos à análise dos dados.

Analise de dados

Ao empreendermos a analise das duas sentenças sob a perspectiva proposta neste estudo, tendo por objetivo verificar as questões levantadas no embasamento deste artigo, percebemos que a liberdade de expressão, base para a liberdade de imprensa na Constituição Federal brasileira é abordada em ambas as sentenças, porém, a liberdade de imprensa não é ativada na decisão dos dois processos. Observe:

> No tocante à análise da publicação e dos comentários realizados, pode-se constatar que, de fato, **a requerida, extrapolou o seu direito de expressão** ao divulgar uma imagem do requerente e suscitar a dúvida se este seria cúmplice de um crime de estupro. (Sentença 1, p. 02)
>
> O direito fundamental à **liberdade de expressão** não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. (Sentença 2, p. 01)

Ambas as sentenças, como verificamos nos recortes anteriores, reconhecem o direito dos cidadãos à liberdade de expressão. Destacamos, ainda, que ambas as sentenças também reconhecem os acusados como profissionais da imprensa. Vejamos:

> A requerida é, ao mesmo tempo, **atriz**, **apresentadora**, **jornalista** e **comediante**. (Sentença 1, p. 02)
>
> o que temos na inicial é a irresignação de um cidadão diante de uma piada formulada por um **humorista**, nada além disso. (Sentença 2, p. 01)

Como observamos, a primeira sentença analisada traz a ativação da profissão da requerida. Nela, Mônica Iozzi é representada como "atriz, apresentadora, jornalista e comediante". A segunda sentença, por sua

vez, também traz a ativação da profissão do acusado, ator social que é representado por meio do item lexical "humorista".

No entanto, a decisão judicial contida na primeira sentença, apesar de registrar na fundamentação, página 02, que a requerida é "atriz, apresentadora, jornalista e comediante", não recorre ou menciona a liberdade de imprensa. O texto da sentença pondera e evidencia o direito à liberdade de expressão, mas estabelece como limitador desse direito a honra de outrem.

A ativação da profissão da requerida na primeira sentença ocorre a fim de ativar sua responsabilidade como figura pública nas redes sociais da *internet*:

> [...] é uma profissional que tem penetração em diversos nichos da sociedade, gozando de credibilidade e influência num grupo gigantesco de seguidores. (Sentença 1, p. 02)

Assim, dado o exposto, a decisão do juiz de Direito Giordano Resende Costa, condena a jornalista a pagar a importância de R$30.000,00 por danos morais ao Ministro.

Na segunda sentença, verificamos que o humorista Gregório Duvivier foi absolvido do crime de injúria, com base no disposto: "por gozar da plenitude de liberdade de que é assegurada pela constituição à imprensa", conforme a decisão contida na página 01 da sentença. O texto da sentença em tela traz ainda a citação de um acordão da qual foi relator o Ministro Alexandre de Moraes, com o seguinte recorte:

> [...] LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PRÉVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICA-

> ÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORISTICA[17]. (Sentença 2, p. 01)

Analisadas as sentenças que compõem o *corpus* selecionado para este estudo, verificamos que o direito à liberdade de imprensa pareceu ser determinante para a criminalização ou não do uso da linguagem nas redes sociais do ciberespaço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo apresenta uma pequena análise no âmbito da Análise Crítica do Discurso Jurídico sobre a liberdade de imprensa em sentenças judiciais acerca do uso da linguagem por parte de profissionais da área em redes sociais *online*. Dessa forma, compreendemos que há possibilidades de aprofundamento do assunto, visando compreender os conflitos gerados por esses atores sociais, em especial em interações do contexto virtual.

Pontuamos, como base no exposto, uma falta de harmonia no entendimento de que deve ter limites para cada formalização do direito estabelecido pela Constituição Federal. Entendemos que os poderes do Estado devem se mover ao ponto de equalizar e estabelecer harmonia no entendimento dessas questões, favorecendo maior estabilidade na análise dos direitos constitucionais.

Apesar de ambas as sentenças ativarem a profissão dos acusados em seus textos, a primeira traz uma estratégia argumentativa de responsabilização da profissional baseada em sua credibilidade e influência sobre seus seguidores no contexto virtual das redes sociais. Há, na superfície textual do documento dessa sentença, um apagamento do direito à liberdade de imprensa que as profissões[18] atribuídas à Mônica Iozzi implicam, culminando, assim, na condenação da requerida.

No texto da segunda sentença, a construção da estratégia argumentativa segue em linha oposta. A ativação da profissão ligada à imprensa, por meio do item lexical "humorista", traz a ativação

17 Citado em caixa alta, conforme disposto na sentença.

18 Atriz, apresentadora, jornalista e comediante.

do direito de imprensa, e constrói uma estratégia argumentativa de absolvição do acusado. Dito isso, parece-nos que o apagamento ou a ativação de tal direito por parte do falante/escritor do texto (juiz) se constituiu em um diferencial para a decisão da lide. A negação desse direito evidenciada pelo apagamento dele na primeira sentença acarretou a condenação da jornalista. Em contrapartida, a ativação do mesmo direito, no texto da segunda sentença, acarreta a absolvição do humorista.

Concluindo, acreditamos que textos jurídicos, como os analisados neste estudo, possuem efeitos de verdade em nossa sociedade e, portanto, não deveriam apontar direcionamentos tão distintos. Por fim, compreendemos que igualdade, liberdade e fraternidade, assim como descrevem os Direitos Universais, só podem ser alcançados, quando todos nós, sujeitos sociais, nos entendermos e nos posicionarmos enquanto cidadãos e atores sociais ativos da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COLARES, V. **Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ)**: o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. ReVEL, vol. 12, n. 23, 2014. [www.revel.inf.br].

_____. **Hermenêutica Endoprocessual:** abrindo o diálogo entre as teorias do processo e a Análise Crítica do Discurso. In: Linguagem e Direito: caminhos para a linguística Forense. São Paulo: Cortez, 2016. p. 387 - 421.

COULTHARD, M.; JOHNSON, A. **The Routledge handbook of Forensic Linguistics** (Routledge Handbooks in Applied Linguistics). London: Routledge, 2010.

FAIRCLOUGH, N. **Language and power**. New York: Longman, 1989.

_____. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **Analysing discourse**. Textual analysis for social research, 2003.

ROBL FILHO, I. N. **Direito, Intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea.** Revista Eletrônica do CEJUR, v1, nº1, ago./dez.2006.

LENHARDT, J. **Crimes de linguagem**: reflexões sobre criminalização discursiva em redes sociais brasileiras. *Language and Law* / Linguagem e Direito, Vol. 6 (1), 2019a, p. 63 - 73.

MENDES, G. F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Método Editora, 2002.

SCHÄFER, J. G; DECARLI, N. **A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Prisma Jurídico, núm. 6, 2007, pp. 121-138, Universidade Nove de Julho-Brasil.

DIREITOS TRANS: A (IN) EFETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Lucas Felipe de Paula

INTRODUÇÃO

O propósito deste estudo é apresentar uma inefetividade no direito brasileiro em face da violação do direito à vida e à liberdade individual da sociedade trans, essencialmente apresentando dados alarmantes da prática de crimes caracterizados pela intolerância à diversidade cultural, bem como a ausência de métodos estatais de prevenção e repressão à transfobia.

A pesquisa aponta o fato de que as medidas tomadas pelas Organizações Não Governamentais (ONGs) e pelas entidades estatais não têm sido suficientes para combater condutas racistas comumente praticadas contra um grupo ainda tão desprotegido. Isso porque há uma enorme lacuna legislativa, especialmente no âmbito do Direito Penal, em relação aos direitos trans, o que torna algumas condutas do Poder Público legalmente infundadas e, por consequência, desprovidas de efetividade. Por isso, este estudo se depara com uma realidade degradante dotada pelos elevados índices de violência contra os transgêneros em decorrência de suas particularidades.

As estatísticas são preocupantes diante da estimativa de que o Brasil é o país que lidera o ranking mundial de assassinatos de indivíduos trans, segundo a ONG Transgender Europe (TGEu) (2020). Pior ain-

da, de acordo com os boletins recentemente publicados pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) (2020), o número de mortes dos transgêneros aumentou drasticamente durante o período de isolamento social provocado pela pandemia da doença Covid-19, novo coronavírus.

O problema é estimulado pela omissão parlamentar, que não elabora normas jurídicas em defesa dos direitos trans, e é fortalecido pela resistência de uma cultura caracterizada pelo desrespeito à liberdade de pensamento, de expressão e à diversidade cultural. Nessa acepção, vale frisar que a Declaração e Programa de Ação de Conferência Mundial dos Direitos humanos (Convenção de Viena) (1993) possui um firme posicionamento no sentido de que os direitos humanos são universais, não sendo viável alegar características culturais individuais como argumento para violar direitos de outrem.

O repúdio e a rejeição às pessoas trans consistem em práticas inconstitucionais, uma vez que violam o fundamento da dignidade da pessoa humana e corrompe o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de abster o preconceito e a discriminação do meio social, conforme exige o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988). Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de atos normativos complementares à Constituição, ensejando um déficit na concretização de direitos.

Tal fragilidade jurídica é contribuinte para o aumento da violência diária contra a população trans: em conformidade com as pesquisas também pela ANTRA, em 2019, 11 pessoas foram agredidas diariamente no Brasil, sendo 124 mortas. Os anos de 2017, 2018 e 2019 totalizaram 466 assassinatos (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2019).

Os dados supracitados revelam um retrocesso social e cultural brasileiro, bem como uma vulnerabilidade acometida aos transgêneros, chamando a atenção do governo para efetivar suas obrigações legais, em especial referente às competências legislativas na elaboração de leis específicas que assegurem minimamente o direito à vida e à dignidade da pessoa humana dessa classe que ainda sofre tanta repressão buscando, sobretudo, garantir a efetividade ao texto constitucional.

TRANSFOBIA: FATOS HISTÓRICOS

Em análise à história de toda a humanidade, percebe-se que a luta contra a transfobia é bastante antiga. Em 1789, durante a Revolução Francesa, surge a primeira geração dos direitos fundamentais. Essa geração é caracterizada pela liberdade, pois desvincula as relações individuais da soberania estatal, originando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A segunda geração surge após a Primeira Guerra Mundial e é reconhecida pelo direito à igualdade de todos os cidadãos e atribui ao Estado a competência para resguardar os direitos da melhor forma possível. Por fim, a terceira geração surge em 1960 e é caracterizada pela fraternidade em defesa da plenitude de direitos (SOUZA, 2020). Mesmo após a conquista da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, verifica-se a prática costumeira da transfobia durante todo o século XX até os dias atuais.

Um dos marcos históricos do século passado para a comunidade LGBT ocorreu no dia 28 de junho de 1969, no estabelecimento Stonewall Inn, o bar gay mais famoso localizado no East Village, em Nova York, EUA. Um grupo de gays que frequentava o local foi surpreendido pela terceira vez na mesma noite por policiais que os abordaram com maus-tratos e grande opressão. Revoltadas, várias pessoas começaram um confronto com os policiais. Depois daquela noite, a comunidade gay de Nova York começou a crescer e proferir manifestações no bar Stonewall Inn, nos dias subsequentes, fazendo declarações que revelavam o orgulho em ser gay. Este movimento social oficializou 28 de junho o Dia Internacional do Orgulho LGBT (BOL, 2013).

No ano em que ocorria a rebelião de Stonewall, o Brasil estava sob o regime da ditadura militar, momento extremamente difícil para reivindicação de direitos de liberdade individual. Entretanto, em 1983, ocorreu um movimento gay semelhante ao de Stonewall. Em São Paulo, no dia 19 de agosto, no bar chamado Ferro´s Bar, ponto de referência para mulheres gays, um grupo de frequentadoras do estabelecimento foi impedido de vender a famosa publicação "Chanacomchana". No dia seguinte, várias mulheres invadiram o local e fizeram um movimento social em defesa de seus direitos. Em

homenagem, dia 19 de agosto tornou-se o Dia do Orgulho Lésbico (BBC, 2019).

Outro marco histórico brasileiro ocorreu em 1971, ano que acontecia a primeira cirurgia de redesignação sexual, transformando o paciente Waldir em Waldirene. O procedimento cirúrgico derivou um processo penal contra Roberto Farina, médico responsável pela operação. À época, a cirurgia foi considerada algo tão bárbaro que durante o processo, o Ministério Público afirmou que a transformação não formava mulheres, mas verdadeiros monstros. Por fim, Farina foi condenado a cumprir dois anos de reclusão pelo crime de lesão corporal grave, sendo felizmente absolvido em grau de recurso (MIGALHAS, 2019).

Os autos do processo revelam que, em 1975, Waldirene procurou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para alterar o seu nome. Sendo assim, conclui-se que a luta em prol da alteração do nome das pessoas trans perdura desde a década de 70. Entretanto, somente em 2018 a alteração, mesmo sem cirurgia, do nome nos registros civis dos transexuais tornou-se um direito garantido (ROSSI, 2018).

Em 5 de outubro 1988, o texto constitucional, ainda em vigor, foi promulgado aplicando uma nova ótica sobre os direitos de liberdade individual. Todo ser humano passou a ser visto igualmente como cidadão dotado de direitos sociais e culturais resguardados juridicamente, sendo inconstitucional haver distinção de tratamento em razão de qualquer natureza (BRASIL, 1988).

DIREITOS TRANS: A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Um dos principais objetivos da República Federativa do Brasil elencados na Constituição Federal é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988). Por isso, a Carta Magna consolida seu artigo 1º, inciso III, com os artigos 1º e 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) com o intuito de implementar o fundamento da dignidade da pessoa na órbita social, propondo asseverar, predominantemente, o desenvolvimento do Estado

Democrático de Direito (BRASIL, 1988; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Os artigos 3º e 7º da DUDH possuem entendimentos interligados que garantem ao ser humano o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, atribuindo a todos a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção. Em companhia, o artigo 5º da CF/88 elenca uma série de incisos que consagram os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, especialmente a igualdade de todos perante a lei e a inviolabilidade dos direitos à vida e à liberdade. O inciso XLI, que vai ao encontro do artigo 2º da Declaração de Direitos Humanos, assegura a punição por qualquer discriminatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Desse modo, no dia 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao realizar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, reconheceu que, enquanto não houver uma atuação legislativa que criminalize, de um modo geral, a violência contra pessoas transgênero, a homofobia e a transfobia serão consideradas práticas racistas incluindo-as, portanto, à Lei do Racismo (Lei n° 7.716/89). Destaca-se que o artigo 5º, inciso XLII da CF/88, qualifica o racismo como práticas imprescritíveis e inafiançáveis. Dessa forma, a transfobia pode ser julgada a qualquer tempo e não admite ao acusado o direito de prestar fiança judicial para garantir sua liberdade até a sentença condenatória (BRASIL, 2019).

Ademais, o artigo 27 da DUDH (1948) fundamenta a existência de uma cultura moralmente protegida e garante ao ser humano uma vida amplamente culturalista. Destarte, o artigo 23, incisos I e V, da CF/88 atribuem competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para zelar pela guarda da Constituição Federal, como também assegurar a cultura. Por isso, a Emenda Constitucional nº 71 de 2012 acrescentou no texto constitucional o artigo 216-A que instituiu aos entes federativos e à sociedade o Sistema Nacional de Cultura com o intuito de "[...] promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais" (BRASIL, 1988; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Portanto, é dever dos entes políticos, em *status* constitucional, promover a intersetorialidade das políticas públicas de cultura, inclusive no combate ao desrespeito à diversidade cultural, com o propósito de assegurar a equidade social, atribuindo valores às variadas formas de expressão cultural e abdicar atos discriminatórios que violem a diversidade da cultura trans.

Conclui-se que a matéria cultural consagrada na Constituição Federal é um elemento basilar para o progresso da sociedade trans e da liberdade individual, que reflete, sobretudo, na evolução da humanidade. O filósofo alemão Ferdinand Lassalle (1998) atribuiu à Constituição um conceito sociológico afirmando que um texto constitucional é a somatória de fatores sociais, caso contrário, não passaria de uma "folha de papel". Tendo em vista este conceito, frisa-se que o Estado é o ente responsável em atribuir valores muito mais que teóricos à Constituição Federal de 1988, obrigando-o a adotar políticas públicas que visem a prevenção e repreensão contra violações aos Fundamentos Constitucionais.

Apesar dos direitos e garantias teóricos acima citados, o Brasil ainda vive em um contexto fático dotado de diversas formas de violência contra transgêneros. Segundo estatísticas da Organização das Nações Unidas (2020), 90,3% da população transgênero já sofreu discriminação em decorrências de sua identidade de gênero.

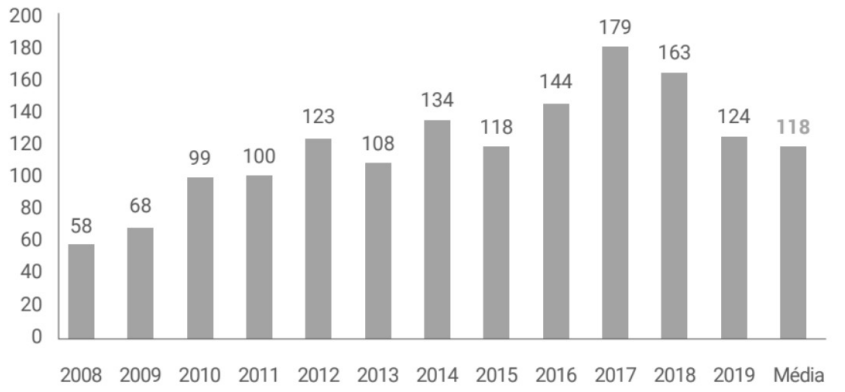
ANÁLISE DO PROBLEMA NO BRASIL

No Brasil, o problema é absurdamente gravoso sendo o país que lidera o ranking mundial com o maior número de assassinatos de pessoas trans. Este resultado é assegurado pela inefetividade de políticas públicas que combatem a transfobia. Além disso, o descuido do Poder Legislativo em face da população trans caracteriza, de certo modo, um consentimento do Poder Público para a continuidade dos assassinatos no país. De acordo com as publicações da ANTRA, os homicidas desse grupo geralmente não possuem relações diretas com as vítimas, fato que caracteriza claramente a intolerância à população trans.

Os levantamentos realizados pela Associação Nacional das Pessoas Trans apud Benevides e Nogueira (2020) revelam dados alarmantes da

prática de homicídios das pessoas trans ocorridos desde 2008 até 2019, conforme observado a seguir:

Gráfico 1 – Dados dos Assassinatos de pessoas trans no Brasil entre 2008 e 2019



Fonte: Benevides e Nogueira (2020).

Em 2019, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro desenvolveu uma pesquisa apresentando dados que apontam ameaça ao princípio da igualdade e do fundamento da dignidade da pessoa humana, destacando, entre outros, os seguintes pontos: entre outubro de 2018 e setembro de 2019, 132 pessoas trans foram assassinadas; somente no ano de 2018, houve 163 homicídios; o Brasil continua liderando o topo do ranking de todos os países do mundo que mais registram casos de homicídios por transfobia; de 314 casos de homicídio por transfobia registrados por 74 países entre outubro de 2018 e setembro de 2019, 132 ocorreram no Brasil.

O Dossiê dos assassinatos e da violência contra pessoa trans da Associação Nacional de Travestis e Transexuais 2019 (2020) aponta que nos últimos três anos (2017, 2018 e 2019), a região Nordeste registrou o maior número de casos com 45 assassinatos (37% dos casos). A região Sudeste é a terceira com o registro 37 casos (30% dos casos). As regiões Sul e Norte empatam registrando, cada uma, 14 números de mortes (11% dos casos). Por fim, a região Centro-Oeste registrou 12 casos (10% dos casos).

Gráfico 2 – Ranking dos 10 estados mais assassinaram pessoas Trans nos últimos três anos:

RANKING	UF	Dados
1º	SP	51
2º	BA	40
	CE	40
3º	RJ	37
4º	MG	34
5º	PE	28
6º	PR	24
7º	PA	21
8º	PB	20
9º	MT	19
10º	ES	17
	GO	17

Fonte: Benevides e Nogueira (2020).

TRANSFOBIA: UMA AGRAVANTE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

No dia 17 de maio, em homenagem ao 30º Dia Internacional contra a Homofobia, Transfobia e Bifobia, a diretora-executiva do Fundo de População da ONU, Natalia Kanem, proclamou que as pessoas transexuais se tornam mais vulneráveis durante a pandemia da COVID-19 porque são alvos de constante discriminação e, portanto, são afetadas negativamente em vários aspectos da vida (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020).

Evidenciando tal entendimento, a ANTRA (2020) publicou recentemente três boletins de assassinatos de pessoas trans indicando uma intensificação do problema no primeiro semestre deste ano, em face dos registros dos primeiros semestres dos anos anteriores.

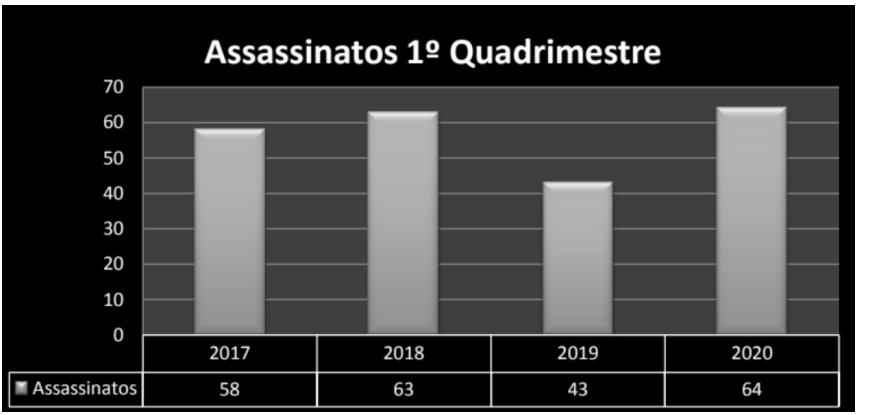
O boletim nº 3 indica que 90% dos travestis e mulheres transexuais utilizam a prostituição como fonte de renda. Porém, com a necessidade do isolamento social, a situação econômica dessas trabalhadoras

reduziu drasticamente. Segunda a mesma Associação, aproximadamente 60% da população trans não teve acesso ao auxílio emergencial. Por isso, algumas tiveram que buscar sustento familiar se submetendo, muitas vezes, à transfobia doméstica.

Durante os meses janeiro e fevereiro de 2019, o Brasil registrou 20 casos de assassinatos. No mesmo período de 2020, houve o registro de 38 notificações de assassinato, apresentando o maior índice desde 2017. Ainda em comparação com o ano passado, especificamente sobre os meses março e abril, foram registrados 23 casos de assassinatos. Os mesmos meses de 2020 indicam uma elevação em 13%, com o registro de 26 casos (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2019).

Portanto, em análise aos quadrimestres dos últimos três anos, 2020 continua registrando o maior número de assassinatos de pessoas trans, conforme ilustra o quadro a seguir:

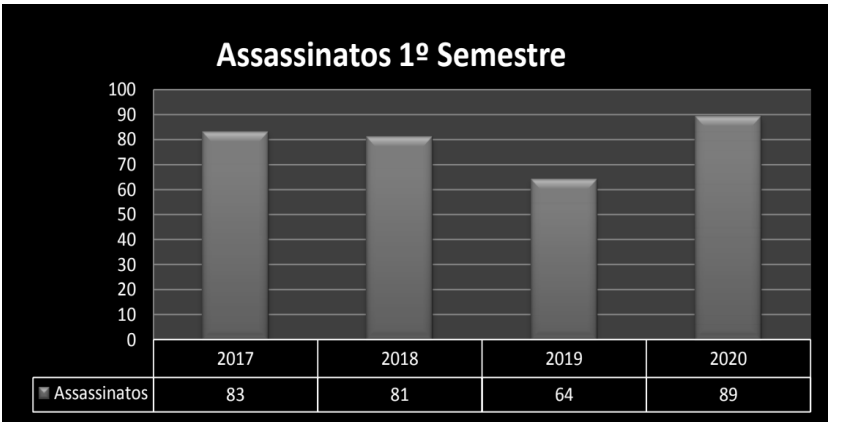
Tabela 1 – Assassinato Pessoas Trans 1º Quadrimestre



Fonte: Associação Nacional de Travestis e Transexuais (2020).

Por conseguinte, no primeiro semestre de 2020, o Brasil registra 89 casos de assassinatos de pessoas trans, uma elevação em 39% de casos comparado ao primeiro semestre de 2019, que registrou 64 casos.

Tabela 2 – Assassinato Pessoas Trans 1º Semestre



Fonte: Benevides e Nogueira (2020).

O aumento dos assassinatos revela um cenário brasileiro carente de ações preventivas e repressivas de Educação e Segurança Pública na proteção da vida, da ordem pública e da liberdade de expressão.

FORMAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A SOCIEDADE TRANS

Os gráficos acima ilustrados revelam uma hipossuficiência constitucional caracterizada pela ausência de leis esparsas complementares à Constituição que busquem concretizar os direitos trans. Apesar de o Código Penal Brasileiro (CPB) dedicar todo o Título I da Parte Especial aos crimes contra a pessoa (BRASIL, 1942), enfatiza-se que o CPB entrou em vigor no ano de 1942, durante o período do Estado Novo, momento social regido pelo autoritarismo. Portanto, sob a influência da ideologia política da época não houve uma preocupação parlamentar sobre os direitos humanos. Nota-se que a Lei Penal sequer cita a palavra "transfobia" nos seus 361 artigos, mesmo sendo uma prática costumeira e inconstitucional. Dessa forma, este impasse somente será solucionado mediante uma prestação legislativa imediata, sendo absolutamente indispensável a adoção de políticas públicas voltadas para o combate às diversas formas de violência contra a cultura trans.

Por conseguinte, a Lei n° 12.343, de 2010, além de criar o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais, estabelece em seus incisos do artigo 1º os princípios da liberdade de expressão, diversidade cultural e respeito aos direitos humanos, entre outros, como norteadores do Plano Nacional de Cultura (PNC). O artigo 2º, inciso I, atribui ao Plano de Cultura o reconhecimento e valoração da diversidade cultural, étnica e regional brasileira. Dessarte, a concretização dos princípios e objetivos do PNC é de competência do Poder Público, que deve garantir a multiplicidade de seus valores e formações, conforme estabelece no artigo 3º, incisos I e IV da lei sobredita (BRASIL, 2010).

Dessa forma, por intermédio da Portaria nº 144, de 8 de novembro de 2012, o Ministério da Cultura criou o Comitê Técnico de Cultura de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais entre outros grupos da diversidade sexual com o intuito de combater o preconceito e promover os direitos humanos, além de apoiar as políticas culturais para a população LGBT (BRASIL, 2012).

Entretanto, tais medidas são insuficientes para oferecer a eficácia dos direitos às pessoas trans. A efetividade das políticas públicas está associada à atuação do Congresso Nacional em dispor de uma lei que ampare a sociedade trans no âmbito penal, civil e administrativo, oferecendo dispositivos legais de prevenção e repreensão contra atividades lesivas aos direitos trans.

Tendo em vista a omissão parlamentar, foram criados mecanismos que visam tornar público o índice de violência do grupo trans, procurando chamar a atenção das autoridades governamentais para que o Estado adote políticas públicas específicas com a finalidade de solucionar o problema.

É o caso de organizações não-governamentais como a ANTRA e a Rede TransBrasil (Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil), criadas com o intuito conscientizar a sociedade sobre a vulnerabilidade do grupo trans, em vista do aumento potencial dos assassinatos realizados pela transfobia. Há também o aplicativo Todxs e a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (Disque 100), este último integrante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que são meios alternativos para denunciar conflitos sociais que violem os direitos humanos.

Sem embargo, o descaso dos parlamentares quanto ao caso é extremo, tendo em conta que desde 2001 o tema ora estudado fora apresentado na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei (PL) nº 5003 que tinha como escopo a inclusão da discriminação por gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero na Lei do Racismo. Ocorre que o PL foi automaticamente arquivado sem ser votado.

Apesar dos obstáculos que o Estado enfrenta para estabelecer normas com eficácia ao caso concreto, é mister elencar o papel do Poder Judiciário no combate à transfobia, tais como:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica o art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES.

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero.

2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la.

3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. Ação direta julgada procedente."

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

"Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas

> qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; [...] (BRASIL, 2013).

Ocorre que, mesmo após o STF incluir a transfobia na Lei do Racismo em junho de 2019, o problema ainda ganha crescimento no Brasil. Dessa forma, indaga-se: como aplicar efetivamente as normas jurídicas atualmente disponíveis para inibir a transfobia? Esta é uma relevante indagação. Questiona-se como o ordenamento jurídico brasileiro terá sua plena efetividade em casos concretos sem projetos educacionais que visem conscientizar a normalidade da diversidade cultural e a tolerância às liberdades de expressões individuais.

Desse modo, é preciso que o Estado, juntamente com as ONGs, tome algumas medidas como: implementação de projetos sociais nas escolas, desde as séries iniciais, adequando a mensagem de conscientização de acordo com a idade de cada aluno, respeitando as fases de desenvolvimento do ser humano; parcerias das entidades estatais com as organizações não-governamentais; serviços de segurança pública destinados primordialmente à proteção da população trans, tendo em vista uma maior vulnerabilidade deste grupo em face dos demais. É necessário que o Brasil adote políticas públicas que busquem concretizar as normas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os números de assassinatos causados pela transfobia são preocupantes e permeiam movimentos sociais em todas as regiões do Brasil com o intuito de pressionar o Estado, agente legítimo para adotar medidas preventivas e punitivas quanto à prática dos homicídios estimulada pela transfobia.

A Constituição Federal de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos preveem amparos jurídicos em defesa dos direitos aqui discutidos, porém, os índices de assassinatos ora apresentados indicam uma insuficiência normativa caracterizada pela ausência de leis complementares à Constituição que assegurem a praticidade dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Entretanto, estima-se que a elaboração de uma norma legal ainda não seria suficiente para sua aplicabilidade em cunho prático. Tal entendimento presume-se em vista da inefetividade das ações governamentais em impedir a violação dos direitos humanos. A omissão estatal resulta em isenções de penas, facilitando para que a prática destes crimes sejam cada vez mais contínuos.

Portanto, é essencial que se tome medidas imediatas para implementação de políticas públicas a fim de combater a intolerância da cultura trans, bem como a elaboração de leis específicas preventivas e punitivas, além de haver uma fiscalização maior sobre a prática do crime por parte do Poder Público.

Pitágoras disse: "Eduque as crianças e não será necessário castigar os homens". Partindo dessa premissa, também será preciso haver a implementação de políticas públicas de ensino nas escolas destinada à conscientização do respeito à diversidade cultural. Além disso, é necessário que o Estado crie mecanismos de Segurança Pública que supra a fragilidade acometida à população trans.

Diante de todo o exposto, conclui-se que somente com a adoção de medidas públicas de segurança pública juntamente com a elaboração de atos normativos específicos que regulamentem os direitos trans poderá ser preservada a vida e a dignidade de pessoa humana. Vale ressaltar a importância de medidas preventivas de ensino nas escolas a fim de construir uma sociedade futura desprovida de qualquer resquício discriminatório contra o grupo trans.

Referências

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS. Da negligência à realidade: Um passo a passo para denunciar a violência contra pessoas LGB-

Ts no Brasil. **Agência de Notícias da AIDS**, São Paulo, 6 set. 2019. https://agenciaaids.com.br/noticia/da-negligencia-a-realidade-um-passo-a-passo-para-denunciar-a-violencia-contra-pessoas-lgbts-no-brasil/. Acesso em: 23 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Boletim 1/2020**. Assassinatos contra Travestis e Transexuais brasileiras. Rio de Janeiro, 3 mar. 2020a. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/05/boletim-1-2020-assassinatos-antra.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Boletim nº 02/2020**. Assassinatos Contra Travestis e Transsexuais em 2020. Rio de Janeiro, 4 maio 2020b. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/05/boletim-2-2020-assassinatos-antra-1.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. **Boletim nº 03/2020**. Assassinatos Contra Travestis E Transexuais em 2020. Rio de Janeiro, 25 jun. 2020c. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/06/boletim-3-2020-assassinatos-antra.pdf. Acesso em: 27 jun. 2020.

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. BBC News Brasil, São Paulo, 13 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924. Acesso em: 28 jul. 2020.

BBC. 50 anos de Stonewall: saiba o que foi a revolta que deu origem ao dia do orgulho LGBT. **BBC News Brasil**, São Paulo, 1 jun. 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-48432563. Acesso em: 30 jun. 2020.

ROSSI, Amanda. 'Monstro, prostituto, bichinha: como a Justiça condenou a 1º cirurgia de mudança de sexo do Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 28 mar. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187. Acesso em: 29 jun. 2020

BENEVIDES, B. G.; NOGUEIRA, S. N. B. **Dossiê**: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020.

BOL. Confira momentos e fatos históricos da causa gay no Brasil e no mundo. **BOL Fotos**, São Paulo, 17 jul. 2013. Disponível em: https://noticias.bol.uol.com.br/fotos/entretenimento/2013/07/17/confira-momentos-e-fatos-historicos-da-causa-gay-no-brasil--e-no-mundo.htm#fotoNav=1. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. **[Constituição (1988)].** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.

BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei. **PL 5003/2001**. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília, 7 ago. 2001. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842. Acesso em: 2 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010**. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Brasília: Planalto, 2 dez. 2010. Diponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Cultura. **Relatório Final do Comitê Técnico de Cultura para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT**. Brasília: Ministério da Cultura, 11 dez. 2014. Disponível em: http://culturaviva.gov.br/wp-content/

uploads/2016/04/MinC_SCDC_RELATORIO_GT-LGBT_v03-sarah.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. Minitério da Cultura. **Portaria nº 144, de 8 de novembro de 2012.** Cria Comitê Técnico de Cultura para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) e demais grupos da diversidade sexual. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, n. 218, p. 11, 12 nov. 2012. Disponível em: http://www.editoramagister.com/legis_23951943_PORTARIA_N_144_DE_8_DE_NOVEMBRO_DE_2012.aspx. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. **ADO 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Congresso Nacional, Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 19 dez. 2013. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Fachin vota pela aplicação da Lei do Racismo à homofobia e à transfobia até edição de lei específica. **STF**, Brasília, 21 fev. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=404047. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **STF**, Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010. Acesso em: 9 jul. 2020.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena: CEDIN, 14 jun. 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 em: 11 jun. 2020.

CUNHA, Bruno. Brasil registra alto índice de pessoas mortas por transfobia. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 28 nov. 2019. Disponível em: http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9718-Brasil-registra-alto-indice-de-pessoas-mortas-por-transfobia. Acesso em: 15 jun. 2020.

CUNHA, Thais. Brasil lidera ranking mundial de assassinatos de transexuais. **Correio Braziliense**, Brasília, [2020]. Disponível em: http://especiais.correiobraziliense.com.br/brasil-lidera-ranking-mundial-de-assassinatos-de-transexuais. Acesso em: 17 jun. 2020.

DIAS, Valéria. O que o serviço de denúncias Disque 100 revela sobre violência contra travestis e transexuais. **Jornal da USP**, São Paulo, 29 jan. 2020. Disponível: https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/o-que-o-servico-de-denuncias-disque-100-revela-sobre-violencia-contra-travestis-e-transexuais/. Acesso em: 9 jul. 2020.

FORTE, Bárbara. Transgênero, transexual, travesti: aprenda os significados (e respeite a diversidade). **BOL Notícias**, São Paulo, 3 jan. 2018. Disponível em: https://www.bol.uol.com.br/noticias/2018/01/03/transgeneros.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

MIGALHAS. Primeira trans a realizar cirurgia de mudança de sexo no Brasil foi chamada de "eunuco estilizado" na Justiça. **Migalhas**, [*s. L.*], 8 mar. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/296792/primeira-trans-a-realizar-cirurgia-de--mudanca-de-sexo-no-brasil-foi-chamada-de-eunuco-estilizado-na-justica. Acesso em: 20 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. ARTIGO: Quebre o silêncio! **Nações Unidas Brasil**, Rio de Janeiro, 19 maio 2020. Disponível em: https://nacoesunidas.org/artigo-quebre-o-silencio/. Acesso em: 9 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. População trans ainda é mais vulnerável ao estigma e à discriminação no Brasil. **Nações Unidas**

Brasil, Rio de Janeiro, 30 jan. 2020. https://nacoesunidas.org/populacao-trans-ainda-e-mais-vulneravel-ao-estigma-e-a-discriminacao-no-brasil/. Acesso em: 9 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 10 dez. 1948. Disponível em: https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjw9IX4BRCcARIsAOD2OB0qb3IA2_D-S8e0chSLc7-tYDgMESsl4nGnyYZWU8TP64WW8zHhki8aAhq0EALw_wcB. Acesso em: 9 jun. 2020.

SOUZA, Isabela. Direitos humanos: conheça as três gerações! **Politize-se!**, [*s. L.*], 20 fev. 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/. Acesso em: 24 jun. 2020.

TGEU. Transgender Europe. [site]. 2020. Disponível em: https://tgeu.org/. Acesso em: 28 jun. 2020.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/388/r139-05.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 10 jun. 2020.

SAÚDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A EFETIVIDADE DA LEI Nº 12.732/2012, NO ESTADO DO AMAZONAS, NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Vitória Regina Maia Castelo Branco
Ezelaide Viegas da Costa Almeida

1 Introdução

O estado do Amazonas conta apenas com um hospital público de referência para o atendimento de pacientes acometidos por câncer. Localizado na cidade de Manaus, capital do estado, o qual recebe pacientes de todas as cidades do interior. Frequentemente, os veículos de comunicação divulgam as dificuldades que os pacientes enfrentam para terem acesso a tratamentos nesse hospital, assim como as necessidades estruturais (equipamentos, medicamentos, materiais diversos) que comprometem a sua capacidade de atendimento.

O direito à agilidade no início do tratamento está regulamentado pela lei n° 12.732 de 22 de novembro de 2012, a qual em seu art. 2° dispõe que o paciente com câncer tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde – SUS, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contados a partir da data do diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.

Trabalhamos com a hipótese de que no estado do Amazonas, a situação que se apresenta indica o não cumprimento do prazo estabelecido na referida lei, indicando a necessidade de análise da sua efetividade e dos reflexos na saúde e dignidade da pessoa humana, implicando na alocação da Lei nº 12.732/2012 no rol de uma legislação simbólica. Por isso, elegemos como problema de pesquisa a seguinte questão: quais os impactos da falta de efetividade da Lei nº 12.732/2012 à saúde e à dignidade da pessoa humana no Estado do Amazonas?

Decorrente dessa problemática, elaboramos o objetivo geral da pesquisa que é analisar a efetividade da Lei nº 12.732/2012 no estado do Amazonas e seus reflexos na saúde e dignidade da pessoa humana e, os objetivos específicos que são: 1) verificar o que estudos recentes indicam sobre a efetividade da Lei nº 12.732/2012 no Estado do Amazonas; 2) avaliar os reflexos da (não) efetividade da Lei nº 12.732/2012 à saúde e à dignidade da pessoa humana; e, 3) identificar os aspectos que levam ao entendimento de uma lei como legislação simbólica.

O artigo apresenta inicialmente os aspectos metodológicos da pesquisa para em seguida discorrer sobre os direitos fundamentais, o conceito de efetividade e legislação simbólica.

2 Aspectos metodológicos da pesquisa

Entendemos que o método de abordagem indica, de modo geral, o modo lógico de pensar o plano traçado para a pesquisa e o posicionamento do pesquisador frente ao fenômeno estudado. Ou seja, define a abordagem vinculada ao tipo de análise que o pesquisador opera. Nessa perspectiva, diante do objeto de estudo elegido, adotamos uma abordagem de pesquisa qualitativa que é fundamentalmente interpretativa (CRESWELL, 2007) cujas análises foram realizadas por meio da Hermenêutica.

A Hermenêutica é uma abordagem qualitativa de pesquisa que se constitui em um método advindo

> da certeza de que o contexto é o norte de explicação de toda e qualquer comunicação humana. Não é pela forma, pela gramática, que qualquer discurso pode ser compreendido, mas pelo

> seu entorno. Essa abordagem preocupa-se com isso: despertar a sensibilidade, a percepção adequada para compreender mais o não dito do que o dito. (LAMY, 2011, p. 55).

Assumimos uma abordagem qualitativa porque não era nosso interesse quantificar o objeto de estudo, que se constituía em texto ou palavras, mas interpretá-lo dentro de um cenário jurídico. Para Iamundo (2017, p. 21), " a interpretação é consequência da compreensão e, pelo grau ou natureza do que é compreendido é que ocorre a interpretação". Por isso, demos especial atenção à qualificação e à avaliação das informações, pois, "quanto maior o conhecimento sobre os fatos, coisas ou eventos, maior a capacidade de percepção e, portanto, de compreensão, o que resulta em maior capacidade de interpretação" (IAMUNDO, 2017, p. 21).

O método hermenêutico nos possibilitou interpretarmos a Lei nº 12.732/2012, objeto de estudo, questionando-a enquanto possibilidade o que a mostrou como não efetiva. É importante lembrarmos que a interpretação "[...] concretiza-se no ato de explicar o sentido do texto analisado. Só compreendemos corretamente um texto, quando compreendemos o nosso próprio mundo, e o mundo do qual aquele texto fala (DUARTE; FARIAS; OLIVEIRA, 2017, p. 8).

Dada a característica do nosso objeto de pesquisa, de acordo com Ghedin (2004, p. 5), "a partir de uma abordagem hermenêutica poderíamos dizer que o texto é a mensagem [...]" que queríamos analisar, no caso a Lei nº 12.732/2012, com vistas a elucidação de sua efetividade no contexto analisado.

Para o desenvolvimento da pesquisa necessitamos definir, também, o método de procedimento, isto é, como iríamos proceder para responder à questão investigada. Então, dada a natureza do objeto de estudo, textos, elegemos o método monográfico ou estudo de caso, que consiste em um estudo detalhado do objeto com a finalidade de obter generalizações. Pois, tivemos que examinar "o tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos" (MARCONI; LAKATOS, 2010, p. 108).

O método estudo de caso ou monográfico é frequentemente utilizado pelos pesquisadores sociais, pois possibilitam investigações com

diferentes propósitos, tais como a explicação de causas de "determinado fenômeno em situações muito complexas que não possibilitam a utilização de levantamentos e experimentos" (GIL, 2008, p. 58).

Na nossa pesquisa seguimos as indicações desse método para compreendermos e, consequentemente, interpretarmos o caso da (não) efetividade da Lei nº 12.732/2012, no estado do Amazonas, por isso, utilizamos a pesquisa bibliográfica como técnica de coleta de dados visto que as nossas fontes de informação eram materiais já publicados, prioritariamente, artigos científicos e a Lei nº 12.732/2012. Para Gil (2008, p. 50),

> a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. Esta vantagem se torna particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço.

Os dados foram coletados a partir da análise de dispositivos jurídicos e artigos científicos publicados no período de 2018 a 2020 que abordavam o Direito à Saúde, particularmente, os que se referiam à Lei nº 12.732/2012, no estado do Amazonas. Para tanto, adotamos dois parâmetros: o parâmetro temático que definiu as obras que poderiam compor o estudo por manterem relação com nosso objeto de pesquisa e o parâmetro cronológico de publicação, adotado para os artigos científicos, que definiu o período a ser pesquisado (LIMA; MIOTO, 2007).

Seguimos as indicações de Lima e Mioto (2007) para elaborar as etapas que definiram a coleta e a interpretação dos dados: a 1ª etapa, levantamento da bibliografia, consistiu na seleção das leis e artigos científicos que atendem ao parâmetro temático e ao cronológico estabelecidos. A 2ª etapa, levantamento das informações contidas nos materiais bibliográficos selecionados, nos exigiu uma leitura seletiva e reflexiva tendo em vista os objetivos preestabelecidos. A 3ª etapa foi a mais complexa, pois consistiu na análise dos dados que ocorreu por meio da leitura interpretativa. Nessa última etapa o objetivo era relacionar os dados, as impressões, ideias, obtidas nas obras lidas com o problema de pesquisa, o que para Lima e Mioto (2007, p.41):

> Implica na interpretação das ideias do autor, acompanhada de uma inter-relação destas com o propósito do pesquisador. Requer um exercício de associação de ideias, transferência de situações, comparação de propósitos, liberdade de pensar e capacidade de criar. Nesse momento o critério norteador é o propósito do pesquisador.

É importante destacar que na 3ª etapa, embora cada artigo selecionado para o estudo já expressasse a análise de seus autores, acerca do problema que eles investigaram, o critério norteador de nossa análise e, consequentemente, de nossa interpretação foi guiado pelo objetivo proposto para o nosso estudo e isso, de certa forma, nos levou a um exercício epistemológico inspirado na metanálise, não no sentido estatístico originário desta, mas pela possibilidade de integrar resultados de outros estudos, independentes ao nosso, para melhor compreendermos a questão estudada.

Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, elenca como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e garante em seu artigo 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 2016, p. 141).

Para os fins do estudo que nos propomos realizar, é válido destacar que:

> Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2005, p. 129).

A dignidade da pessoa humana é um princípio garantidor do direito à saúde do cidadão (COSTA, MOTTA, ARAÚJO; 2017). A saúde, na perspectiva da Organização Mundial da Saúde (OMS), é "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades", isso implica garantia, tranquilidade e segurança no acesso a consultas, exames, tratamentos quando se fizer necessário.

> A previsão do direito à saúde como direito fundamental social, cujo acesso deve ser universal, igualitário e gratuito, configurando dever do Estado e direito de todos os cidadãos, ocasiona a reconfiguração da saúde pública de forma a garantir a prestação de bens, utilidades e serviços necessários à sua fruição. (MOURA; ORDACGY, 2017, p. 54).

Embora a saúde e a dignidade da pessoa humana estejam garantidas constitucionalmente, no cenário brasileiro atual são múltiplos os fatores que dificultam a garantia desses direitos. Isto porque, particularmente no caso da saúde, faz-se necessário atentar para as condições dos sistemas públicos de saúde em todas as esferas.

Ao poder público atribui-se a formulação e a implementação de políticas sociais e econômicas que visem garantir aos cidadãos os direitos fundamentais, constitucionalmente, garantem a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos do Estado Democrático e de Direito (COSTA, MOTTA, ARAÚJO; 2017).

Os direitos fundamentais não podem ser considerados uma concessão do Estado. No Brasil, eles são inerentes às personalidades humanas desde o nascimento. Nessa direção, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida" (SILVA, 1998, p. 92). No entanto, são muitas as situações da vida onde na defesa da dignidade humana, os direitos fundamentais, como o direito à vida, a uma vida digna que não se limita apenas à existência, são sutilmente violados embora, aparentemente, estejam amparados juridicamente.

Do direito à vida, à vida digna, deriva o direito à saúde entendida num sentido amplo que inclui a promoção, a proteção e a recupe-

ração. Quanto ao direito à saúde, é necessária a atenção, particularmente, ao aspecto da recuperação, pois a depender da enfermidade agravam-se as violações. Como exemplo, destacamos o caso do câncer e outras enfermidades que requerem tratamento e medicamentos com alto custo financeiro.

O câncer é uma enfermidade tão avassaladora no que diz respeito à saúde física, psicológica e financeira dos pacientes, de seus familiares e cuidadores que o Estado passou a se responsabilizar pela situação e os legisladores criaram dispositivos jurídicos para assegurar aos pacientes benefícios como auxílio doença, isenção de pagamento do Imposto de Renda, que incide na aposentadoria, quitação de imóvel, isenção de IPI, ICMS e IPVA na aquisição de veículos adaptados (BARBOSA, 2010).

No entanto, não raro, pacientes acometidos por enfermidades desse tipo recorrem ao poder judiciário para requererem do Estado o acesso a tratamentos e medicamentos previstos em lei, isto porque, com o passar do tempo, o Estado, em especial o Amazonas, que a *priori* deveria responsabilizar-se pela garantia da vida o que inclui a preservação e, particularmente, a recuperação da saúde "revelou-se incompetente ou impotente para fazer frente aos seus elevados custos" (SPITZCOVSKY, 2006, s.p).

No nosso país, a busca na justiça pela garantia de um direito fundamental nem sempre é um trâmite fácil e rápido, quase sempre é oneroso e desgastante, o que acarreta ainda mais sofrimento aos pacientes com neoplasias malignas que lutam, literalmente, contra o tempo. Muitas vezes, as pessoas desistem do acesso à justiça, que também é um direito básico, "para não ter que enfrentar a quase inacessível máquina estatal e seus intricados trâmites burocráticos" (BARBOSA, 2010, p. 387).

Como consequência, temos a precariedade ou a ausência do serviço de assistência médica pública, ao paciente com câncer, prestado pelo Estado o que acarreta prejuízos às condições da vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana que necessita ser garantido a todos independente de *status* social ou condição financeira.

Efetividade

A Constituição existe para efetivar-se. A efetivação da Constituição ocorre quando "os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares, existindo um empenho dos governantes e da população em respeitar e em concretizar os dispositivos constitucionais" (SANTOS, 2000, p. 6). De igual modo, as leis ditam regras de conduta que determinam o comportamento esperado e aceitável pela sociedade, dos cidadãos e também das instituições. No entanto, é válido atentarmos para o fato que nem sempre as leis atingem a finalidade nelas implícita, isto porque, muitas vezes, o ato de sua criação é pautado por uma hipertrofia política em detrimento da função normativo jurídica que lhe é devida ocasionando falhas quanto a sua efetividade (NOGUEIRA; BATISTA, 2017).

> A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1993, p. 79).

Para Rodrigues, Alencar e Branco (2020, p. 58), além da realização do Direito, a efetividade de uma Lei está diretamente relacionada ao "desempenho concreto de sua função social", o que implica não somente o reconhecimento do Direito, mas também, o cumprimento dos preceitos normativos. Isto porque o Direito tem a função de coordenação da vida em sociedade por meio das normas jurídicas que ditam comportamentos.

> Consequentemente, toda norma, desde o seu nascimento, delimita a sua aplicabilidade para culminar em sua utilização prática. Desse modo, todo o corpo de normas criadas no âmbito do *dever-ser* espera se concretizar, para definir o seu "*status*", segundo sua finalidade originalmente pretendida. (CALSING, 2012, p. 290, grifos do autor).

É importante destacar, de acordo com Almeida (2012, p. 48), que:

> A denominação norma jurídica é dada à norma que surge quando um fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano. E afetando, de algum modo, o equilíbrio de posições do homem diante dos outros homens, advém daí a necessidade da comunidade jurídica editar, sobre esse fato, norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social, quando observada ou não.

Para avaliarmos um dispositivo jurídico, norma, em termos de efetividade é importante observarmos a possibilidade de consenso entre o valor normativo (plano ideal) e a vontade social que surge das necessidades da vida concreta. É nesse contexto que inserimos nossa avaliação da efetividade da Lei nº 12.732/2012 observando os efeitos positivos frente ao que se propõe, a satisfação de quem dela necessita e as mudanças ocasionadas no cenário para o qual se direciona.

> A efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Refere-se à relação entre os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção. Trata-se de verificar a ocorrência de mudanças na população-alvo que se poderia razoavelmente atribuir às ações do programa avaliado. (TCU, 2018, p. 11).

Para Neves (2011, p. 48), "a efetividade se refere a implementação do 'programa finalístico' que orientou a atividade legislativa, isto é, à concretização do vínculo 'meio-fim' que decorre abstratamente do texto legal". Ou seja, a efetividade diz respeito ao cumprimento da finalidade expressa, escrita, na norma jurídica.

Foi nessa perspectiva que nos propomos avaliar o cumprimento da Lei nº 12.732/2012 no estado do Amazonas frente à necessidade do acesso a tratamentos necessários, em tempo hábil, à recuperação da saúde de pacientes acometidos por câncer, pois, de acordo com Bar-

bosa (2010, p. 387), "[...] de nada adianta uma complexa estrutura judiciária e legal se o cidadão não tiver como resolver efetivamente o seu problema".

Na delimitação temporal que elegemos para nossa pesquisa sobre a efetividade da Lei nº 12.732/2012, no estado do Amazonas, destacamos o estudo de Rodrigues, Alencar e Branco (2020) que, por meio de dados dos Registros Hospitalares de Câncer – RHC, evidenciam que, no estado do Amazonas, a maioria dos pacientes acometidos por essa neoplasia maligna não inicia o tratamento em no tempo estabelecido pela referida lei, 60 dias.

O prazo de 60 dias representa o tempo que o paciente pode esperar para iniciar seu tratamento sem grandes complicações ou agravamento de seu estado de saúde. Porém, quando o cidadão enfermo "ainda precisa lidar com a demora para o início do seu tratamento, vê-se em um cenário de agravamento de seu estado clínico, o que acarreta comprometimento do seu bem-estar mental" (RODRIGUES; ALENCAR; BRANCO, 2020, p. 59).

Muitos fatores podem contribuir para o não cumprimento do prazo estabelecido em lei, sendo um deles o retardo no fechamento do diagnóstico definitivo por falta de realização de exames de imagens e laboratoriais. Para tentar solucionar esse problema, houve, em 2019, alteração da Lei nº 12.732/2012 pela Lei nº 13.896/2019, que incluiu um parágrafo que trata do tempo dado ao SUS para a realização dos exames solicitados pelo médico. Assim, atualmente, em seu Art. 2º, § 3º, a Lei nº 12.732/2012 determina que: "nos casos em que a principal hipótese diagnóstica seja a de neoplasia maligna, os exames necessários à elucidação devem ser realizados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, mediante solicitação fundamentada do médico responsável".

Embora o acréscimo desse § 3º venha com força de lei, na prática não elimina outros fatores que emperram o cumprimento do prazo legal e comprometem a efetividade da lei, pois não adianta ter uma legislação forte se o sistema de saúde tem condições estruturais frágeis: laboratórios sem insumos, carência econômica, falta de profissionais qualificados etc. (RODIGUES; ALENCAR; BRANCO, 2020).

Na prática, a inclusão feita pela Lei nº 13.896/2019 responde às pressões emanadas da população enferma que sofre com o não cum-

primento dos prazos legais, mas não fortalece a efetividade da Lei nº 12.732/2012, uma vez que não percebemos implementos no SUS para que esses prazos sejam cumpridos, consequentemente, de acordo com Neves (2011), temos mais uma vez a busca pelo fortalecimento da confiança da sociedade no sistema jurídico-político do Estado atrelando-a ao campo da legislação simbólica.

Legislação Simbólica

Embora haja, no Brasil, uma legislação que "garante" o direito à saúde em seus aspectos físico, mental e social, é importante observar a relação entre o direito e o efetivo acesso do cidadão aos serviços públicos necessários à recuperação da saúde. Pois, no âmbito da legislação brasileira, é possível, de acordo com Neves (2011) a interpretação de certas leis na perspectiva da Legislação simbólica. "[...] Podemos definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico" (NEVES, 2011, p. 30). Ainda de acordo com este autor, "evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica" (NEVES, 2011, p. 31).

Particularmente, no caso do cidadão acometido por uma doença grave como o câncer, a Lei nº 12.732/2012 garante o primeiro tratamento em até 60 dias após o diagnóstico. No entanto, questionamos a efetividade da referida Lei no estado do Amazonas diante da capacidade de atendimento do sistema público de saúde que, geralmente, inviabiliza o cumprimento do prazo estabelecido na Lei, dando indícios de que se configura como uma legislação simbólica, pois o dispositivo legal foi criado sem a devida preocupação com a estruturação e ampliação do sistema de saúde diante do crescente número da população e do elevado índice de incidência da doença no estado do Amazonas.

Neves (2011, p. 33), fundamentando-se em Kindermann (1988), afirma que a legislação simbólica pode ser tipificada em um modelo tricotômico de acordo com seu conteúdo: "a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios".

No caso particular do objeto de estudo dessa pesquisa, a Lei nº 12.732/2012, a depender de sua efetividade podemos dizer que se insere no segundo tipo, cuja finalidade é de demonstrar a capacidade de ação do Estado em atender uma demanda da sociedade sem, contudo, atingir os fins para que se propõe, pois legisla em função de uma vontade social sem dar condições concretas para sua efetivação, configurando-se assim, como legislação-álibi.

A legislação-álibi visa atender a uma demanda da população, sem, contudo, levar em consideração as condições para sua efetividade, objetivando apenas despertar nos cidadãos a confiança no Estado e nos sistemas político e jurídico. Temos, então, leis que atendem às expectativas da sociedade, mas dificilmente geram as mudanças propostas.

Considerações finais

Ao longo da pesquisa, a Lei nº 12.732/2012 se mostrou como não efetiva quanto a seu objetivo, pois o acesso em tempo hábil de pacientes com câncer ao início do tratamento depende de fatores que não estão contemplados e não foram pensados pelo legislador, uma vez que a referida Lei apenas atende a uma pressão da sociedade, mas não cria as condições necessárias para sua efetividade. Consequentemente, os pacientes acometidos por essa enfermidade se veem diante de um cenário jurídico que lhes favorece, mas que na prática não resolve seus problemas. Tal realidade tem reflexos negativos na saúde e na dignidade desses pacientes.

Esse cenário e, mais recentemente, a inserção do §3º pela Lei 13.896/2019, ratifica o entendimento de que a Lei 12.732/2012 impõe-se como uma legislação-álibi.

Referências

ALMEIDA, E. V. da C. A questão da eficácia da norma jurídica ambiental: ficções e realidades. *In*: FONSECA, O. J. de M.; CAMARGO, S. A. F de. **Temas Contemporâneos de Direito Ambiental**. Manaus, AM: UEA Edições, 2012. p. 47-57.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, A. **Câncer, direito e cidadania**: como a lei pode beneficiar pacientes e familiares. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Lei nº 13.896/2019.** Promulgada em 30 de outubro de 2019. Diário Oficial da União. Brasília-DF, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 53 ed. São Paulo: saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.732/2012**. Promulgada em 22 de novembro de 2012. Diário Oficial da União. Brasília-DF, 2012.

CALSING, R. de A. A teoria da norma jurídica e a efetividade do direito. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 32, n.2, jul/dez, p. 289-300, 2012.

COSTA, F. V.; MOTTA, I. D. da.; ARAÚJO, D. A. de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 844-874.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa**: métodos qualitativo, quantitativo e misto; tradução Luciana de Oliveira da Rocha. Porto Alegre: Artmed,2007.

DUARTE, E. S.; FARIAS, V. G.; OLIVEIRA, N. A. O Método Hermenêutico e a Pesquisa na Área das Ciências Humanas. *In:*

XXII Jornada de Pesquisa, 22, 2017, **Anais** [...], Unijuí, 2017, p. 1-13.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** São Paulo: Atlas, 2008.

IAMUNDO, E. **Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LAMY, M. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA, T. C. S.; MIOTO R. C. T. Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico: a pesquisa bibliográfica. **Revista Katál**. Florianópolis v. 10, número especial, p. 37- 45, 2007.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora WNF Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, P. B.; BATISTA, C. implicações da legislação simbólica no sistema jurídico. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional,** ISSN: 2525-961X, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-15, jan/jun, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. OMS: câncer mata 8,8 milhões de pessoas anualmente no mundo. Disponível em https://nacoesunidas.org/oms-cancer-mata-88-milhoes-de-pessoas-anualmente-no-mundo/. Acesso em 10 de abril de 2020.

RODRIGUES, A. da S.; ALENCAR, L. C. F. S. de; BRANCO, V. R. M. C. Efetividade da Lei nº 12.732/2012 na assistência às neoplasias malignas e sua associação com a mortalidade no Estado do Amazonas. **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 8, nº 1, p. 49-61, abr, 2020.

SILVA, J. A. da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun.,1998.

SPITZCOVSKY, C. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1053, 20 maio 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8382. Acesso em: 18 abr. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Técnica de indicadores de desempenho para auditorias. Brasília/DF, 2018.

RESSOCIALIZAÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL: UM ESTUDO SOBRE A RELEVÂNCIA DO TRABALHO DO ASSISTENTE SOCIAL NA APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS

Karla Fernanda Oliveira da Cunha Lima
Jean Patrício da Silva

Introdução

As penas ou medidas alternativas é uma forma de punição mais humanizada que surgiu como prática ressocializadora e busca educar o indivíduo em conflito com a lei, sem negá-lo o direito de permanecer em convívio social, são alternativas que substituem a pena privativa de liberdade por medidas socioeducativas.

Ainda que de forma punitiva, essas medidas possibilitam que o infrator pague sua dívida com a sociedade sem perder o direito de permanecer no contexto familiar, livrando-o desta feita do efeito prejudicial ocasionado pela privação de liberdade. Tais medidas são destinadas a infratores de baixo potencial ofensivo, levando em consideração o grau de culpabilidade, seu perfil social, antecedentes e personalidade, visando, sem rejeitar o caráter ilícito do fato, substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão.

Por ser uma medida voltada para ressocialização, tornou-se evidente a necessidade de encontrar um profissional com capacidade de intervenção democrática, qualificado para viabilizar de maneira imparcial o acesso aos direitos. Diante disso, o assistente social foi chamado, dando um suporte de grande valor para o campo do direito, a fim de contribuir com esse processo ressocializador, haja vista, ser um profissional atuante nas questões sociais e que luta para a efetivação da cidadania e pela justiça social.

De modo geral o que se pretende ponderar neste trabalho é o desenrolar do papel do assistente social na operacionalização decorrente da aplicação desse tipo de penalidade e sua contribuição para a reinserção social de um indivíduo em conflito com a lei.

Diante do exposto pretende-se analisar a relevância do aporte do Assistente Social no que diz respeito a eficácia das penas alternativas como estratégia de ressocialização do indivíduo, bem como de que maneira tais penas vêm contribuindo para uma reinserção dos apenados na sociedade.

Essas medidas ainda se configuram como desafios para o Serviço Social, uma vez que, sua utilidade social é contestada por uma parcela da sociedade, que acreditam que a medida não possui conteúdo intimativo e temem perigos potenciais e consequências inesperadas.

Para desestgmatizar essa nova concepção de pena e mudar a história, é necessário investir em novas modalidades voltadas a ressocialização e não permanecer atrelados a termos do passado.

Esse debate não exaure o assunto, antes, abre espaço para discutir o caráter social que cercam tal entendimento, na busca incessante da afirmação da funcionalidade dessa medida, na resolução dos problemas ocasionados pelo sistema carcerário, principalmente, com relação à sua função ressocializadora.

1 A Falência do Sistema Prisional como Medida Ressocializadora

A cultura em que vivemos estabelece padrões e condutas aceitáveis para convivência em sociedade. A quebra dessas normas legais impostas, configura um desajuste gerador de consequências passíveis de punição.

O encarceramento do infrator sempre foi considerado pela sociedade como sinônimo de justiça. Essa prática punitiva, imputa ao Estado o papel coercitivo, responsável por excluir os contraventores do convívio social. Esse modelo de punição se dá desde os primórdios da civilização, mantendo o sujeito em conflito com a lei afastado da sociedade.

Em todo contexto histórico da humanidade as penas sempre obtiveram uma aplicação pouco humanitária. O cárcere sempre foi visto como resposta para a supressão de condutas delituosas e para punir aqueles que não estavam em conformidade com a lei. Essa prática de privar o outro da liberdade foi amadurecendo com as transformações sociais e vem se adequando a novos métodos de punição.

Conforme destaca Rogério Greco (2011, p. 443): "Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade".

O modelo social vigente, traz sequelas que vem desde outrora. Sua desarmonia e desiquilíbrio social é a mola propulsora para desencadear a inserção na vida criminosa de muitos. A busca pela sobrevivência os remete cada vez mais a uma vida atrelada ao crime, sem perspectivas de um reajuste social.

É visível que esse sistema de punição em nada tem contribuído para a regeneração do apenado, uma vez, que na prisão estão expostos a práticas de violência que se fazem necessárias para sua sobrevivência naquele ambiente tão hostil, já que para manter-se vivo dentro do sistema carcerário, os apenados são obrigados a fazer pactos com facções criminosas que predominam ali. Sob outro aspecto, os condenados tornam-se invisíveis para a sociedade e o Estado mais uma vez falha na criação de métodos educativos, sem conseguir implementar condições mínimas para que os indivíduos sejam reintegrados socialmente.

A reinserção social está meramente ligada a assistência disponibilizada a esse sujeito, é através de novas oportunidades que o infrator norteará os trilhos de um novo caminho. Reintegrar um indivíduo a sociedade é dar uma nova chance a ele de percorrer uma nova trajetória de solidificar novos valores e princípios e assim regenerar-se.

Conforme a Assembleia Geral da ONU (1948), a Declaração dos Direitos Humanos em seu artigo 1º preconiza que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". Considerando esse artigo pode-se ressaltar que mesmo em conflito com a lei e julgado pelos seus erros, o indivíduo é um sujeito detentor de direitos e deve ser tratado com humanidade.

A ressocialização traz dignidade e revigora a autoestima do sujeito. É uma responsabilidade não somente do Estado, mas também de toda uma sociedade, coparticipantes desse processo ressocializador.

A vista disso, Shecaira e Corrêa Junior (1995, p. 44) argumentam que:

> Ressocializar é a efetiva reinserção social, a criação de mecanismos e condições para que o indivíduo retorne ao convívio social sem traumas ou sequelas, para que possa viver uma vida normal. Sabendo que o estado não proporciona a reinserção social de nenhum recluso, o que possibilita o retorno à criminalidade, ou a reincidência criminal.

Essa prática ressocializadora traz benefícios em diversos aspectos para o indivíduo em conflito com a lei, lhes possibilitando uma nova reflexão sobre seu comportamento errôneo. Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt "[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos". (2001, p. 139).

A maior causa de reincidência ao mundo do crime, se dá devido à falta da assistência das famílias, considerada um dos pilares importantes para a regeneração do infrator. Esta por sua vez, tem a responsabilidade de estar presente, mostrando ao mesmo a sua importância dentro do seio familiar, ajudando-o ante os obstáculos sociais e contribuindo dessa forma junto com agentes sociais envolvidos, com a ressocialização do transgressor.

De acordo com Machado (2008) a "ressocialização" pode ser entendida como um amplo trabalho de reestruturação psicossocial do infrator, como também da sociedade que o receberá depois do cumprimento da pena, sem qualquer tentativa de reincidência.

Por fim a ressocialização não está fundamentada em apenas adequar o contraventor aos padrões legais de comportamento que a sociedade almeja, todavia, pretende estabelecer uma reinserção social eficaz, proporcionando ao sujeito um retorno ao convívio social com mais dignidade.

A criação dos presídios deu-se com a finalidade de reeducar os indivíduos para que os mesmos tivessem a oportunidade de ser reinseridos na sociedade. O que vemos na prática é uma disfunção desse discurso reabilitador, totalmente frágil e sucumbido pela falência desse sistema prisional.

É muito importante salientar que a pena privativa de liberdade transforma os detentos em sujeitos totalmente sem iniciativa, desprovidos de qualquer responsabilidade, lhes tirando a personalidade e ferindo seu respeito. Contribuindo ainda, as atividades não incentivam a reintegração, isso porque, são praticadas de modo rotineiro, desenvolvendo um ambiente contrário ao ambiente social (MARCÃO, 2015).

Os procedimentos utilizados na prisão para controle da criminalidade refletem negativamente na sociedade, sob a consequência de que postos ao convívio social, demonstram a falha dos métodos adotados. De acordo com Jesus (2000) "É crença errônea, arraigada na consciência do povo brasileiro, a de que somente a prisão configura a resposta penal".

Essa realidade reafirma a incompatibilidade com as propostas de reintegração social ofertadas pelas prisões, já que uma vez inseridos nesse espaço desfavorável, onde a criminalidade dita regras, tornam-se profissionais do crime e são levados a atos de natureza mais grave. Posto isso, é possível afirmar que o sistema penitenciário não tem eficácia na prevenção e combate à criminalidade (DASSI,2006).

Uma vez falha em sua função social, as prisões têm se tornado incompatíveis com qualquer intenção de reestruturação da personalidade criminosa, estabelecendo-se como uma prática inviável para qualquer forma de ressocialização. É em meio a esses conflitos sociais e em busca de encontrar um novo método para regenerar os sujeitos em conflitos com a lei que surgem as Penas Alternativas.

2 As Penas Alternativas

Para começar, podemos dizer que as discussões em relação aos efeitos negativos da privação de liberdade sempre despertaram novas aspirações sociais ao longo do tempo, tornando relevante a busca por medidas mais adequadas no que diz respeito a certos tipos de delitos.

As penas alternativas surgem como uma saída para o sistema penitenciário, permitindo que o infrator mantenha a integração social e tenham uma nova oportunidade para rever seus erros, reservando a medida cautelar mais dura, ou seja, a prisão, apenas para aqueles casos que proporcionam risco a integridade social. Tais medidas se apresentam como uma nova e coerente solução na perspectiva de substituição da falida pena privativa, sem perder seu efeito punitivo.

Dessa forma, essas medidas representam grande avanço das formas de repressão delitiva, em que o indivíduo pode cumprir sua pena em liberdade, sendo inserido no meio social (DEVERLING, 2010).

Segundo Roque de Brito Alves "A pena tem um caráter retributivo, mas também busca os fins de readaptação social do criminoso e a intimidação geral. Sustenta, assim, o caráter retributivo de pena, porém com a função utilitária, a ressocialização do delinquente".

A reformulação de Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1940 (Lei 7.209/1984) trouxe melhorias e contribuiu para a eclosão das penas restritivas de direitos, à princípio foram introduzidas três categorias: a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Em 1984 a LEP - Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), normatizou a aplicação de penas no país (BRASIL, 1984).

Sucessivamente é criado um dispositivo legal que visava normatizar e disciplinar as penas alternativas, isto é, a Lei 9.714/98, que alterou o Código Penal Brasileiro nos artigos 43, 44, 45, 46, 47,55 e77. Essa alteração foi sem dúvida um marco histórico em relação à forma de punir no Brasil e ampliou as punições alternativas. Essa mudança também estabeleceu alguns pressupostos legais para concessão dessa substituição por pena alternativa. Os delitos deveriam ser de menor gravidade, ou seja, sem violência ou grave ameaça à vítima, ter condenação máxima

de até 4 anos de reclusão, além de não ser reincidente. No entanto, os princípios que norteiam essa nova concepção de pena não a eximem de seu feito punitivo.

Perboni (2010) pontua que, os requisitos básicos criados para que a pena alternativa seja imposta sob uma substituição da privativa de liberdade, são claros e estão no Art. 44 da Lei 9.714\98 do Código Penal (BRASIL 1998), são eles os requisitos:

> I – Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo. II – O réu não for reincidente em crime doloso.
>
> 1 – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
>
> § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma Pena Restritiva de Direitos; ser superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma Pena Restritiva de Direitos e multa por duas restritivas de direitos.
>
> § 3º Se o condenado for reincidente, o Juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.
>
> § 4º A pena Restritiva de Direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da Pena Restritiva de Direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.
>
> § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o Juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (PERBONE, 2010, p. 55-57).

As penas alternativas é uma forma diferente do apenado cumprir sua pena e reestrutura a concepção da pena vista meramente como punitiva, é uma forma de evolução mais humana das penas e insere dessa forma a ideia da pena como medida capaz de trazer a reeducação e ressocialização ao indivíduo.

Nesse novo modelo punitivo, o indivíduo em conflito com a lei terá a oportunidade de ser reintegrado e aceito pela sociedade, não ficando também condenado a exclusão social, antes terá garantido o seu direito de convívio com a família, bem como a possibilidade e oportunidade de trabalho.

O tempo de duração dessas medidas correspondem a quantidade da pena imposta pelo Juiz na sentença. As Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMA) do Departamento de Penas e Medidas Alternativas são responsáveis pela execução e acompanhamento do Programa de Prestação de Serviço à Comunidade.

Para que a execução das Penas Alternativas seja aplicada de fato somente para aqueles que se enquadrem em todos os critérios delimitados, é preciso que, no momento da substituição das penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos, todos os pressupostos elencados no artigo 44 do CP sejam analisados como um todo, a fim de que as penas alternativas não sejam aplicadas de forma errônea.

Posto isso, entende-se que reunidos todos os requisitos objetivos e subjetivos analisados pelo magistrado quando da verificação acerca da possível substituição da pena de prisão por medidas restritivas de direito, representam um balizamento realizado pelos legisladores a fim de especificar o perfil daqueles que devem fazer jus à aplicação da pena alternativa.

2.1 Utilidade social das Penas Restritivas de Direito

As penas alternativas têm grande utilidade como meio na recuperação social, isto se legitima uma vez que, as penas restritivas de direito se sobressaem em vantagens quando comparadas as penas privativas de liberdade. Não obstante, essa forma mais digna com que essa pena é aplicada chamou a atenção da ONU – Organização Nações Unidas,

que consideram tais medidas um marco evolutivo no que diz respeito à aplicação de penas.

Considerando que os objetivos dessa nova prática são: minimizar os problemas sociais oriundo do encarceramento, oportunizar a readaptação do apenado ao convívio social e simultaneamente buscar a diminuição do sistema prisional é possível afirmar que tais fatores diferenciam significativamente as penas alternativas de todas as outras espécies de penas.

Segundo CEFAPA (2010), as vantagens oferecidas pelas penas alternativas são:

> 1. Manter o efeito punitivo das penas, evitando a sensação de impunidade através de fiscalização precisa e eficaz.
>
> 2. Redução dos custos para os cofres públicos, visto que, a aplicação das Penas Alternativas é bem menos onerosa.
>
> 3. Reduz as chances de reincidência quando comparada as Pens Restritivas de Liberdade.
>
> 4. Promove a reparação do dano sofrido a vítima através de indenização paga através de multa.
>
> 5. Permite a atuação de profissionais em ações sociais e entidades de utilidade pública, promovendo benefícios a toda sociedade.
>
> 6. Para as pessoas contempladas com as Penas Alternativas também lhes são oferecidos alguns benefícios;
>
> 7. A não interferência no convívio familiar, nem em seus vínculos empregatícios/estudos, propiciando o resgate da cidadania.
>
> 8. Oportuniza condições para que o reeducando se perceba útil e produtivo.
>
> 9. Favorece a reinserção social livrando-o do estigma deixado pela prisão.
>
> 10. Ocupa o tempo ocioso nos casos em que o reeducando não esteja trabalhando.

> 11.Aprender uma nova ocupação, possibilitando através de seu desempenho futuras contratações por parte das instituições. (CEFAPA, 2010, p. 35).

É imprescindível que haja uma interação entre a sociedade civil e o sistema judiciário como um todo, na perspectiva de que novas alternativas de penas possam ser exitosas. O engajamento de todos os envolvidos, o empenho e comprometimento da sociedade e das Instituições Assistenciais, juntamente com a contribuição dos profissionais capacitados são relativamente importantes para alcançar o fim desejado, que nada mais é que o sucesso de novas alternativas à prisão.

Para o Poder Judiciário: essas medidas são de grande valia, uma vez que desafogam as vias tradicionais, tornando-se um agente punitivo mais justo e eficaz, visando o fim da impunidade para delitos de pequeno de médio potencial ofensivo, além de desenvolver seu papel de agente social.

3 O Assistente Social no Judiciário

A expressão sociojurídico é algo contemporâneo no seio do Serviço Social brasileiro, esse campo se configura como a esfera judiciária onde o assistente social está inserido, revelando-se como um espaço sócio ocupacional, onde as instituições judiciárias se apropriam do saber desse profissional, implicando na busca de um profissional dotado de autonomia e competência social e técnica

Apesar do Judiciário apresentar um perfil em grande parte apenas aplicador da lei e de normalizador das regras vividas em sociedade, tem assumido atualmente a atribuição de garantidor dos direitos dos cidadãos, através de uma nova leitura e interpretação acerca de sua função e da conduta que deve exercer.

Segundo Chuairi, (2001, p. 139):

> O trabalho do assistente social nestes serviços se caracteriza por uma prática de operacionalização de direitos, de compreensão dos problemas sociais enfrentados pelos sujeitos no seu cotidiano e suas inter-relações com o sistema de justiça. Além disso,

> esse espaço profissional permite a reflexão e a análise da realidade social dessa população, da efetividade das leis e de direitos na sociedade, possibilitando o desenvolvimento de ações que ampliem o alcance dos direitos humanos e a eficácia da ordem jurídica em nossa sociedade.

A intervenção do assistente social baseada em sua capacidade teórica-metodológica se apresenta de forma peculiar, possuindo o poder de influenciar uma decisão judicial. É a partir do parecer do assistente social que os magistrados fundamentam suas decisões a respeito da vida dos indivíduos, tais decisões podem subsidiar o rumo da vida dos mesmos.

De modo simultâneo em que o assistente social se encontra nesse espaço sócio ocupacional, exercendo suas atribuições na perspectiva de atender as requisições dos juízes, tem também o poder de viabilizar os direitos dos sujeitos que ingressam com ações judiciais. Sierra (2011) entende que a atuação do assistente social pode proporcionar a aproximação do jurídico com as condições reais da vida dos sujeitos.

Portanto, o assistente social que atua junto ao sistema judiciário, precisa possuir a habilidade de ser inventivo e centrado em novas propostas, principalmente no sentido de analisar criticamente a realidade social, sendo capaz de produzir respostas de trabalho que venham a viabilizar direitos, sobretudo, a partir das demandas emergentes no dia a dia do fazer profissional.

3.1 A Atuação do Assistente Social na aplicabilidade das Penas Alternativas

Conforme afirma Bruno (1999, p. 02), "a resolução dos conflitos interpessoais, faz com que os operadores do direito, especialmente os magistrados, requeiram cada vez mais a assessoria de profissionais das diferentes áreas, dentre os quais os de Serviço Social".

Essa solicitação vislumbra obter auxílio, para uma melhor compreensão da realidade entre as demandas que lhes são apresentadas na contemporaneidade, uma vez que, esses profissionais obtém uma sensibilidade mais apurada na hora de ouvir o outro.

Neste segmento é que o assistente social se consolida como um profissional mais capacitado para encaminhar soluções cabíveis e viáveis para os mais diferentes casos, além, de estar apto a realizar uma leitura das diferentes expressões individualizadas do "social".

O assistente social foi chamado para contribuir na percepção que desvela as expressões da questão social nos processos judiciais em questão, fazendo entender que o sujeito mesmo estando em conflito com a lei são detentores de direitos. Trabalhando sempre de acordo com a ótica de legitimação das modalidades alternativas das penas adotadas pelo Código Penal Brasileiro.

As práticas profissionais estão voltadas na aplicabilidade das penas e medidas alternativas, buscando uma melhor viabilidade, além de incentivar a amplitude dessa nova medida restauradora, contribuindo para um novo olhar da sociedade para essa nova prática.

As atividades desempenhadas pelo Serviço Social busca, portanto, ajudar o infrator a cumprir sua pena da melhor forma possível, assegurando o cumprimento da determinação judicial de forma digna.

Esse processo de adequação do autor do ato delituoso com o espaço a qual ele será designado, faz do assistente social um elo de mediação entre a Execução Penal, as instituições e o sentenciado.

Segundo o Manual de Monitoramentos das Penas e Medidas Alternativas, a competência do Serviço Social no papel de acompanhamento a essas medidas alternativas, emana do reconhecimento da diversidade de implicações que permeiam as relações sociais que se apresentam a justiça, as quais requerem do magistrado outorgante, o auxílio de ciências afins, que paralelamente consigam oferecer contribuições para uma resolução mais justa e adequada aos interesses daqueles aos quais se destina.

As ações dos assistentes sociais cingem-se no âmbito das condições e relações sociais que discorre como um campo de expressões as desigualdades sociais e conflitos sociais.

> Sua ação deve identificar não apenas as desigualdades, mas as possibilidades de enfrentamento. Conhecer a complexidade da realidade é necessário para a intervenção profissional que não culpabilize o usuário, mas o compreenda enquanto sujeito so-

> cial que sofre determinações que incidem sobre a sua existência material e subjetiva (FUZIWARA, 2006, p. 34).

Tal realidade determina a esse profissional o conhecimento dos processos que estão voltados a prevenção da criminalidade e a recuperação da qual provém a ressocialização.

Diante de suas intervenções em uma Vara de Execução Penal, podemos perceber que o assistente social é a porta que se abre ao sujeito em conflito com a lei, com a perspectiva de elucidar os seus direitos concretos, assegurando-lhes a efetivação desses direitos enquanto pessoa humana.

O olhar mais humanizado desse profissional, vislumbra novos sentidos para as relações sociais com contradições permanentes, evidenciando particularidades que outros profissionais não foram preparados para aperceber.

Considerações Finais

Por mais desenvolvida e estruturada que seja uma sociedade, as incidências de crimes é algo que sempre estará presente em sua realidade, dificilmente será extinguido.

É patente, que os métodos utilizados pelo Estado na busca de punição aos infratores têm se mostrado falho e em nada contribuem para reestruturação e ressocialização dos apenados. De maneira oposta, os mecanismos utilizados, tornam o sujeito improdutivo, os afasta do convívio social e desencadeiam uma revolta ao apenado.

É preciso um bom discernimento no que diz respeito à aplicação das penas, a fim de que a punição imposta, não seja desproporcional a infração, facilitando assim a função ressocializadora a qual a pena se propõe.

A criação de novas modalidades de penas com caráter ressocializador e educativo, apresenta-se como uma solução alternativa, encontrada para enquadrar os infratores de baixo potencial ofensivo e alcançar o ápice da socialização do apenado.

A proposta trazida pelas penas alternativas visa, portanto, propiciar a reintegração social do infrator durante o cumprimento de sua reprimen-

da, sua aplicabilidade tem se mostrado bastante exitosa. Imprescindível é, pois, que a sociedade credibilize as alternativas penais para que se possa reunir insumos e esforços para sua maior efetividade, tendo a finalidade sempre voltada a possibilidade de transformação da realidade social.

É notório que o sistema prisional não consegue cumprir o seu papel regenerador, haja vista que, o ambiente destinado aos transgressores da lei, tornou-se um espaço de segregação e práticas violentas. As penas alternativas surgem para amenizar essa problemática, proporcionando uma forma mais digna de reparação do erro. Com o aporte do assistente social junto as penas alternativas a análise da realidade social dessa população se torna real, além de possibilitar o desenvolvimento de ações que ampliam o alcance dos direitos humanos.

No contexto da aplicação penal é notável que ocorreram vários avanços na aplicação de penas e medidas alternativas no Brasil, no entanto, a sociedade ainda se apresenta preconceituosa e carregada de estigma em relação aos indivíduos vistos como "infratores da lei", e se configuram como uma barreira na legitimação dessa prática, que tem se mostradora tão inovadora e humanizada.

Faz-se necessário, que essa prática seja discutida pela sociedade, a fim de, que essa medida apontada como uma grandiosa oportunidade, não seja banalizada e se torne vã e inútil.

Diante desses fatos, evidenciamos a importância do assistente social nesse espaço. São eles, a ponte que constituirá um diálogo com as instâncias governamentais, a fim de, propor soluções que potencializem a diminuição dos péssimos efeitos relacionados à execução penal. Ademais, um trabalho executado de maneira mais elaborado com esses sujeitos, os nortearão para a busca de uma nova ressignificação, além de promover uma provável desvinculação com o mundo do crime.

É crucial que se dê ênfase as penas alternativas, na perspectiva de se fazer conhecida por toda sociedade civil, discutir seus aspectos positivos e negativos, buscando proporcionar um maior aperfeiçoamento dessa medida.

É importante desconstruir a consciência popular totalmente equivocada, de que as penas alternativas são meras benevolências jurídicas, impetrando a ela, a verdadeira seriedade que lhe apraz.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. (1948). **"Declaração Universal dos Direitos Humanos"**(217 [III] A). Paris. Disponível em< http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> Acesso: em 25 de agosto de 2018.

BITENCOURT, Cezar R. **Falência da pena de prisão**. 2ª Edição, Saraiva, 2001

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

_____. Congresso Nacional. Lei nº 7.209/84, de 11 de julho de 1984. Dispõe a Lei de Execução Penal. **Presidência da República: Casa Civil,** Brasília, DF, 11 de jul. 1984. Disponível em http://www..planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del12848.htm. Acesso em 20 de set. 2018.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Dispõe a Lei de Execução Penal. **Presidência da República: Casa Civil,** Brasília, DF, 11 de jul. 1984. Disponível em http://www..planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 20 de set. 2018.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 9.714/98, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Presidência da República: Casa Civil,** Brasília, DF, 25 de nov. 1998. Disponível em http://www..planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm. Acesso em 20 de set. 2018.

BRUNO, D. D. **A perícia social no contexto da expansão do Poder Judiciário na sociedade contemporânea: primeiras observações.** Disponível em<https://libertas.ufjf.emnuvens.com.br/libertas/article/viewFile/1713/1197> Acesso em 04 de outubro de 2018

CENTRAL DE FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS [CEFAPA]. **Manual**

de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas da Paraíba. Juizado Especial Criminal, João Pessoa, 2010.

CHUAIRI, Sílvia Helena. **Assistência Jurídica e Serviço Social – Reflexões interdisciplinares**. Revista Serviço Social e Sociedade, nº 67 Cortez 2001.

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15,2006, Manaus. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 53-54.

DEVERLING, Nicole. **Penas alternativas no direito penal brasileiro**. 2010. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí – SC.

FUZIWARA, Aurea Satomi. **Contribuição do assistente social para a justiça na área da infância e da juventude: o laudo social e a aplicação da lei - encontros e desencontros**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4432. Acesso em 04 de outubro de 2018.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Penas alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Stéfano Jander. **A ressocialização do preso a luz da Lei de Execuções Penais.** Monografia apresentada a Universidade do Vale do Itajaí. Santa Catarina, 2008.Disponível<*siaibib01.univali.br/pdf/stefano%20jander%20machado.pdf*>Acesso em 05 de Outubro de 2018

MARCÃO. Renato. **Curso de execução penal**. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERBONI, Camila Silva Martinez. **Manual dos Direitos do Cidadão**. Barão de Mauá: Produção Coletiva, 2010. Cap. 21: As vantagens da aplicação das Penas Alternativas, p. 55-57.

SIERRA, Vânia Morales. **A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça**. In: Katálysis, vol. 14, n.2, Florianópolis, Dez. 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu, **Pena e Constituição**. São Paulo: RT, 1995.

O AGRAVAMENTO DAS VULNERABILIDADES DURANTE O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19: A QUESTÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PRESTADO DE FORMA REMOTA.

Camila Santos Cury
Luciana Franco

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a prestação do direito à educação no período de isolamento social determinado pelo Estado como medida de prevenção no enfrentamento da COVID-19. Dessa forma, além de levantar os impactos causados pela pandemia na vida dos estudantes brasileiros, se pretende também mostrar alguns caminhos para dirimi-los.

Com a imposição de uma vida essencialmente doméstica, adaptações foram necessárias em diversos segmentos para que rotinas de trabalho, estudo e lazer fossem mantidas ao menos minimamente. Novas regras de trabalho permitiram a execução de diversas tarefas em regime domiciliar *(home office*), as redes sociais viabilizaram apresentações artísticas e musicais transmitidas *online* em tempo real e tão logo a necessidade de isolamento social chegou ao Brasil, as aulas presenciais de escolas e universidades foram suspensas, cedendo lugar ao ensino a distância.

Diante disso, os entes federativos precisaram adotar o ensino remoto como medida de prevenção ao contágio da COVID-19. É certo que o novo cenário impôs desafio a todos: escolas tiveram que investir na instalação de novos sistemas para as aulas online; professores tiveram que aprender da noite para o dia a utilizar tais sistemas; famílias tiveram que reformular a rotina doméstica de modo a proporcionar o suporte técnico e pedagógico aos estudantes e os alunos tiveram que se munir de maturidade e independência para continuar aprendendo em uma nova rotina sem as trocas sociais e as experiências reais.

Ocorre que o desafio não se impôs da mesma forma para todos, porque apesar dos inúmeros esforços que boa parte das escolas, das famílias e dos alunos brasileiros tiveram que realizar para que a vida escolar prosseguisse, muitos outros ficaram à margem da nova rotina de estudos por não terem acesso à internet.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2018 mostram que dois terços da população do país (69,8%) possuem conexão com a internet. Neste cenário, de acordo com uma matéria publicada pelo jornal Folha de São Paulo, os alunos de escola pública, estudantes mais pobres e negros são os que mais enfrentam condições desfavoráveis de acesso à internet. Ainda, fora feita análise no perfil de participantes do Enem de 2018 revelando que 3 em cada 10 participantes que concluíam o ensino médio na rede pública naquele ano não tinham acesso à internet. Na escola privada, 3,7% disseram não ter internet em casa.

A internet é um serviço custoso, por isso não está disponível para toda população brasileira. Além disso, na medida em que as atividades diárias passaram a realizar-se online, a utilização de dados aumentou e as dificuldades de acesso tornaram-se ainda maiores. Como resultado desta situação, nas famílias de baixa renda, quando há conexão de internet, elas são lentas e instáveis, obstando o acesso integral às aulas.

Outro problema comum às famílias de baixa renda é o fato de muitas pessoas não terem equipamentos adequados para estudar. De acordo com levantamento do IBGE, em 99,2% dos domicílios em que havia acesso à internet, o telefone móvel celular era utilizado para este fim. Para atividades de lazer, o equipamento mostra-se suficiente. Po-

rém, quando o assunto envolve atividades de ensino, os desafios de acesso tornam-se muito mais complexos, senão inviáveis.

Ao longo dos últimos três meses restou evidente que a COVID-19 acentua as desigualdades no Brasil: as famílias que residem nas periferias têm menos condições de respeitar o isolamento social, mais dificuldade para obter renda e pouca ou nenhuma condição para estudar. E a impossibilidade de estudar se deve ao fato de a prestação de ensino público de forma remota não ter se mostrado efetiva, conforme será apontado adiante.

Destarte, as vulnerabilidades se agravam ao passo que para acessar um direito fundamental é necessário dispor de um instrumento que para muitos é inacessível. Assim, o ensino remoto torna-se uma realidade possível apenas para alguns alunos, restando para outros o conformismo de que o ano 2020 será perdido e que terá como possível consequência o alargamento das desigualdades sociais.

A EDUCAÇÃO E O ACESSO À INTERNET COMO DIREITOS HUMANOS.

A educação é um dos direitos sociais que compõe a chamada Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais. Reconhecida internacionalmente em diversos tratados, está prevista de forma expressa na Constituição Federal de 1988.

Conforme afirma Isabella Christina da Mota Bolfarini:

> No plano internacional, a educação passou a ser vista como um direito fundamental ao desenvolvimento humano a partir das Revoluções Liberais, sendo oficialmente declarado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da Organização das Nações Unidas. No plano interno, foi com a Constituição de 1988 que a educação passou a ser considerada como um direito fundamental. Contudo, é importante destacar que mesmo que esse reconhecimento constitucional tenha sido tardio (enquanto direito fundamental e cláusula pétrea), a educação desde muito tempo vem sendo considerada como

> pilar estruturante e condição de exercício de todos os demais direitos fundamentais que constituem a cidadania (BOLFARINI, 2016, p. 85).

Tal direito está elencado no art. 6º e no art. 205 da Constituição Federal de 1988, sendo determinado como um direito universal, que deve ser prestado pelo Estado, cujo objetivo é o desenvolvimento da pessoa, bem como seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Encontra-se também reconhecida no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Sistema de Proteção Global aos Direitos Humanos no artigo 13, § 1º, com o objetivo de proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da dignidade, bem como fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. No Brasil, referido Pacto foi incorporado às normas por meio do Decreto do Poder Executivo n.º 591/1992. Neste tocante, destaca-se que a educação é indispensável para formação de indivíduos aptos a efetivarem sua cidadania, fundamental em um Estado Democrático de Direito como o Brasil.

Deste mesmo entendimento compartilha Maria Cristina de Brito Lima:

> Em termos microeconômicos, a educação permite aos indivíduos adquirir conhecimentos gerais e assimilar informações de modo mais eficiente. Trabalhadores com maior escolaridade adaptam-se mais facilmente a novos processos de produção, têm melhor capacidade de comunicação, o que lhes permite cooperar com os colegas na solução de problemas de produção. São, por isso, capazes de executar tarefas mais complexas em

> manufatura e serviços, aproveitando melhor a tecnologia e tornando-se mais produtivos. Por tudo isso, acabam adicionando valor ao produto econômico do país. (LIMA, 2016, pág. 212)

Ainda, no âmbito do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos, no Protocolo Adicional de San Salvador, encontram-se também delimitados os direitos de esfera social, dentre eles, a educação. O Brasil o incorporou ao seu ordenamento jurídico por meio do Decreto do Poder Executivo n.º 3.321/1999. Portanto, indiscutivelmente, o direito à educação é essencial e deverá ser prestado pelo Estado. Ocorre, porém, que existem muitas dificuldades para concretização deste direito.

Na avaliação de Marisa Bittar e Mariluce Bittar, que realizaram uma análise da evolução da História da Educação no Brasil entre os anos 1930 e 2000, foi mais fácil expandir o sistema educacional do que fazê-lo cumprir sua função de promover aprendizagem às crianças e aos jovens brasileiros. Dessa forma, as autoras afirmam que o Brasil investiu na instalação de escolas, mas o problema é que elas são precárias. Outra conclusão do estudo é de que, apesar de reformas e lutas em prol da educação entre 1930 e 2000, ainda há tarefas que deveriam ter sido cumpridas no século XIX.

Na avaliação da especialista Claudia Costin, a educação no Brasil já enfrentava grandes problemas antes da pandemia, entre os quais, ela destaca dois: uma crise na aprendizagem, visto que 55% das crianças saem analfabetas do ensino fundamental e os índices do Ensino Fundamental II e Ensino Médio são igualmente ruins e a desigualdade educacional. "Entre as 79 economias que participam do Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), o Brasil se posiciona como o segundo país mais desigual", afirma a professora e ex-diretora global de educação do Banco Mundial.[19]

Resta evidente, portanto, que mesmo em condições normais, o sistema brasileiro de educação é carente de conteúdo social. As dificuldades de um sistema precário agravaram-se ainda mais a partir da

19 Seminário Escola do Futuro, realizado pelo Jornal Folha de São Paulo entre os dias 06 e 07 de julho de 2020.

decretação das medidas de isolamento social por todo o país. Com o advento da Lei 13.979/2020, ficou determinado que os entes federativos poderiam adotar o ensino remoto como medida de prevenção ao contágio da COVID-19.

As instituições de ensino privado conseguiram se organizar rapidamente e iniciaram quase que imediatamente a prestação do ensino remoto por meio da Internet. Neste cenário, os alunos destas instituições, com mais recursos financeiros, embora tenham também enfrentado desafios, puderam prosseguir com seus estudos.

No ensino público, porém, como era de se esperar, as dificuldades foram maiores. As aulas foram suspensas em todos os Estados do País e com a ausência de um protocolo generalista para o Brasil, cada Estado da Federação adotou uma política própria. No estado de São Paulo, por exemplo, as atividades didáticas foram totalmente paralisadas. A retomada, de forma remota, ocorreu cerca de um mês após a suspensão das atividades em 27/04/2020[20].

Permeada de muitos desafios, essa retomada em São Paulo se deu através da disponibilização de aulas gravadas por um aplicativo e de dois canais de televisão. "Via de regra, as redes municipais e estaduais tentaram com muitas dificuldades fornecer uma resposta educacional à COVID-19 de seja *online*, pela televisão, por rádio e por guias de estudo objetivando mitigar os danos dessa situação", afirma Claudia Costin.[21]

Como se vê, o acesso a tecnologias de informação se tornou essencial para que os alunos pudessem prosseguir com os estudos. No entanto, apesar dos esforços, muitos alunos da rede pública de todo o Brasil vivem a sensação de que 2020 será um ano perdido em suas trajetórias escolares[22]. Isso se deve ao fato de que, em muitos casos, nem os pro-

20 https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/04/ensino-remoto-na-rede-publica-de-sp-estreia-com-duvidas-e-bagunca-virtual.shtml).

21 Seminário Escola do Futuro, realizado pelo Jornal Folha de São Paulo entre os dias 06 e 07 de julho de 2020.

22 https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/21/estudantes-pais-e-professores-narram-apagao-do-ensino-publico-na-pandemia-em-7-estados-e-no-df-atividade-remota-nao-vai-contar-para-o-ano-letivo.ghtml

fessores, nem os alunos possuem a estrutura necessária para oferecer e acessar o conteúdo remoto.

O IBGE, cerca de quarenta dias após o início das medidas de isolamento social, divulgou, ao final do mês de abril de 2020, o resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Tecnologia da Informação e Comunicação, que mostra que um em cada quatro pessoas no Brasil não tem acesso à internet. Isto corresponde a cerca de 46 milhões de brasileiros.

Embora a pesquisa reflita dados apurados no último trimestre de 2018, pode ser utilizada como importante critério para demonstrar que o contingente de pessoas sem acesso à internet mostra o quão longe o Brasil está garantir este direito como universal.

Há que se mencionar que o acesso à internet encontra-se regulamentado pela Lei n.º 12.965/2014. Conhecida como o Marco Civil da Internet, referida lei apresenta questões relevantes como no art. 4º em que estão definidos os objetivos de disciplinar o uso da internet no Brasil:

> Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
>
> I - do direito de acesso à internet a todos;
>
> II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
>
> III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
>
> IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Destaca-se no inciso I, o direito de acesso como universal. No art. 7º da referida lei consta que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania.

Sobre este aspecto, Paulo Renã da Silva Santarém afirma o seguinte:

> "É necessário entender que o reconhecimento da cidadania não pode ser intermediado por nenhum outro reconhecimento, não deve ser proposto a nenhuma outra condição. A despeito de qualquer diferença social, cultural, educacional, econômica, sexual, religiosa, etária etc., a cidadania deve ser garantida de forma imeditada. Até porque, somente com a possibilidade de participação efetiva no espaço público é que eventuais demandas de um determinado grupo não hegemônico podem ser formuladas de forma autônoma, e não como uma benesse. É, repita-se, necessário tomar a cidadania como uma garantia sem mediações.
>
> Por outro lado, se a tecnologia não é encarada como uma ferramenta social, mas como uma mera ferramenta individual, dependente da posse pessoal e vinculada ao poder aquisitivo, ela mesma se torna fator de diferenciação, ampliando as desigualdades. Assim, qualquer que seja a tecnologia – da leitura à banda larga – ela deve não apenas ser sempre posta ao acesso de todos os individíduos, como forma mesma de distribuição de iguais oportunidades, mas ser pensada em sua função social. (SANTARÉM, 2010, p. 126).

Destarte, embora a internet não conste na Constituição Brasileira de forma expressa como um direito fundamental, sua relevância é tamanha que não há como negar que deva ser considerada como tal, o que, inclusive, demandará do Estado medidas concretas para garantia de conexão para a população.

Ainda sobre o Marco Civil da Internet, Caroline F. Silva e Álisson R. Arantes afirmam que:

> A referida lei traz como fundamento do uso da internet o respeito à liberdade de expressão, direitos humanos, exercício da cidadania, pluralidade, diversidade entre outros que consolidam a ideia de democracia. O que se percebe é que há um caráter social exercido pela internet. Claramente a inclusão digital é um fator importantíssimo. Por meio deste recurso democratizou-se acessos antes percentes apenas a certas classes sociais.

> A internet, ao se expandir e popularizar-se, proporcionalmente concedeu oportunidades antes restritas, promovendo de forma eficaz o ingresso de indivíduos marginalizados aos meios de comunicação, de educação, de disseminação cultural, da interação entre as mais diversas realidades, localidades, nacionalidades. (SILVA; ARANTES, 2017, p. 02).

Desde 2011, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece o direito de acessar internet como um direito humano básico. A rede mundial, que há anos é uma das principais formas de comunicação entre as pessoas e a principal difusora de informações, se tornou indispensável ao exercício da cidadania.

De acordo com artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos os seres humanos têm direito à informação:

> Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Dessa forma, a ONU considera o corte ao acesso à internet, independentemente da justificativa uma violação do artigo 19.

Relacionando ainda Internet e educação, a Lei do Marco Civil da Internet menciona o seguinte:

> Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

É evidente, portanto, que educação e Internet mais do que nunca estão correlacionadas e devem ser garantidas integralmente à população.

A PRESTAÇÃO DA EDUCAÇÃO DURANTE O ENFRENTAMENTO DA COVID- 19.

Com a decretação das medidas de isolamento e quarentena, o Ministério da Educação, por meio da Portaria n.º 343/2020 de 18 de março de 2020 permitiu a substituição das disciplinas presenciais por aulas que utilizassem meios e tecnologias de informação e comunicação.

Preceitua o art. 1º da referida Portaria:

> Art. 1º Autorizar, em caráter excepcional, a substituição das disciplinas presenciais, em andamento, por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação, nos limites estabelecidos pela legislação em vigor, por instituição de educação superior integrante do sistema federal de ensino, de que trata o art. 2º do Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017.

O novo cenário impôs desafio a todos: escolas tiveram que investir na instalação de novos sistemas para as aulas online; professores tiveram que aprender da noite para o dia a utilizar tais sistemas; famílias tiveram reformular a rotina doméstica de modo a proporcionar aos seus filhos estudantes o suporte técnico e pedagógico para que pudessem assistir as aulas em casa, e os alunos tiveram que se munir de maturidade e independência para continuar aprendendo em uma nova rotina sem as trocas sociais, convivência com os amigos e as experiências reais.

Ocorre que tal desafio não se impôs de forma igual para todos. Embora todos tenham realizado esforços para que a vida escolar prosseguisse, grande parte ficou à margem da nova rotina de estudos por não ter acesso à internet. Um mês após o início das medidas de enfrentamento da pandemia, alunos das instituições privadas já estavam assistindo aulas e desenvolvendo atividades didáticas em suas residências, enquanto alunos da rede pública ainda estavam sem aulas.

Em São Paulo, como mencionado acima, a retomada das aulas ocorreu somente quarenta dias depois da suspensão das aulas presenciais. Neste caso, a oferta de educação não presencial ocorreu pelo canal televisivo TV Educação, em parceria com o centro de Mídias Estadual. As aulas foram gravadas, oferecidas no canal televisivo e em

meio virtual, por meio de um aplicativo, em horários alternados, com conteúdo de acordo com a série e a etapa da educação básica.

Assim, aos alunos do ensino público não foi dada a possibilidade de interação com os professores, uma vez que acessaram um conteúdo gravado e ainda, em virtude da dificuldade de acesso à Internet, muitos sequer puderam assistir a estas aulas.

Em Santa Catarina houve a formação de professores para atuarem de forma remota e a disponibilização de atividades impressas aos alunos. Tal formação enfatizou a utilização de ferramentas que integram ao *Google for Education* durante quinze dias. Posteriormente houve o compartilhamento de experiências dos profissionais, dos diversos componentes curriculares e diferentes etapas e modalidades da educação básica.

De acordo com Letícia Vieira e Mike Ricci, a segunda ação da Secretaria da Educação de Santa Catarina, com o intuito de reduzir a desigualdade no atendimento aos estudantes foi a disponibilização de atividades impressas, pelas escolas:

> Essas atividades são buscadas pelos pais e desenvolvidas pelos estudantes que não possuem acesso à internet, fato este bastante evidente nas regiões interioranas e em alguns casos, até em regiões litorâneas. Outro mecanismo disponibilizado aos pais e estudantes foi um canal de atendimento 0800, a partir do qual é possível dirimir dúvidas acerca do regime especial de atividades durante o período da pandemia. (VIEIRA E RICCI, 2020, p.5)

As dificuldades trazidas pela pandemia tornaram ainda mais urgente e necessário que a internet seja alçada a um direito fundamental porque é necessária para a concretização do direito à educação. E não foi só o sistema de educação brasileiro que foi afetado. Em abril, a Organização das Nações Unidas contabilizava que em pouco mais de três semanas, cerca de 1,5 bilhão de estudantes em pelo menos 174 países ficaram fora da escola em todo o mundo.

Para o especialista Luciano Meira, coordenador da Joy Street Empresa de Tecnologia, o Brasil não deve tratar a tecnologia como um

bem em si mesmo, mas sim como um instrumento de apoio aos propósitos que os professores desejam criar. De acordo com Meira, o país deve entender a tecnologia como "um design institucional" transformador para não cair na normalização digital do velho normal. "Essa transformação digital deve sair do lugar de apenas entregar conteúdo para lugar de oferta de uma experiência significativa"[23].

O Ministério da Educação (MEC) reconhece a importância da democratização do acesso à internet no Brasil. Por isso, criou em 2017 o Programa Educação Conectada para fomentar ações que tornem o ambiente escolar preparado para receber a conexão de internet, destinem aos professores a possibilidade de conhecerem novos conteúdos educacionais e proporcionem aos alunos o contato com as novas tecnologias educacionais.

Na dimensão de infraestrutura, o programa contempla investimentos em ações que asseguram condições para a inserção da tecnologia como ferramenta pedagógica de uso cotidiano nas escolas públicas. Tais esforços, no entanto, uma vez que contemplam a viabilização da conectividade dentro das escolas, não puderam beneficiar os alunos em suas residências.

O AGRAVAMENTO DAS VULNERABILIDADES

Para o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, qualquer quarentena é sempre discriminatória, mais difícil para uns grupos sociais do que para outros e impossível para um vasto grupo de trabalhadores, cuja missão é tornar possível a quarentena ao conjunto da população.

Na obra "A cruel pedagogia do vírus", o autor elenca grupos para os quais a quarentena é particularmente difícil. Segundo ele, "são grupos que têm em comum padecerem de uma especial vulnerabilidade que precede a quarentena e se agrava com ela". Os alunos do ensino público brasileiro encaixam-se perfeitamente neste perfil, pois, como já citado, sofrem há décadas uma crise interna de aprendizagem e as desigualdades sociais verificadas no cenário nacional.

23 Seminário Escola do Futuro, realizado pelo Jornal Folha de São Paulo entre os dias 06 e 07 de julho de 2020.

Tais grupos compõem o que o autor denomina de Sul: "uma metáfora do sofrimento humano injusto causado pela exploração capitalista, pela discriminação racial e pela discriminação sexual". Dessa forma, o autor se propõe a analisar a quarentena a partir da perspectiva dos grupos que mais têm sofrido com estas formas de dominação. Neste contexto, destacam-se os moradores nas periferias pobres das cidades:

> Segundo dados da ONU Habitat, 1,6 mil milhões de pessoas não tem habitação adequada e 25% da população mundial vive em bairros informais sem infraestruturas nem saneamento básico, sem acesso a serviços públicos, com escassez de água e de eletricidade. Vivem em espaços exíguos onde se aglomeram famílias numerosas. Em resumo, habitam na cidade sem direito à cidade, já que, vivendo em espaços desurbanizados, não têm acesso às condições urbanas pressupostas pelo direito à cidade. Sendo que muitos habitantes são trabalhadores informais, enfrentam a quarentena com as mesmas dificuldades acima referidas. Mas além disso, dadas as condições de habitação, poderão cumprir as regras de prevenção recomendadas pela OMS? Poderão manter a distância interpessoal nos espaços exíguos de habitação onde a privacidade é quase impossível? Poderão lavar as mãos com frequência quando a pouca água disponível tem de ser poupada para beber e cozinhar? O confinamento em alojamentos tão exíguos não terá outros riscos para a saúde tão ou mais dramáticos do que os causados pelo vírus? Muitos destes bairros são hoje fortemente policiados e por vezes sitiados por forças militares sob o pretexto de combate ao crime. Não será esta afinal a quarentena mais dura para estas populações? Os jovens das favelas do Rio de Janeiro, que sempre foram impedidos pela polícia de ir ao domingo à praia de Copacabana para não perturbar os turistas, não sentirão que já viviam em quarentena? Qual a diferença entre a nova quarentena e a original, que foi sempre o seu modo de vida? Em Mathare, um dos bairros periféricos de pessoas com baixa renda em Nairobi, Quénia, 68 941 pessoas

> vivem num quilómetro quadrado. Tal como em muitos contextos similares no mundo, as famílias partilham uma sala que também é cozinha, quarto e sala de estar. Como é que se lhes pode pedir autoisolamento? É possível o autoisolamento num contexto de permanente hétero-isolamento imposto pelo Estado? (SANTOS, 2020, p.19)

No cenário descrito por Santos, as crianças estão ainda mais vulneráveis. Por este motivo, crescem as pressões para que voltem à sala de aula. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Academia Americana de Pediatria (AAP) publicou no final do mês de junho um comunicado onde clama aos governos estaduais para que retomem as aulas presenciais, em vez de continuarem no aprendizado remoto.

A instituição que representa pediatras em todo o país afirma que os benefícios acadêmicos, mentais e físicos do retorno às aulas presenciais superam os riscos da COVID-19. Chama atenção dos legisladores para os danos que o isolamento social pode causar nos estudantes, entre os quais destaca "o enfrentamento de déficits de aprendizagem, a subnutrição, o abuso físico ou sexual de crianças e adolescentes, uso de substâncias, depressão e até suicídio".

Tais problemas também ocorrem no Brasil e agravam as desigualdades entre os alunos das escolas públicas e privadas. Sem aulas presenciais, muitos alunos também perderam a merenda. Inclusive, em caráter excepcional foi promulgada a Lei nº 13.987, de abril de 2020, que autoriza, em caráter excepcional, a distribuição de gêneros alimentícios adquiridos com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) aos pais ou responsáveis dos estudantes das escolas públicas de educação básica. Trata-se de medida que perdurará enquanto durar o período de suspensão das aulas em razão de situação de emergência ou calamidade pública.

Luciano Meira avalia que a pandemia deixou claro duas situações: a) a centralidade do papel dos educadores na criação e operação da inovação na escola, que restou evidente no esforço de todos os professores no enfrentamento da crise sanitária e na manutenção da conectividade com os mais diversos atores da escola; b) a enorme desigualdade entre as redes de ensino privadas e públicas e as diversas regiões do país. "Fica

ainda mais evidente que temos que tratar de forma estratégica a desigualdade no que diz respeito ao sistema de ensino nacional"[24]

Na avaliação de Santos, a pandemia e a quarentena revelaram que as sociedades se adaptam. Para o autor, esta situação torna-se propícia na busca de alternativas ao modo de viver, de produzir, de consumir e de conviver nestes primeiros anos do século XXI.

Segundo o autor:

> Os três princípios de regulação das sociedades modernas são o Estado, o mercado e a comunidade. Nos últimos quarenta anos foi dada prioridade absoluta ao princípio do mercado em detrimento do Estado e da comunidade. A privatização dos bens sociais colectivos, tais como a saúde, a educação, a água canalizada, a electricidade, os serviços de correios e telecomunicações e a segurança social, foi apenas a manifestação mais visível da prioridade dada à mercantilização da vida colectiva. Mais insidiosamente, o próprio Estado e a comunidade ou sociedade civil passaram a ser geridos e avaliados pela lógica do mercado e por critérios de rentabilidade do «capital social». Isto sucedeu tanto nos serviços públicos como nos serviços de solidariedade social. Foi assim que as universidades públicas foram sujeitas à lógica do capitalismo universitário, com os rankings internacionais, a proletarização produtivista dos professores e a conversão dos estudantes em consumidores de serviços universitários. Foi também assim que surgiram as parcerias público privadas, quase sempre um mecanismo de transferência de recursos públicos para o sector privado. Foi finalmente assim que as organizações de solidariedade social entraram no comércio da filantropia e do cuidado. (SANTOS, 2020, p.28)

Na visão do autor, pandemias mostram de maneira cruel como o capitalismo neoliberal incapacitou o Estado para responder às emergências.

24 Seminário Escola do Futuro, realizado pelo Jornal Folha de São Paulo entre os dias 06 e 07 de julho de 2020.

Ainda que o Estado seja incapaz de articular alternativas emergenciais para o enfrentamento da COVID-19, a iniciativa privada pode contribuir para atenuar os impactos da crise sobre a educação. É o que defende Meira:

> Para um ensino remoto de qualidade é necessário banda de internet, dispositivos móveis e recursos. Neste cenário, ficou evidente que a banda deve ser estrategicamente discutida em nível nacional de forma que seja oferecido wi-fi para todos, mas até lá, neste momento crítico eu entendo os comerciantes locais, como lojas, açougues, padarias e supermercados poderiam abrir suas redes de internet aos estudantes das comunidades onde estão instalados. (MEIRA,2020,EM EVENTO SOBRE EDUCAÇÃO REALIZADO PELO GRUPO FOLHA).

Considerações Finais

Com a imposição de uma vida essencialmente doméstica, adaptações foram necessárias em diversos segmentos para que rotinas de trabalho, estudo e lazer fossem mantidas ainda que minimamente. Assim, os entes federativos adotaram o ensino remoto como medida de prevenção ao contágio da COVID-19.

É certo que um novo cenário surgiu e todos tiveram que a ele se adaptar em todos os aspectos da vida. Com isso, a prestação da educação no Brasil, que já enfrentava grandes problemas antes da pandemia, como uma crise na aprendizagem e a desigualdade educacional, se agravou a partir da decretação das medidas de isolamento social por todo o país.

A pandemia deixou claras duas situações: a) a centralidade do papel dos educadores na criação e operação da inovação na escola, que restou evidente no esforço de todos os professores no enfrentamento da crise sanitária e na manutenção da conectividade com os mais diversos atores da escola; b) a enorme desigualdade entre as redes de ensino privadas e públicas e as diversas regiões do país.

Outra situação também surgiu em consequência da pandemia. A internet, que já tinha grande importância social, tornou-se indis-

pensável para que a vida pudesse ser mantida à distância nesta fase de isolamento.

Para a concretização do direito à educação torna-se necessário que a internet seja também alçada a um direito fundamental, tratando-se ambos de direitos humanos que devem ser garantidos para a vida com dignidade.

REFERÊNCIAS

Acesso à internet agora é direito humano básico. Disponível em: https://super.abril.com.br/blog/superblog/acesso-a-internet-agora-e-direito-humano-basico/. Acesso em: 10 jul 2020.

ALFANO, Bruno. Coronavirus: Sete milhões de alunos da rede pública estão sem merenda no país. Disponível em: extra.globo.com/noticias/coronavirus/coronavirus-sete-milhoes-de-alunos-da-rede-publica-estao-sem-merenda-no-pais-rv1-1 24431541.html#:~:text=20%2004%3A30-,Coronav%C3%Adrus%3A%20Sete%20milh%C3%B5es%20de%20alunos%20da%20rede,est%C3%A3o%20sem%20merenda%20no%20pa%C3%Ads&text=Sem%20aulas%2C%20os%20irm%C3%A3os%20Daniel,perderam%20o%20direito%20%C3%A0%20merenda. Acesso em 10 jul 2020.

Academia americana de pediatria defende que crianças voltem para a sala de aula no outono. Disponível em https://www.acheiusa.com/Noticia/academia-americana-de-pediatria-defende-que-as-criancas-voltem-para-a-sala-de-aula-no-outono-79858/. Acesso em: 10 jul 2020.

A experiência internacional com os impactos da COVID-19 na educação. Disponível em: https://nacoesunidas.org/artigo-a-experiencia-internacional-com-os-impactos-da-covid-19-na-educacao/ Acesso em: 03 jul 2020.

BOLFARINI, Isabella Christina da Mota. **Direito à Educação: um processo em construção** *in* A Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. Jundiaí, Paco Editorial: 2016.

Como o novo coronavírus acentua as desigualdades no Brasil. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/04/27/como-o-novo-coronavirus-acentua-as-desigualdades-no-brasil.htm Acesso em: 09 jul 2020.

Declaração Universal dos Direitos Universais. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 09 jul 2020.

Educação Conectada. Disponível em:. http://educacaoconectada.mec.gov.br/. Acesso em 10 jul 2020.

Escola do Futuro. Seminário realizado pelo Grupo Folha em 06 e 07 de julho de 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=hsJaoGjZWOU&t=1107s Acesso em: 07 jul 2020.

Estudantes, pais e professores narram 'apagão' do ensino público na pandemia; em 7 estados e no DF, atividade remota não vai contar para o ano letivo. Disponível em:**https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/21/estudantes-pais-e-professores-narram-apagao-do-ensino-publico-na-pandemia-em-7-estados-e-no-df-atividade-remota-nao-vai-contar-para-o-ano-letivo.ghtml.** Acesso em 07 jul 2020.

Internet não chega a 34% dos alunos da rede pública que fizeram Enem. Disponível em:**https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/internet-nao-chega-a-34-dos-alunos-da-rede-publica-que-fizeram-enem.shtml#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20%C3%BAltima,segundo%20tabula%C3%A7%C3%A3o%20da%20Consultoria%20Idados.** Acesso 10 jul 2020.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Revista da EMERJ, v.4, n.13, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista13/revista13_212.pdf; Acesso em 05 jul 2020.

BITTAR, Marisa, BITTAR, Mariluce. **História da Educação no Brasil: a escola pública no processo de democratização da sociedade**. Acta Scientiarum. Education Maringá, v. 34, n. 2, p. 157-168, July-Dec., 2012 Disponível em:file:///C:/Users/luciana/Downloads/Dialnet-HistoriaDaEducacaoNoBrasil-4864688.pdf. Acesso 05 jul 2020.

MENDES, Maria Socorro dos Santos. **Qualidade de ensino na escola pública: desafios e (im)possibilidades.** Psicologia: ensino & formação | 2010, 1(2): 61-71. Disponível em:http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pef/v1n2/v1n2a06.pdf. Acesso 05 jul 2020.

O direito a internet é um direito fundamental. Disponível em**:** https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11461/O-acesso-a--internet-e-um-direito-fundamental. Acesso em 01 jul 2020.

SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. **O DIREITO ACHADO NA REDE. A emergência do acesso à Internet como direito fundamental no Brasil**. Brasília: 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Cruel Pedagogia do Vírus.** Edições Almedina, S.A. Coimbra. Portugal. 2020.

SILVA, Caroline F. ARANTES, Állison R. **O acesso à internet elegido à categoria de direito fundamental**. Sinapse Múltipla, v. 6, n. 2, dez, 2017. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/16501https://. Acesso em 03 jul 2020.

TRICATE, Myriam. **A educação a distância contra a pandemia.** PEA UNESCO. Disponível em: https://revistaeducacao.com.br/2020/03/25/educacao-a-distancia-unesco/. Acesso em: 10 jul 2020.

Portaria n.º 343, de 17 de março de 2020. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-343-de-17-de-marco--de-2020-248564376. Acesso em: 02 jul 2020.

Publicada lei que autoriza distribuição de alimentos adquiridos com recursos do pnae durante a suspensão das aulas na rede pública básica. Disponível em: http://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/area-de-imprensa/noticias/item/13438-publicada-a-lei-que-autoriza-a-distribui%C3%A7%C3%A3o-de-alimentos-adquiridos-com-recursos-do-pnae-durante-a-suspens%C3%A3o-das-aulas-na-rede-p%C3%BAblica. Acesso em: 09 jul 2020.

Um em cada quatro brasileiros não tem acesso a internet. Disponível em : https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet. Acesso em: 04 jul 2020.

Um panorama do direito fundamental a educação na constituição federal de 1988. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/24050/um-panorama-do-direito-fundamental-a-educacao-na-constituicao-federal-de-1988/3 Acesso em: 10 jul 2020.

VIEIRA, Letícia, RICCI, Maike C. C. **A educação em tempos de pandemia: soluções emergenciais pelo mundo.** OEMESC Editorial mensal. Abril, 2020. Disponível em: https://www.udesc.br/arquivos/udesc/id_cpmenu/7432/EDITORIAL_DE_ABRIL___Let_cia_Vieira_e_Maike_Ricci_final_15882101662453_7432.pdf Acesso em: 05 jul 2020.

A AGRICULTURA FAMILIAR COMO GARANTIDORA DE DIREITOS HUMANOS

Lívia Lima Costa
Sofia Ayres da Cunha

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos grandes exportadores de produtos agrícolas da atualidade, sendo esse setor da economia responsável por cerca de um terço de seu Produto Interno Bruto. Em matéria publicada pelo Estadão de São Paulo, o país aparece em terceiro lugar no ranking mundial, estando atrás somente dos Estados Unidos e da União Europeia (CANAL RURAL, 2018). Devido à extensão territorial nacional e sua localização majoritariamente tropical, suas possibilidades de cultivo e produção são imensas e extremamente diversificadas. O histórico econômico brasileiro ilustra isso através dos vários ciclos de produção já vivenciados, desde a exploração do pau-brasil, à cana-de-açúcar, aos ciclos do algodão e do café e tantas outras produções complementares, como a pecuária.

O panorama das exportações agrícolas no Brasil é inegavelmente de extrema importância, no entanto, voltando-se o olhar para a produção destinada ao mercado nacional, é perceptível que a sociedade brasileira, como um todo, apresenta enorme dependência pela Agricultura Familiar. Esse setor apresenta grande relevância no cenário nacional, podendo ser considerada um dos mais importantes pilares na produ-

ção sustentável de alimentos que são base para a alimentação saudável e nutritiva. Írio Luiz Conti, Doutor em Desenvolvimento Rural pela UFRGS e Especialista em Direitos Humanos (CESUSC), em seu capítulo "Interfaces entre direito humano à alimentação adequada, soberania, segurança alimentar e nutricional e agricultura familiar", da obra Convivência com o semiárido brasileiro, pontua que: "O Censo agropecuário de 2006 aponta, que a agricultura familiar é responsável por quase 80% da produção dos alimentos que compõem a cesta básica para a segurança alimentar e nutricional dos brasileiros" (CONTI, 2013, p. 139).

Tal dado evidencia a grandeza do papel da agricultura familiar dentro do estado brasileiro, não só em termos quantitativos, com a altíssima porcentagem de tal modo de produção dentre os alimentos básicos para a alimentação humana, mas também em termos qualitativos, sendo esses alimentos diretamente ligados à segurança alimentar e nutricional. Ademais, a produção familiar apresenta-se, ainda, como uma opção de garantia de renda para populações rurais que, historicamente, apresentam maiores contingentes de pessoas carentes e em estado de necessidade.

Assim, o presente artigo tem como objetivo principal mostrar, em primeiro lugar, como a Agricultura Familiar funciona e suas especificidades, especialmente no que tange à alimentação nutritiva e balanceada. Em segundo lugar, pretende-se salientar a importância desses diferenciais supracitados para os direitos humanos como um todo, e, mais especificamente, para o direito à alimentação e à saúde, e a ligação entre estes e o direito à vida, a garantia mais fundamental de todas. E, por fim, propõe-se vislumbrar a produção familiar como elemento de enorme potencial no combate à pobreza.

Para isso, a metodologia usada será a de partir do cenário da agricultura familiar no Brasil, a fim de ilustrar seu funcionamento e seu modo de produção, traçando uma linha de raciocínio que apresenta seus principais benefícios e aquilo que a diferencia do resto do agronegócio, tanto para os consumidores, quanto para os próprios produtores. Em seguida, apresenta-se a ligação entre a própria agricultura familiar e o direito humano à alimentação, explicando as circunstâncias funda-

mentais de tal direito e sua profundidade como algo além do simples acesso ao alimento. E, por fim, demonstra-se como a produção no modelo familiar é fundamental para o combate à fome e para a erradicação da pobreza, itens intrinsecamente relacionados com a temática dos direitos fundamentais. Assim, fecha-se e conclui-se a cadeia de conexões entre a agricultura familiar e os direitos humanos, proposta pelo artigo.

2. A AGRICULTURA FAMILIAR

A Agricultura Familiar no Brasil começa a receber a atenção governamental após o relativo fracasso da Revolução Verde em assegurar o acesso à alimentação para toda a população, por meio do extensivo uso de maquinários e de Organismos Geneticamente Modificados. Foi durante os anos 1990 que, após a certa desilusão tida com as excelências que deveriam ter sido atingidas com os meios de produção do agronegócio, que alguns pesquisadores abandonaram a prévia caracterização dada aos pequenos agricultores, deixando de nomeá-los de camponeses e ascendendo ao que hoje temos como Agricultura Familiar.

Tal forma de produção teve sua fortificação no Brasil devido a programas públicos de apoio, como o PRONAF (Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar), o qual fornece, majoritariamente, créditos a esses agricultores, tornando, assim, possível o crescimento de uma parcela e a competição mercadológica com grandes produtores. Nota-se, nos anos recentes, o crescimento da Agricultura Familiar, de modo a ter se tornado uma parcela significativa da produção para consumo dos brasileiros.

> O Censo agropecuário de 2006 aponta, que a agricultura familiar é responsável por quase 80% da produção dos alimentos que compõem a cesta básica para a segurança alimentar e nutricional dos brasileiros. Segundo o IBGE (2011), dos 5.175.489 estabelecimentos rurais identificados, 4.367.902 são conformados pela agricultura familiar e representam 84,4% do total dos mesmos. Eles ocupam apenas 24,3% do total da área dos estabelecimentos agropecuários brasileiros e mesmo assim respondem por 38% do valor geral da produção. (CONTI, 2013, p. 139)

A importância do papel da Agricultura Familiar é nítida em valores quantitativos, como os apresentados acima. Porém, seus benefícios também são significativos em termos qualitativos. A própria FAO reconhece que a agricultura familiar é a forma predominante de agricultura no setor de produção de alimentos e tem importante papel socioeconômico, ambiental e cultural (FAO, 2016, p. 35). Sendo assim, evidencia-se o papel da Agricultura Familiar na Segurança Alimentar, esta tida, de acordo com o artigo 3º da Lei nº 11.346, de 15 de Setembro de 2006, como "realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais".

A produção por pequenos agricultores é de suma relevância para a garantia econômica para essas famílias e também para o acesso a alimentos variados e de qualidade principalmente em municípios menores, onde há a predominância desse meio. Ademais, a Agricultura Familiar também tem papel de notoriedade quanto a Soberania Alimentar. Essa é uma produção que prevalentemente respeita as culturas, dado que a atuação dos pequenos produtores é centrada no que é de melhor desenvolvimento da região, respeitando a qualidade ambiental de onde se encontram e as tradições locais quanto à forma do desenvolvimento do trabalho.

Ambos quesitos de segurança e de soberania alimentares estão entrelaçados, pois "A soberania alimentar é a via para se erradicar a fome e a desnutrição e garantir a segurança alimentar duradoura e sustentável para todos os povos"[25]. Portanto, a Agricultura Familiar além de ser economicamente o meio principal que garante a alimentação da população brasileira, também a garante de forma benéfica em termos ambientais, com menor uso de agrotóxico, de transgênicos e de maquinários, e tem termos culturais, com o respeito ao que define grupos populacionais. Para Elisabete Maniglia[26], "Não há como desvincular

25 Fórum Mundial sobre Soberania Alimentar, Havana, 2001.

26 Elisabete Maniglia é graduada em Comunicação Social e Jornalismo pela USP e graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestra em Direito pela USP e Doutora pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. É professora de Direito Agrário e de Direito Ambiental e membro da Comissão de

meio rural, direitos humanos e segurança alimentar" (MANIGLIA, 2009, p. 177)[27]. As diretrizes da Agricultura Familiar, então, vão em convergência aos Direitos Humanos[28], por viabilizar uma alimentação adequada em diversos quesitos à população. Nas palavras do Ex. Secretário-Geral das Nações Unidas, Ban Ki-moon, no que tange ao tópico dos agricultores familiares e do desenvolvimento sustentável, "Eles gerenciam a grande maioria das propriedades agrícolas do mundo. Eles preservam recursos naturais e a agrobiodiversidade. Eles são o pilar dos sistemas de agricultura e de alimentação inclusivos e sustentáveis" (KI-MOON, 2014). Assim, percebe-se que a agricultura familiar é de grande valor para o Brasil e para o mundo inteiro.

Entretanto, o reconhecimento mundial e a superioridade da Agricultura Familiar em relação ao agronegócio, em termos de qualidade da produção e respeito ao produtor e ao meio ambiente, não são fatores suficientes para que essa seja corretamente adereçada no Brasil. O PRONAF, programa que deveria incentivar cada vez mais o pequeno produtor na agricultura, mostra-se fazendo o oposto a isso, uma vez que suas políticas públicas estão se voltando para os agricultores mais capitalizados, fornecendo a eles um maior número de contratos e maiores créditos. Também, há o costume de incentivo de agricultores para que produzam os mesmos tipos de alimentos, submetendo-os a uma produção de monocultura como o que é feito pelo agronegócio.

Em vista disso, nota-se que a falta de notoriedade dada à Agricultura Familiar por parte de discursos e de políticas públicas vai contra os parâmetros estabelecidos por acordos internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual, em seu artigo 2º afirma que "Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência", evidenciando que tal falta de incentivo acaba por prejudicar, em diversos níveis, o produtor, como será apresentado nos capítulos seguintes. Por isso, é nítido que o debate acerca da importância da Agricultura Familiar mostra-se tão neces-

Direito Agrário

27 MANIGLIA, Elisabete. Das interfaces entre o Direito Agrário, os direitos humanos e a Segurança Alimentar no Brasil. p. 177. 2009.

28 Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

sário, tendo em vista que as atitudes tomadas atualmente acabam por impedir tal forma de produção de garantir a excelência que ela pode prover em quesitos socioeconômicos.

3. A AGRICULTURA FAMILIAR E O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO

Foi demonstrado como é o funcionamento da agricultura familiar e como esta é de grande importância para o cenário nacional. Agora, pretende-se apresentar sua ligação com o direito à alimentação, analisando o que este implica em seus moldes atuais. Porém, antes de adentrar na temática do direito à alimentação em si, é importante salientar que a fome ainda é uma realidade para milhões de pessoas ao redor do mundo. De acordo com a FAO - Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - "o número de pessoas passando fome no mundo subiu de 815 milhões de indivíduos, em 2016, para quase 821 milhões em 2017" (FAO, 2018), taxa esta que aumentou pelo terceiro ano consecutivo. Com base nisto, se hoje a alimentação é um direito humano, mas milhões de pessoas continuam passando fome, depara-se com um problema que precisa ser averiguado com extrema urgência, para que se possa buscar soluções plausíveis para remediar e, no longo prazo, resolver a questão. Em matéria publicada pelo site da ONU no Brasil, foi pontuado que:

> Muitos especialistas dizem que o mundo produz alimentos suficientes para alimentar toda a humanidade. Mas cerca de 815 milhões de pessoas continuam sofrendo de fome crônica por causa da distribuição desigual de riqueza e recursos: são pobres demais para comprar comida, não têm terra para produzir seu próprio alimento ou enfrentar uma variedade de outros obstáculos que poderiam ser resolvidos. (ONU, 2018)

Ou seja, apesar de se produzir uma quantidade de alimentos suficiente para toda a população mundial, muitas pessoas se encontram às margens do acesso à comida. Como será abordado mais adiante, muitas vezes, a parcela mais carente da população se vê marginalizada e despro-

vida de seus direitos mais fundamentais, a exemplo do direito à alimentação. No entanto, quando se fala de um direito humano à alimentação, não se fala apenas de um simples acesso à comida, quando tratando dos direitos básicos para um "Padrão de Vida adequado"[29]. Fala-se daquilo que Írio Luiz Conti[30], Doutor em Desenvolvimento Rural pela UFRGS e Especialista em Direitos Humanos (CESUSC), apresenta, em seu capítulo "Interfaces entre direito humano à alimentação adequada, soberania, segurança alimentar e nutricional e agricultura familiar", da obra Convivência com o semiárido brasileiro, como um

> Direito de todas as pessoas e povos ao acesso físico e econômico, de modo regular, permanente e livre, diretamente ou por meio de compras financiadas, à alimentação suficiente e adequada, em quantidade e qualidade, em conformidade com as tradições culturais, assegurando sua realização física e mental para que obtenham uma vida digna. (CONTI, 2013, p. 137)

Esse é o conceito de uma alimentação adequada e de qualidade estabelecido e usado, atualmente, pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Em conformidade com isso está a produção oriunda da agricultura familiar, que engloba produtos diversificados, ricos em nutrientes e com baixas taxas de agrotóxicos, ou seja, nutritivos e de qualidade. Vale relembrar que, de acordo com o Censo agropecuário de 2006, a agricultura familiar é responsável por cerca de 80% da produção dos principais alimentos básicos que são considerados fundamentais para a segurança alimentar e nutricional no

29 Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948.

30 Írio Luiz Conti é Doutor em Desenvolvimento Rural e Mestre em Sociologia, ambos pela UFRGS e é, também Especialista em Direitos Humanos (CESUSC). Além disso, é graduado com Licenciatura Plena em Filosofia (UPF) e Bacharelado em Teologia pelo Instituto Missioneiro de Teologia. Por fim, é Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Segurança Alimentar e Nutricional (NESAN/UFRGS) e da Teia de Articulação pelo Fortalecimento da Segurança Alimentar e Nutricional (TearSAN/UFSC), conselheiro do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) e membro do Consultivo da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN).

Brasil, a exemplo do milho, da mandioca, do feijão, do arroz e do trigo. Dessa forma, já fica explícito o papel crucial de tal sistema de produção no que tange à alimentação da população brasileira como um todo. Sem a agricultura familiar, a quantidade de alimentos disponíveis seria drasticamente menor e a qualidade não seria a mesma.

A segurança, tanto alimentar, quanto nutricional, podem ser relacionadas à agricultura familiar não só pelo modo com que os alimentos são produzidos, o tipo de alimentos produzidos e sua grande variedade, sendo estes mais saudáveis e nutritivos, mas também no sentido de que esse sistema de produção possibilita, para as milhares de famílias que o compõe, a entrada de uma renda suficiente para assegurar-se a saúde e o bem-estar, como é previsto na Carta de direitos humanos. A produção familiar é um exemplo excelente de um caminho tomado por famílias vulneráveis, nas áreas rurais, com o objetivo de se sustentar e de garantir as condições para uma vida digna.

Essas garantias mínimas, que deveriam ser direito de todos, podem ser encontradas também na Constituição Federal Brasileira, no Artigo 6º, o qual estabelece quais são os direitos sociais dos cidadãos da república: "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". Dentre os direitos sociais citados, sobressaem-se, no que concerne o presente trabalho, o direito à saúde, o direito à alimentação e o direito ao trabalho.

A relação da agricultura familiar com a saúde e à alimentação já foi evidenciada, enfatizando seus alimentos saudáveis e nutritivos que são destinados à população. Já a relação com o direito ao trabalho parece ser bastante simples, uma vez que as propriedades são geridas por famílias que fazem, muitas vezes ao longo de várias gerações, com que o cuidado da terra e o plantio sejam seu trabalho e sua fonte de renda.

Ademais, no aspecto normativo do direito à alimentação, é relevante o Artigo 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, que diz respeito ao Programa de Aquisição de Alimentos, programa este que está relacionado com e agricultura familiar e, inclusive, tem como uma de suas finalidades a de: "incentivar o consumo e a valorização dos

alimentos produzidos pela agricultura familiar". Tal ato normativo instituiu, mais adiante, que outra de suas finalidades é: "promover o acesso à alimentação, em quantidade, qualidade e regularidade necessárias, das pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional, sob a perspectiva do direito humano à alimentação adequada e saudável". É interessante destacar esse artigo, pois ele demonstra que a própria lei incorpora o direito à alimentação com o sentido de uma alimentação, em primeiro lugar, adequada, e, em segundo lugar, saudável.

Assim, percebe-se que o direito à alimentação é um direito humano inviolável, e que, apesar de não ser uma realidade concreta no mundo atual e no Brasil, a busca para concretizá-lo deve ser constante e contínua. Com o exposto, evidencia-se que um passo na direção certa na luta contra a fome é o fomento da agricultura familiar, que, como explicitado, interliga-se à defesa de tal direito.

4. A AGRICULTURA FAMILIAR E A ERRADICAÇÃO DA POBREZA

O capítulo anterior terminou falando sobre a importância do fomento das atividades relativas à agricultura familiar no sentido da defesa do direito à alimentação saudável e adequada. O Banco Mundial (BIRD) publicou em uma matéria com o título "Agricultura familiar, prioridade contra a fome na América Latina" a seguinte sequência de dados:

> Outro motivo para apostar na produtividade agrícola – em especial a de cereais – é o fato de ela influenciar diretamente os números de fome e desnutrição. De 2000 a 2012, quando houve aumento médio anual de 2,6% na produção de cereais nos países de baixa renda, a pobreza e a desnutrição caíram 2,7% ao ano. Já entre 1990 e 1999, quando a produção ficou estagnada nos países mais pobres do mundo, houve pouca melhora nos índices de pobreza e saúde nutricional. (WORLD BANK, 2016)

Deduz-se, através dos dados fornecidos, que a produtividade agrícola está diretamente relacionada com a diminuição dos índices de fome e de pobreza. Nesse sentido, é importante destacar que a pobreza

é algo de extrema relevância quando o assunto são os direitos humanos. Isso porque, como citado anteriormente, as pessoas em situação de extrema pobreza e miséria são as que mais sofrem graves violações e privações de direitos inerentes à dignidade humana, uma vez que são marginalizadas e carecem de coisas bastante básicas para uma vida digna, a exemplo da saúde e da educação. A respeito disso, António Guterres, secretário-geral das Nações Unidas, em um pronunciamento no Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza - 17 de outubro - em 2018, atentou para o fato de que "mais de 700 milhões de pessoas em todo o mundo vivem na miséria e não conseguem atender às suas necessidades básicas" e pontuou que "há uma conexão fundamental entre a erradicação da extrema pobreza e a garantia de direitos iguais para todas as pessoas". (ONU, 2018)

Enquanto mais de 700 milhões de pessoas vivem na miséria, 70% dos pobres do mundo trabalham no campo. Esse dado, fornecido também pelo Banco Mundial, é de extrema relevância para se entender a relação da agricultura familiar com o combate à pobreza. Isso porque, como abordado brevemente no capítulo anterior, a Agricultura Familiar se torna uma opção para garantia do sustento de inúmeras famílias carentes no meio rural. Para sustentar essa tese, Conti aponta que:

> Há 12,3 milhões de trabalhadores ocupados nos estabelecimentos da agricultura familiar, o que representa 74,4% do total de pessoas ocupadas no campo e equivale a dizer que, de cada dez pessoas ocupadas no campo, sete estão envolvidas na agricultura familiar. (CONTI, 2013, p. 139)

Nesse sentido, observa-se que quase 75% dos trabalhadores no campo dependem da agricultura familiar como sua forma de sobrevivência, e, assim, considerando que haja um fomento deste setor, por meio de programas públicos, os agricultores podem melhorar sua produção, seu rendimento, seu conhecimento do meio agrícola, e, consequentemente, sua renda e sua qualidade de vida. Nessa linha, a FAO, na obra "Superação da Fome e da pobreza rural" (FAO, 2016), coloca que a experiência brasileira de erradicação da fome e superação da pobreza "se assenta em uma ampla rede de proteção social, em políticas

de garantia da segurança alimentar e nutricional" e, também, "políticas diferenciadas para a agricultura familiar" (FAO, 2016, p. 6). O que isso demonstra é que uma das consequências das medidas que incentivam e subsidiam a produção familiar é a diminuição da pobreza rural.

Em complementaridade à obra supracitada, a FAO publicou, em sua página virtual, diversas matérias que sustentam a perspectiva de que a agricultura familiar é essencial no combate à pobreza. Alguns exemplos são as matérias "Década da Agricultura Familiar da ONU, uma oportunidade extraordinária para avançar na erradicação da fome e da pobreza" (FAO, 2018) e "Agricultura familiar é essencial para erradicar a fome na América Latina e no Caribe" (ONU, 2015). Ambas apresentam a produção familiar como um potencial motor para a erradicação da fome, para o desenvolvimento sustentável e para a redução da pobreza nas áreas rurais. Tal compreensão foi proposta pelo representante regional da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, Raul Benitez, que é Doutor em Estudos Latino Americanos pela UNAM (Universidade Nacional Autônoma do México).

Por fim, a EMBRAPA, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), publicou, em 2018, o estudo digitalizado "Erradicação da Pobreza: Contribuições da Embrapa" (EMBRAPA, 2018). Com o objetivo final de promover a inclusão de pessoas marginalizadas pela sociedade que, muitas vezes, se veem desprovidas de seus direitos mais básicos, essa obra apontou que dentre os trabalhos realizados pelo órgão, está o:

> Estabelecimento de pesquisas que contribuam para a qualidade e agregação de valor em estratégias de arranjos produtivos de pequenos e médios produtores, incluindo estratégias para evolução da agricultura familiar (...) o que sem dúvida apresenta-se como uma forte contribuição para a erradicação da pobreza no meio rural brasileiro. (EMBRAPA, 2018, p. 36)

Assim, mais uma vez, a produção familiar se mostra uma peça chave na busca por uma desmarginalização de contingentes populacionais

excluídos, na luta por uma melhoria da qualidade de vida das pessoas no campo e, principalmente, no combate à pobreza.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, foi possível, por meio da análise de dados acerca da Agricultura Familiar, constatar o grande papel exercido por essa ao se falar em garantia nacional de uma alimentação de qualidade e de reafirmação social daqueles que se beneficiam diretamente dela.

Dessa maneira, conclui-se que a Agricultura Familiar não é somente uma grande aliada da economia nacional, ao ser responsável pela majoritária produção de alimentos consumidos pela população brasileira. É possível abstrair da prévia discussão que a Agricultura Familiar, ao abrir um leque de possibilidades de sustento para os produtores rurais, o faz de forma a preservar as culturas locais e a qualidade alimentar e permite com que os princípios de Segurança e Soberania Alimentares sejam seguidos.

Assim, torna-se evidente como a Agricultura Familiar age como garantidora de Direitos Humanos, dado que ela é tida pelos pequenos produtores rurais como uma forma de terem acesso ao trabalho e à alimentação, ela traz certa dignidade humana para o trabalho no campo. Portanto, é imprescindível a ampliação do debate acerca das condições da Agricultura Familiar no Brasil, uma vez que essa enfrenta percalços para a sua real validação em território brasileiro, por meio de defasadas políticas públicas, que agem em movimento contrário à primazia das garantias humanas.

Referências Bibliográficas

Agricultura Familiar: 70% da sua comida é produzida assim. Blue Vision, 8 de Nov, 2018. Disponível em: <https://bluevisionbraskem.com/desenvolvimento-humano/agricultura-familiar-70-da-sua-comida-e-produzida-assim/> Acesso em 11 de Jun, 2020.

Agricultura familiar é essencial para segurança alimentar e desenvolvimento sustentável globais, diz FAO. Nações Unidas Brasil, 16 de

Out, 2014. Disponível em <https://nacoesunidas.org/agricultura-familiar-e-vital-para-seguranca-alimentar-e-desenvolvimento-sustentavel-globais-diz-fao/> Acesso em 17 de Jun, 2020.

Agricultura familiar, prioridade contra a fome na América Latina. World Bank IBRD. 27 de jun, 2016. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/feature/2016/06/27/agricultura-familiar-punta-lanza-contra-hambre-america-latina> Acesso em 20 de Jun, 2020.

Artigo 25: Direito a um padrão de vida adequado. Nações Unidas Brasil, 20 de Dez, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-25-direito-a-um-padrao-de-vida-adequado/> Acesso em: 20 de Jun, 2020.

Brasil passa a ser 3º maior exportador agrícola, mas clima ameaça futuro. Canal Rural, São Paulo, 17 de Set, 2018. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/noticias/agricultura/brasil-passa-a-ser-3o-maior-exportador-agricola-mas-clima-ameaca-futuro/> Acesso em 20 de Jun, 2020.

CONTI, Írio Luiz. Convivência com o semiárido brasileiro. Editora IABS; Brasília, 2013.

Década da Agricultura Familiar da ONU, uma oportunidade extraordinária para avançar na erradicação da fome e da pobreza. Food and Agriculture Organization of the United Nations. 06 de Fev, 2018. Disponíivel em: <http://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/en/c/1103086/> Acesso em 22 de Jun, 2020.

EMBRAPA. Erradicação da Pobreza. Embrapa, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/infoteca/bitstream/doc/1098263/1/ODS11.pdf> Acesso em 22 de Jun, 2020.

Fala do então Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, Lançamento do relatório Estado da Alimentação e Agricultura, 16 de outubro de 2014, Roma.

FAO: fome aumenta no mundo e afeta 821 milhões de pessoas. Nações Unidas Brasil, 11 de Set, 2018. Disponível em: <https://na-

coesunidas.org/fao-fome-aumenta-no-mundo-e-afeta-821-milhoes-de-pessoas/#:~:text=Pelo%20terceiro%20ano%20consecutivo%2C%20a,quase%20821%20milh%C3%B5es%20em%202017.> Acesso em 26 de Jun, 2020.

FAO. Superação da Fome e da pobreza rural: Iniciativas Brasileiras. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO), BRASÍLIA, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21821/1/LIVRO_Superacao%20da%20Fome%20e%20da%20Pobreza%20Rural%202016.pdf> Acesso em 22 de Jun, 2020.

Fórum Mundial sobre Soberania Alimentar, Havana, 2001. Disponível em: <http://www.ceresan.net.br/quem-somos/o-que-entendemos-por-ssan/> Acesso em: 02/07/2020.

MANIGLIA, Elisabete. Das interfaces entre o Direito Agrário, os direitos humanos e a Segurança Alimentar no Brasil. Editora UNESP; São Paulo. 2009.

ONU diz que pobreza impede mais de 700 milhões de pessoas de atender suas necessidades básicas. Nações Unidas Brasil, 17 de Out, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-diz-que-pobreza-impede-mais-de-700-milhoes-de-pessoas-de-atender-suas-necessidades-basicas/> Acesso em 24 de Jun, 2020.

Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948, Artigo 25. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/dezembro/artigo=25-deg-direito-a-saude-bem-estar-e-seguranca#:~:text-O%20mesmo%20artigo%20afirma%20ainda,gozam%20da%20mesma%20prote%C3%A7%C3%A3o%20social%E-2%80%9D.> Acesso em: 17 de Jun, 2020.

República Federativa do Brasil. Constituição de 1988, Artigo 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm&gt> Acesso em: 24 de Jun, 2020.

República Federativa do Brasil. Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, Artigo 19, Incisos I e II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.696.htm> Acesso em: 19 de Jun, 2020.

República Federativa do Brasil. Lei nº 11.346, de 15 de Setembro de 2006, Artigo 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm> Acesso em: 24 de Jun, 2020.

COMBATE AO NOVO CORONAVÍRUS E O DIREITO À PRIVACIDADE: UM DIÁLOGO FUNDAMENTAL SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) E O CASO DA DIVULGAÇÃO DOS EXAMES DE COVID-19 DE JAIR BOLSONARO.

Rafael Arruda Arraes de Alencar

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já deveras visto em teses jurídicas, a evolução do direito e do arcabouço normativo tenta acompanhar a evolução da sociedade. Como já dizia Adeodato, a modernidade simboliza a complexidade social que influencia diretamente no desenvolvimento do ordenamento jurídico (ADEODATO, 2006). Algo que se torna ainda mais claro nos tempos atuais, os quais são caracterizados pela evolução tecnológica. Neste sentido, a preocupação com a privacidade aumenta proporcionalmente ao já citado progresso da tecnologia. O que pode ser comprovado pela crescente de casos de invasão de privacidade decorrente da evolução da tecnologia e da ascensão das redes sociais. Cita-se como exemplo recente o caso da Cambridge Analytica nas eleições presidenciais dos Estados Unidos, no ano de

2016[31]. Em razão disso, a teoria de João Maurício Adeodato é prospera, uma vez que o direito será atualizado devido à necessidade de acompanhar as mudanças sociais. Aqui no Brasil, existe a necessidade de uma legislação própria de privacidade para além dos dispositivos que versam sobre esse tema em leis já vigentes. Neste desiderato, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais toma seu espaço no ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de proteger, principalmente, pessoas físicas da coleta de dados por grandes corporações. Além de seguir a tendência da Constituição brasileira de 1988, que tem a privacidade como um direito fundamental.

Ademais, como demonstrado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, uma sociedade hipercomplexa está exposta a constantes mudanças (FIGUEIRA NEVES, 2005). É neste pilar que surge a problemática do vírus como uma alteração do sistema e, como já visto na teoria supra, os outros sistemas tendem a acompanhar essa mudança. Corroborando, dessa forma, a já citada teoria de Adeodato. Ou seja, a partir da aparição e disseminação do novo coronavírus, primeiramente na província de Wuhan, na China, ao final de 2019 (UOL, 2020), e todas as suas consequências, já em meados de 2020, o sistema jurídico teve de se adaptar, não só através da LGPD, uma vez que esta foi aprovada ainda em 2018, mas sim também por meio de outras portarias e instrumentos normativos. Ainda assim, caso o sistema jurídico não evolua, quando houver, por parte do Estado, a tentativa de cumprir seu dever de garantir o direito fundamental à saúde pública, através da coleta e divulgação de dados de cidadãos infectados com COVID-19, pode-se acabar criando um confronto com o direito à privacidade dos dados pessoais, uma vez que a divulgação desses dados coletados pode acabar causando estigma social, principalmente em tempos nos quais ofensas por meio de redes sociais estão tão disseminadas e banais. O que deixa claro que a pandemia do COVID-19 pode ser responsável não só por impactos na saúde pública e na economia, como também

31 O caso da Cambridge Analytica ficou conhecido como um recente marco de violação de privacidade. A assessoria britânica foi acusada de coletar informações privadas e utilizá-las como mecanismo de direcionamento de campanha eleitoral em redes sociais como o 'Facebook' (BBC, 2018)

na privacidade dos indivíduos. Algo que de fato aconteceu, como foi o caso do General Heleno, atual ministro chefe do gabinete de segurança institucional do Brasil. Após divulgar o resultado positivo do seu exame, seus dados foram vinculados a programas de fidelidade com times de futebol, assim como à função de mesário nas próximas eleições eleitorais (TEMPO, 2020). Em síntese, há de se desenvolver o diálogo entre o direito da privacidade e o da saúde, assim como o efeito da LGPD em casos como esse, ainda mais por se tratar de um caso semelhante ao de Jair Bolsonaro, o qual será um dos objetos deste trabalho.

2 PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O direito fundamental à privacidade foi estabelecido no Brasil através da Carta Magna de 1988, que também foi responsável pela positivação de outros direitos fundamentais no Brasil. Como já se sabe, essa classificação de direitos tem como objetivo dar efetividade a instrumentos para um pleno exercício social (ÂMBITO JURÍDICO, 2014). De mais a mais, cabe trazer à baila que, enquanto fundamental, o direito à privacidade tem o limite de um direito subjetivo, manifestando-se dessa forma como um direito individual em face ao Estado e outros particulares, possuindo o cidadão o direito de escolha, assim como o controle sobre os seus dados pessoais (CONJUR, 2020). Um exemplo de uma dessas nuances, por assim dizer, é o limite da invasão da privacidade de uma pessoa pública e de uma pessoa privada como já citado. Uma autoridade pública, por exemplo, logicamente vai ter sua privacidade cerceada de forma mais invasiva do que quase qualquer pessoa privada. De qualquer forma, no tocante à proteção da tutela à privacidade no ordenamento jurídico pátrio, é necessário um amplo conjunto de leis e normas, objetivando o máximo de cobertura.

Antes da Constituição de 1988, a tutela da privacidade só era reconhecida mediante defesa doutrinária e teses jurídicas (ÂMBITO JURÍDICO, 2014). Atualmente, já se percebe essa tutela em normas como a Lei de Acesso à informação (Lei n° 12.527/11), o Código Civil de 2002, entre outros instrumentos jurídicos incluídos como peças legislativas espalhadas pelo ordenamento pátrio. Apesar de, hodierna-

mente, o Brasil já possuir, em tese, um bom apoio à privacidade em seu bojo jurídico, ainda assim, no direito comparado, há uma certa disparidade com os demais países, principalmente quando se olha o direito aplicado. Só na América Latina, a título de exemplo, países como Argentina, México, Uruguai, Peru e Chile já possuem legislação própria sobre privacidade.

É em função dessa distorção que a LGPD representa um grande passo para o reforço da tutela da privacidade no ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente aprovada em agosto de 2018, a LGPD objetiva proteger a coleta contínua de dados pessoais, que, conforme a lei, são informações relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, como por exemplo o nome, CPF, endereço e dados genéticos. Em seu 1° artigo, por exemplo, a lei específica que dispõe acerca do tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, com a finalidade de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, assim como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Sua inspiração surge do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), regulamento parecido que vige nos países da União Europeia e no espaço econômico europeu, assinado em janeiro de 2016 (FIA, 2019). Após aprovar o projeto da lei, transformando-a na lei de n° 13.709/2018, o então presidente, Michel Temer, escolheu por vetar, dentre outros pontos, o dispositivo que criava a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que depois foi instituída via medida provisória (n° 869/2018), e posteriormente convertida em lei de n° 13.853/2019, que acabou por acrescentar alguns artigos à LGPD (EXAME, 2020). Dessa forma, a LGPD estava prevista para entrar em vigor 18 meses após a sua publicação, o que faria com que ela entrasse em vigor em fevereiro de 2020. Contudo, após a conversão da MP n° 869/2018 em lei, a LGPD ficou prevista para entrar em vigor em agosto de 2020. Entretanto, com a ascensão do novo coronavírus, está incerto quando a LGPD realmente entrará de fato em vigor, já que implementá-la em um período de crise poderia criar um impasse maior ainda para as empresas. Nessa trilha de raciocínio, o atual presidente da República assinou a medida provisória n° 959 adiando, novamente, a entrada em vigor da LGPD (UOL, 2020). Dessa vez, a vigoração

da lei geral está prevista para começar em 03 de maio de 2021. Ainda assim, existem outros instrumentos legislativos que permitem outras prorrogações do pacote, a depender de como se desenrole a situação do referido vírus no Brasil (EXAME,2020).

Para mais, a partir do começo da vigência da LGPD, e pensando na já citada correlação da evolução da sociedade com o meio jurídico, a tutela à privacidade tomou amplitude e deixou de ser apenas uma mera proteção da vida íntima, trazendo consigo também o direito do cidadão ter controle sobre os seus dados pessoais (ANDRADE E EHRHARDT,, 2020). Nessa importância, a proteção aos dados pessoais passa a ser considerada um direito propriamente fundamental, devendo ser provido pelo Estado e não violado por este.

3 REPERCUSSÃO DA DIVULGAÇÃO DOS EXAMES DE COVID-19 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA JAIR BOLSONARO, SOB A ÓTICA DA LGPD

Ainda que a LGPD não tenha entrado em vigor, da pra se pensar em casos em que ela interferiria. É dessa forma que se aplicará, mais adiante, o caso de Jair Bolsonaro, uma vez que, após uma viagem aos Estados Unidos, no início de março, alguns integrantes de sua comitiva começaram a apresentar sintomas e confirmar o diagnóstico de COVID-19. Após cerca de duas semanas – limite, em média, do tempo de incubação do novo coronavírus – (FIOCRUZ, 2020) cerca de vinte integrantes da comitiva já tinham confirmado o diagnóstico de COVID-19 (G1, 2020).

Em razão disso, acabaram surgindo dúvidas sobre a possibilidade de o presidente também ter sido infectado. Situação que se agravou após Jair Bolsonaro ter saído às ruas quatro vezes, sendo duas delas nos dias 15 e 29 de março, quando compareceu ao comércio local e a algumas manifestações, onde, nesta última, cumprimentou, fisicamente, seus apoiadores. Após descumprir as recomendações de isolamento, e ter sido visto com tosse em algumas de suas saídas às ruas, o assunto tomou grandes proporções nas redes sociais e nos veículos midiáticos (VEJA, 2020).

Figura 1: Tosse em uma de suas saídas às ruas

Fonte: Folha de São Paulo

Figura 2: Bolsonaro passa braço no nariz e cumprimenta apoiadores

Fonte: Gazeta do Povo

Criou-se, então, um debate sobre a responsabilidade política e social do presidente, já que, além de ter saído e descumprido as recomendações das autoridades sanitárias, na forma de uma autoridade pública influente, o presidente também acaba por motivar o comportamento de outras pessoas. O que acaba sendo ainda mais severo em tempos de crise, nos quais é claro o aumento da volatilidade das relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas (NERI, 2013, p. 12).

Ao ser questionado sobre o descumprimento das regras de isolamento, Bolsonaro defendeu-se ao alegar o seu direito constitucional

de ir e vir (VEJA,2020), posto no art. 5°, XV, da Carta Magna. Direito esse que foi um dos direitos fundamentais prejudicados pelas medidas de combate ao novo coronavírus, a partir do isolamento social. Uma de suas saídas, no dia 29 de Março, aconteceu um dia após uma reunião com Luiz Henrique Mandetta, o então Ministro da saúde, na qual o Ministro pediu que a pandemia não fosse menosprezada e que as medidas de isolamento fossem devidamente cumpridas (UOL, 2020).

Em razão desse comportamento, a demanda social pelos resultados dos exames feitos por Jair Bolsonaro, se firmou tanto no sentido de tentar remediar possíveis situações de contágio em pessoas que tiveram contato mais próximo com o presidente, como também no sentido de uma responsabilização pelo descumprimento das medidas de isolamento e uma possível contaminação em massa em função destes atos. O problema, no entanto, é a falta de recorrência de situações como essa, o que dificulta as tomadas de decisões, principalmente as jurídicas, as quais têm como um de seus fundamentos, as jurisprudências. É nessa evidência que começa o debate sobre a divulgação do resultado do exame do presidente, assim como sua finalidade e possíveis consequências.

Neste interesse, o deputado Rogério Correia (PT-MG), por exemplo, requereu informações sobre o exame. Jorge Oliveira, ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, defendeu o presidente ao afirmar que os documentos tratam de direito individual, de esfera íntima e que não caberia enviá los a "terceiros" (ESTADÃO, 2020). Ademais, afirmou ainda que os resultados já foram entregues ao Supremo Tribunal Federal no dia 13 de maio. No caso em tela, o Planalto entregou os exames antes mesmo da decisão do relator do caso, evitando que uma espécie de jurisprudência fosse criada para casos como esse. O jornal 'Estadão' teria entrado também com um recurso no Supremo Tribunal Federal (STF) para certificar que o presidente realmente tinha entregue à justiça todos os exames realizados. Antes disso, a Justiça Federal de São Paulo e o Tribunal Regional Federal da 3º Região (TRF-3) haviam garantido ao jornal, o acesso aos laudos dos exames feitos por Bolsonaro. O governo, entretanto, reverteu a decisão no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que motivou o jornal a entrar com o recurso no STF.

De fato, foram entregues três exames com resultado negativo ao STF, sendo dois deles possuindo pseudônimos, mas com o CPF e o RG de Bolsonaro. O terceiro, feito pela Fiocruz, que é um laboratório público ligado ao Ministério da Saúde, não possui qualquer informação sobre o paciente, que foi identificado como 'paciente 05'. Inclusive, em um dos codinomes utilizados pelo presidente, está o nome do filho de uma funcionária responsável pela coleta do material utilizado no exame. Em resposta a este acontecimento, a defesa de Jair Bolsonaro alegou que utilizou os codinomes para que os laboratórios não soubessem de quem era o exame (ESTADÃO, 2020).

De mais a mais, apesar de ser uma autoridade pública, inclusive a mais importante delas, isto é, o presidente da República, o exame de Jair Bolsonaro não pode ser revelado sem seu consentimento. Conforme a resolução n° 1605° (2000) do Conselho Federal de Medicina (CFM), diagnósticos não podem ser divulgados pelos médicos sem que antes haja consenso do paciente. A exceção, no entanto, é que o novo coronavírus se trata de uma doença de notificação compulsória, conforme a Portaria n° 264, de 17 de fevereiro de 2020. Em casos como esse, a resolução supracitada da CFM, insere, no art. 02°, inclusive citando o art. 269° do código penal, que a notificação deve ser feita exclusivamente para a autoridade competente. Não obstante, o artigo 8° da lei 6.259 de 1975, por exemplo, estabelece que, obrigatoriamente, as autoridades sanitárias devem ser notificadas quanto a possível ocorrência de casos de doenças transmissíveis que podem implicar em medidas de isolamento ou quarentena, que é o caso do novo coronavírus. Em casos de omissão, tais atos podem, inclusive, resultar em multa ou detenção de até dois anos, conforme novamente o art. 269 do código penal. (gazeta do povo). Ademais, o art. 5° da resolução, mesmo sendo posto *a priori* da LGPD, está de acordo com esta, uma vez que permite a divulgação do diagnóstico em caso de consentimento do paciente através de autorização expressa.

Ainda em conforme com a resolução anteriormente mencionada, a própria LGPD classifica dados de saúde como dados sensíveis, isto é, dados que revelam origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, bio-

métricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa. Isto porque são dados bastante íntimos do paciente, além de serem essenciais para o seu tratamento. Em situações como essas, a coleta desses dados, bem como a sua divulgação, por diversas instituições, tem gerado muitos problemas e discussões. Outro problema que pode ser notado é que há casos em que, mesmo com o consentimento do paciente, como foi o caso do General Heleno, que espontaneamente divulgou o resultado do seu exame, problemas para o dono dos dados. Fato é que os tempos atuais, repleto de redes sociais e novas tecnologias são amplamente imprevisíveis, devendo o usuário estar sempre atento sobre a consequência de seus atos. Para além do constrangimento da divulgação dos dados, esse material também pode ser usada para melhorar algoritmos que estão relacionados à oferta de serviços de operadoras de plano de saúde, algo que a LGPD tenta proteger em seu art. 3°, II.

É em razão dessas consequências que um importante conceito deve ser trazido à baila, isto é, o conceito de dados anonimizados. Segundo a LGPD, dados anonimizados são dados relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Uma verdadeira 'inovação', quando comparado ao conceito de dados pessoais, que, segundo a lei, são dados de pessoas identificadas ou identificáveis. Com a introdução desse conceito e sua aplicação prática, através dos meios técnicos para isso, a problemática da violação da privacidade como consequência da coleta de dados pessoais pode ser resolvida, uma vez que, uma vez anonimizados, os dados deixam de ser pessoais, saindo da cobertura da LGPD. Algo que também deve ser mencionado é que, ao serem criptografados, os dados passam a se tornar 'pseudonimizados', uma vez que podem ser revertidos para dados pessoais e, dessa maneira, voltando a entrar na cobertura da LGPD. Dessa forma, percebe-se que o presidente utilizou uma forma um pouco menos desenvolvida desse mecanismo, porém com o mesmo objetivo de proteger seus exames de quaisquer nuances. Além disso, por breves motivos de esclarecimento, já no dia 07 de julho, Bolsonaro anunciou que fez novos exames para coronavírus, os quais, desta vez, testaram positivo. Ademais, até a presente data, os exames não foram mostrados ao público (UOL, 2020).

Com isso, fica claro que o objetivo da LGPD, neste sentido, é dar autonomia para o proprietário de seus próprios dados, por mais estranha que esta frase possa parecer. Para mais, a LGPD trás sim, em seu bojo, sanções administrativas em caso de descumprimento da lei, no entanto, alguns instrumentos de proteção de dados já estavam positivados na Constituição Federal, nos códigos civil e penal e nos documentos normativos das organizações médicas, como já mencionado. Embora vale ressaltar que, uma vez em vigor, a LGPD seja superiormente hierárquica às resoluções médicas, quando em conflito (MIGALHAS, 2020).

Dessa maneira, através da utilização de dados anonimizados ou pseudonimizados, tanto a questão das medidas governamentais de contenção à disseminação do coronavírus, como também a preocupação com a privacidade dos cidadão, podem ser preservadas e feitas de maneira efetiva.

4 PRIVACIDADE E CORONAVÍRUS, UMA VACINA É FUNDAMENTAL

Apesar do caso de Jair Bolsonaro ter sido um dos objetos de estudo deste artigo, o objetivo maior está centrado num debate entre a tentativa de garantia do direito fundamental à saúde e sua consequência violação do direito fundamental à privacidade. Além de casos já citados, como o do General Heleno, que, de forma inconsciente, expôs seus dados, sofrendo, dessa forma, um certo estigma social, houveram outros casos nos quais a privacidade e o novo coronavírus dialogaram novamente de forma negativa.

Dentre esses, pode-se citar o caso de uma cidadã sergipana, a qual antes mesmo de receber a ligação confirmando seu diagnóstico de COVID-19, nas redes sociais ela já teria visto fotos suas circulando, acompanhadas de comentários difamando-a. Em seu relato, a cidadã conta que essa invasão de privacidade doeu mais do que a dor de cabeça que estava sentindo, como sintoma do vírus (G1, 2020).

Embora esse caso tenha ocorrido no Brasil, esse tipo de situação não possui fronteiras. Em tempos de COVID-19, vários países discutem o tópico dos limites da privacidade quando se trata do combate ao coronavírus. Na Rússia, por exemplo, um aplicativo foi criado para

monitorar pacientes que tiveram diagnóstico de COVID-19 confirmado. Esse aplicativo dá acesso às ligações, à localização, camera, a informações de conexão e outros dados do cidadão com diagnóstico positivo do novo coronavírus (BBC, 2020). Tal prática, novamente, não se limitou apenas à Rússia. Na Coreia do Sul, um sistema permite que cidadãos saibam quais lugares uma pessoa com recém diagnóstico de COVID-19 esteve. Em um dos casos citados por uma reportagem do jornal britânico 'The Guardian', os cidadãos foram notificados de que um homem contraiu o vírus do seu instrutor, numa aula sobre abuso sexual. Situações como essa, talvez acabem por exceder os limites do combate ao vírus, principalmente ao constranger, a partir da divulgação dos dados pessoais, cidadãos plenos, sem qualquer índole que objetive a transmissão (THE GUARDIAN, 2020).

Além dos casos já citados, o que pode acontecer também é uma espécie de chantagem, feita pelas pessoas contaminadas pelo vírus, que podem exigir dinheiro de donos de estabelecimento que passaram, em troca da não divulgação para as autoridades sanitárias que pelos estabelecimento passaram (ANDRADE E EHRHARD, 2020). Ademais, no Brasil, alguns golpes foram aplicados através de *links* maliciosos que supostamente possuem informações sobre a pandemia e auxílio aos cidadãos, *links* esses que normalmente possuem vírus, os quais são capazes de acessar dados previamente não autorizados pelos usuários (ANDRADE E EHRHARD, 2020).

Fica claro, após essa exemplificação, que durante a pandemia do novo coronavírus, o direito à privacidade não foi respeitado. Nesta diapasão, teses de conflitos entre direitos fundamentais já foram amplamente difundidas, principalmente por filósofos do direito, como Robert Alexy. Em casos como esse, disserta Alexy em uma de suas obras, que deve-se seguir a ponderação, o que significa basicamente buscar a solução dos direitos envolvidos com a maior efetividade de acordo com as circunstâncias dadas ((ANDRADE E EHRHARD, 2020). Ora, por meio da já citada teoria de Niklas Luhmann sobre a hipercomplexidade social, fica claro que diversos são os cenários possíveis de conflitos de direitos fundamentais. Nesse sentido, ao pensar nessas diversas possibilidades, ainda mais quando se trata de privacidade, que

é um direito tão subjetivo e complexo, uma legislação específica, como a LGPD, em muito influencia na sua defesa perante o interesse coletivo ou o combate ao coronavírus. Vale ressaltar que a solução de coletas de dados anonimizados ou pseudonimizados, segue as normas da LGPD, o que dá ainda mais segurança para essa ponderação. A partir disso, países que promovem mudanças significativas para que sua legislação se torne efetiva, podem ser acabar garantindo, de melhor forma, os direitos de seus cidadãos.

Sabe-se que o combate ao vírus é essencial e deve ser explorado ao limite, no entanto há de se atentar ao prejuízo que isso está causando a outros direitos, uma vez que, como já levantado, o novo coronavírus influenciou, por exemplo, o direito fundamental de ir e vir, através das medidas restritivas de isolamento social. Quando se trata do direito fundamental à privacidade, percebe-se que a partir dessa solução esse combate pode ser feito de forma menos expositória, ou até com o auxílio de ferramentas que não violem propriamente a privacidade, essas que serão mais adiante desenvolvidas neste trabalho.

Fato é que o tratamento dessas informações é extremamente necessário nas políticas públicas de combate ao coronavírus, uma vez que o governo pode alertar os cidadãos que tiveram contato com alguma pessoa que teve o diagnóstico positivo, executando, dessa forma, uma maior contenção do vírus. Além do que, políticas como essa também podem checar índices de isolamento social em determinados bairros, sendo possível, desta maneira, que políticas públicas sejam melhor direcionadas para o combate ao vírus. Dessa forma, em Recife, uma startup chamada "InLoco" realizou uma parceria com a prefeitura da cidade para monitorar cerca de 700 mil celulares, com o objetivo de medir o índice percentual de isolamento social, para que medidas fossem direcionadas para um combate efetivo ao coronavírus (G1, 2020). O que chama a atenção, no entanto, é que o sistema que a empresa utiliza foi desenhado para dificultar a identificação das pessoas, garantindo sua privacidade e anonimato. Além disso, segundo o site da empresa (2020), quando a situação de emergência for resolvida, os dados coletados serão deletados. É, na prática, o que a LGPD classifica de dados anonimizados ou pseudonimizados, como já desenvolvido. Medidas

como essa, são o meio termo essencial entre o respeito à privacidade da população e o combate efetivo ao vírus. Vale salientar que Pernambuco vem se destacando quanto aos resultados das medidas de combate ao novo coronavírus e principalmente o isolamento social. Com 53,8% da população isolada, o estado teve o maior índice de isolamento do país no 1° dia de *lockdown*[32] (G1,2020). Ademais, recentemente, Pernambuco apresentou uma das menores taxas de contágio do Brasil, possuindo uma taxa de contágio abaixo de 01 (um) por 19 (dezenove) dias, isto é, demonstrando que o número de casos da doença está se estabilizando (DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2020).

5 CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus é uma situação que não foi vivida na história recente da humanidade, o que acaba por dificultar as tomadas de decisões decorrentes das consequências da disseminação do vírus. No entanto, há de se notar que atualmente vive-se um próspero período de desenvolvimento tecnológico, o qual deve ser usado a favor da sociedade na luta contra a disseminação do vírus.

Percebe-se, a partir disso, uma certa dificuldade de adaptação da convivência em sociedade com relação às mudanças que o coronavírus trouxe, assim como sua influência nas novas tecnologias. Algo que, quando destrinchado, denota que na verdade se trata de um conflito entre os direitos fundamentais da saúde e da privacidade, que devem ser garantidos pelo Estado. O que se viu, com efeito, é que o direito à privacidade não só não estava sendo garantido, como também violado.

Nesse sentido, a partir do método da ponderação, levantado por Robert Alexy, pôde-se encontrar o meio termo ideal entre a garantia da saúde pública e o respeito à privacidade, utilizando principalmente do avanço tecnológico e aproveitando importantes leis específicas que trazem maior segurança e atualização ao fundamental direito da privacidade dos dados pessoais.

32 O lockdown é uma medida de isolamento social parecida com a quarentena, porém mais rígida.

Identificou-se também que esses mecanismos já estavam tentando ser utilizados, como foi o caso do uso de codinomes por Bolsonaro, visando a plenitude dos exames, assim como a tecnologia exclusiva de anonimização e pseudonimização da empresa recifense 'Inloco'. Notou-se, também, que estes não estavam sendo amplamente difundidos e utilizados, sendo um dos motivos a postergação da vigência da LGPD, que teria poder de regular o tratamento dos dados coletados durante a pandemia. No entanto, o motivo da postergação é compreensível de certa forma, uma vez que algumas das sanções previstas na Lei Geral traria dificuldades para as empresa em tempos de uma crise sem precedentes recentes.

Em linhas gerais, acredita-se que a vigência da LGPD não deveria ser o ponto de partida em casos como esse. Espera-se que tecnologias e mecanismos sejam utilizados espontaneamente, como aconteceu no caso de Jair Bolsonaro e no da empresa 'Inloco', e que estes sejam amplamente difundidos para que nenhum direito seja prejudicado. Fato que também seria responsável pela criação de precedentes sobre ponderação em situações tão complexas como essas. Ademais, a partir da efetivação da garantia ao direito à privacidade dos dados pessoais, os cidadãos poderiam se tranquilizar quanto ao compartilhamento de seus dados, colaborando ainda mais para as medidas de contenção ao vírus.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE MODESTO, Jéssica; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Danos colaterais em tempos de pandemia: preocupações quanto ao uso dos dados pessoais no combate ao COVID-19. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 8, n.2, 2020.

BBC. **Como os dados de milhões de usuários do Facebook foram usados na campanha de Trump.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43705839>, Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 13.709, 14 de ago. de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).**

_____. Portaria n° 264, 17 de fev. 2020. **Altera a Portaria de Consolidação nº 4/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para incluir a doença de Chagas crônica, na Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional.**

_____. Resolução CFM n° 1.605/2000, 29 de set. 2000. **O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica. Revoga-se a Resolução CFM n° 999/1980**

CARNEIRO NERI, Christiane. **Ensaios sobre a responsabilidade jurídico-política.** Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. 2013.

CELLAN-JONES, Rory. BBC. **Coronavirus: privacy in a pandemic.** Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-52135916>. Acesso: 08 jun. 2020.

CONTEÚDO, Estadão. **Após CPF exposto, General Heleno vira mesário, sócio do Vasco e assinante de BBB.** Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/apos-cpf-exposto-general-heleno-vira-mesario-socio-do-vasco-e-assinante-de-bbb-1.2319755#>, Acesso: 03 jun. 2020.

DE PERNAMBUCO, Diário. COVID-19: **Pernambuco tem uma das menores taxas de contágio do Brasil.** Disponível: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/vidaurbana/2020/06/covid-19-pernambuco-tem-uma-das-menores-taxas-de-contagio-do-brasil.html>, Acesso: 18 jun. 2020.

FIA. **GDPR [Guia Completo]: tudo que você precisa saber sobre a Lei.** Disponível em: <https://fia.com.br/blog/gdpr/>, Acesso: 25 jun. 2020.

FIOCRUZ. **Qual é o tempo de incubação do novo coronavírus**. Disponível em <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-e-o-

-tempo-de-incubacao-do-novo-coronavirus>, Acesso em: 11 jul. 2020.

FOLHA. **Empresários desaprovam comportamento de Bolsonaro.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/04/empresarios-desaprovam-comportamento-de-bolsonaro.shtml> Acesso em: 25 jun. 2020.

G1. GLOBO, Tv. **Sobe para 23 o total de pessoas que estiveram com Bolsonaro nos EUA e têm coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/23/sobe-para-23-o-total-de-pessoas-que-estiveram-com-bolsonaro-nos-eua-e-tem-coronavirus.ghtml>, Acesso: 11 jul. 2020.

_____. **Mulher diagnosticada com coronavírus em Sergipe fala sobre preconceito: 'Isso me deixou mais doente do que a própria dor'.** Disponível em <https://exame.com/tecnologia/bolsonaro-adia-lei-geral-de-protecao-de-dados-para-2021/>, Acesso: 08 jun. 2020.

_____. **Recife rastreia 700 mil celulares para monitorar isolamento social e direcionar ações contra o coronavírus.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/03/24/recife-rastreia-700-mil-celulares-para-monitorar-isolamento-social-e-direcionar-acoes-contra-coronavirus.ghtml>, Acesso em: 08 jun. 2020.

DO POVO, Gazeta. **Bolsonaro passa a mão no nariz e cumprimenta apoiadores.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/bolsonaro-mao-nariz-cumprimento-apoiadores/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

HELENA GUIMARÃES, Ana. **Jornal Migalhas. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) aplica pontos importantes sobre a proteção de dados do paciente.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319048/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-aplicada-a-saude-cinco-pontos-importantes-sobre-a-protecao-de-dados-do-paciente#:~:text=A%20L-

ei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20(LGPD)%20vem%20para,essenciais%20para%20o%20tratamento%20m%C3%A9dico.>, Acesso em: 17 jun. 2020.

JURÍDICO, Âmbito. **Brevíssimo aporte sobre o direito fundamental à privacidade e à intimidade na perspectiva do direito brasileiro sobre a proteção de dados pessoais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/brevissimo-aporte-sobre-o-direito-fundamental-a-privacidade-e-a-intimidade-na-perspectiva-do-direito-brasileiro-sobre-a-protecao-de-dados-pessoais/>, Acesso em: 29 mai. 2020.

KIM, Nemo. THE GUARDIAN. **More scary than coronavirus: South Korea's health alerts expose private lives.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/06/more-scary-than-coronavirus-south-koreas-health-alerts-expose-private-live>,

LOUREIRO, Rodrigo. EXAME. **Bolsonaro adia lei geral de proteção de dados para 2021.** Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/bolsonaro-adia-lei-geral-de-protecao-de-dados-para-2021/>, Acesso: 26 mai. 2021.

MORAES MOURA; Rafael. RODRIGUES, Lorena. **Após disputa judicial, Bolsonaro entrega exames que deram negativo; veja resultado.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/apos-disputa-judicial-bolsonaro-entrega-exames-que-deram-negativo/,>, Acesso em: 17 jun. 2020.

REDAÇÃO, da. **Vaias em passeios não mostram que Bolsonaro não terá mais vida fácil na rua.** Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/maquiavel/vaias-a-bolsonaro-em-passeio-mostram-que-nao-tera-mais-vida-facil-na-rua/>, Acesso em: 16 jun. 2020.

REQUIÃO, Maurício. CONJUR. **Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois.** Disponível em: <ht-

tps://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protecao-dados-pessoais-antes-agora-depois>, Acesso: 01 jul. 2020.

FIGUEIRA NEVES, Rômulo. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de niklas luhmann.** São Paulo, 2005.

TURTELLI, Camila. **O Estado de S. Paulo. Governo se nega a entregar exames de COVID-19 de Bolsonaro à Câmara.** Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,-governo-se-nega-a-entregar-exames-de-covid-19-de-bolsonaro-a-camara,70003306839>, Acesso em: 3 jun. 2020.

UOL. **Bolsonaro entrega exames de coronavírus ao STF.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/05/13/bolsonaro-entrega-exames-de-coronavirus-ao-stf.htm>, Acesso: 15 jun. 2020.

_____. **Coronavírus na China: perguntas e respostas sobre a doença.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/bbc/2020/01/22/coronavirus-na-china-perguntas-e-respostas-sobre-a-doenca-que-matou-6.htm>, Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. **Jair Bolsonaro diz que testou positivo para COVID-19.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/07/07/jair-bolsonaro-testa-positivo-para-covid-19.htm>, Acesso em: 11 jul. 2020.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, DIREITO E READEQUAÇÃO A UM PADRÃO MAIS HUMANO

Leandro Ferreira de Sá

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça órgão do Ministério da Justiça em parceria com o Governo do Estado de São Paulo, criou um sistema ambicioso e inovador no sistema prisional Brasileiro que consistia na apresentação imediata do preso em flagrante de delito a uma junta composta por um Juiz, um Promotor e um Defensor, denominada Audiência de Custódia, no sentido de verificar se houve algum tipo de abuso na prisão por parte dos policiais e se a prisão se deu de forma legal.

Mas tarde verificou-se que estas audiências se tornaram um verdadeiro filtro de um sistema mais garantista dos direitos humanos do preso em flagrante de delito, um verdadeiro avanço no contexto social e cultural Brasileiro.

O preso torna-se a figura principal do processo cabendo ao juiz verificar a prisão sob a égide do trinômio legalidade, necessidade e adequação do ergástulo como medida extrema procurando desta forma desafogar de forma eficiente o já saturado sistema prisional Brasileiro.

O projeto se mostrou tão eficiente que se espalhou sendo implantado em todo o País, prevendo outras medidas inovadoras no sistema prisional como centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções

ao encarceramento provisório buscando desta forma uma melhor eficiência em que a regra neste momento é a preservação expressa dos Direitos Humanos.

As audiências de custódia ratificadas pelo Brasil através de pactos e tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose, não foram suficientes, com o tempo verificou-se que apenas a assinatura dos tratados e as leis não garantiram ao preso a preservação dos seus direitos, foi necessário montar uma estrutura tanto físico como humana que tornasse possível e efetiva a realização das audiências.

No início as audiências de custodia foram implantadas de forma eficiente em um dos estados mais ricos e estruturados do País, o Conselho Nacional de Justiça ao perceber que estas medidas foram satisfatórias e muito eficientes determinou que fossem implantadas em todo pais pegando outros estados da federação desprevenidos se vendo obrigado em montar uma estrutura precária e urgente que proporcionasse a sua realização.

Após a implantação e realização das Audiências de custódia em todo o país surgiram diversos problemas como o já escasso material humano como agentes de segurança em número quase sempre insuficiente em todos estados da federação, a falta de planejamento com equipamentos, viaturas, combustível, equipamentos de segurança e local adequado para transporte, guarda e apresentação de preso, resta-nos saber se o já esgotado sistema irá suportar essa mais nova e eficiente tarefa.

DESENVOLVIMENTO

Na visão dos agentes de segurança responsáveis em realizar as prisões em flagrante de delito de forma manual e em contato direto com o preso surge um sentimento de desconfiança de que tais medidas são verdadeiras medidas criminalizadoras em desfavor dos agentes de segurança pública que outrora deixavam de observar os direitos garantidos do preso por mero desleixo e agora se deparam com uma medida coercitiva do estado em sua forma arcaica de trabalho.

Conforme manual de apresentação de presos para audiência de custódia de presos em flagrante de delito do Estado de Pernambuco **"[...]** foram criados verdadeiros kits de transformação e preservação de direitos do preso em substituição do Mandado de Recolhimento antes composto apenas de recolhimento e exame de corpo de delito realizado no preso".

> Por: "**ofício"** de apresentação para a Audiência de Custódia à Policia Militar e ao Tribunal de Justiça sendo acompanhados de:
>
> Cópia do APFD, Comunicação à Família, Nota de Culpa, Ofício ao IML, Identificação do IITB, Antecedentes Criminais, e, em sendo o caso, Ficha de Esclarecimento constando o termo "ALTA MÉDICA".
>
> PARA JUIZ:
>
> Original do APFD, Comunicação à Família, Nota de Culpa, Ofício ao IML, Identificação do IITB e, Ficha de antecedentes criminais do IITB, e sendo o caso, cópia da Ficha de Esclarecimento constando o termo "ALTA MÉDICA";
>
> OBS: Em casos de crimes de tráfico e porte/posse arma de fogo deverão ser juntadas vias do Auto de Apresentação e Apreensão, bem como via dos Ofícios encaminhando ao Instituto de Criminalística com recibo dos objetos apreendidos e enviados para perícia de constatação e materialidade do crime.
>
> PARA Promotor:
>
> Cópia ou original do APFD, Comunicação à Família, Nota de Culpa, Ofício ao IML, Identificação do IITB e, Ficha de antecedentes criminais do IITB, e sendo o caso, cópia da Ficha de Esclarecimento constando o termo "ALTA MÉDICA";
>
> OBS: Em casos de tráfico e porte/posse ilegal de arma de fogo deverão ser juntadas as mesmas juntadas ao expediente enviado ao Juiz.
>
> PARA Defensor:

Cópia ou original do APFD, Comunicação à Família, Nota de Culpa, Ofício ao IML, Identificação do IITB e, Ficha de antecedentes criminais do IITB, e sendo o caso, cópia da Ficha de Esclarecimento constando o termo "ALTA MÉDICA";

OBS: Em casos de tráfico e porte/posse ilegal de arma de fogo deverão ser juntadas as mesmas juntadas ao expediente enviado ao Juiz.

OBSERVAÇÃO: Devendo ser elaboradas 07 (sete) vias de Ofício ao IML (traumatológico) para o Kit de Custódia

Os ofícios de Comunicação de Juiz, Promotor e Defensor, deverão ser alterados, constando que o preso ao invés de ser recolhido ao presídio, foi colocado em local reservado separado de outros presos aguardando o momento de sua apresentação para audiência de custódia, garantindo-se a visita do advogado e assistência da família neste interstício.

As comunicações ao Juiz, Promotor e Defensor serão entregues aos integrantes desses órgãos na própria audiência de custódia.

IMPORTANTÍSSIMO

No interrogatório do acusado deveram constar obrigatoriamente os direitos constitucionais de praxe, previsto para auto de prisão em flagrante de delito. (Passivo de relaxamento com representação na corregedoria pelo Juiz).

"...sabendo ler e escrever, o qual depois de cientificado das imputações que lhe eram feitas e dos direitos assegurados pelo Art. 5º, caput e Incs. LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, da Constituição Federal, do respeito à sua integridade física e moral, de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, de ter sua prisão e o local onde se encontre comunicados, imediatamente, ao juiz competente e à sua família, ou à pessoa por ele indicada, de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado e a identificação dos respon-

> sáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, expressou a vontade de que sua prisão seja comunicada à pessoa de _____, residente (Endereço completo). Interrogado na forma do Art. 187, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, RESPONDEU: QUE_____...".
>
> Em caso de elaboração de certidão de comunicação da prisão à família, ter muito cuidado com a veracidade das informações e na qualidade da certidão. (Passivo de relaxamento com representação na corregedoria pelo Juiz). (GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, Manual de apresentação de presos para audiência de custódia de presos em flagrante de delito do Estado de Pernambuco, 2016, p. 1 e 2).

Durante a audiência, o juiz deverá observar os requisitos da prisão verificando os aspectos da legalidade como leitura de direitos, preservação da integridade física do preso, comunicação efetiva a família e assistência do advogado, além de observar se houve arbitrariedade no valor da fiança imposta pela Autoridade Policial, alem da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades o Juiz em momento algum avaliará o mérito restando apenas verificar os abusos.

A princípio tomando-se como base os problemas encontrados pelas Autoridades responsáveis do Estado de Pernambuco, a ótica pratica, houveram várias considerações acerca das dificuldades enfrentadas pelas Policias Civil e Militar do Estado em razão da determinação de implantação, em sua totalidade, das Audiência de Custódia a partir de primeiro de agosto de 2016.

As autoridades apresentaram como justificativa protelativa a sua implantação a carência logística e de efetivo em quase a totalidade das Áreas Integradas de Segurança, seja em razão da distância entre cidades onde se deu a prisão e o local elegido para realização da audiência de custódia, seja em face da ausência de condições mínimas de transporte e alimentação de custodiados ou em razão da falta de policiais e viatu-

ras para escolta. Isso sem falar que o cumprimento em sua totalidade da determinação causaria gravíssimo prejuízo à segurança pública nas cidades de pequeno porte e médio porte do interior de Pernambuco por esvaziar de policiais o município que muitas vezes já vem se mantendo com um escarço efetivo policias.

Com muito esforço e remanejando traçando diretrizes operacionais padrão as autoridades conseguiram implantar às Audiências de Custódia em toda Zona Metropolitana do Recife a saber: (Recife, Olinda, Jaboatão, Cabo de Santo Agostinho, Paulista, Camaragibe, São Lourenço da Mata, Moreno, Ipojuca, Itamaracá, Itapissuma, Abreu e Lima, Igarassu e Araçoiaba).

No interior, em especial na DINTER 2 (Diretoria Integrada do Interior 2) somente lograram êxito nas AIS-26 (Área Integradas de Segurança – 26/Petrolina) e AIS-14 (Área Integrada de Segurança – 14/Caruaru), únicas cidades do interior do estado de Pernambuco com estrutura mínima necessária capas de proporcionar audiências de custódia, nestes moldes, o conjunto representa o cumprimento de 53,5% (cinquenta e três virgula cinco por cento) do total de prisões em flagrante de delito no Estado.

Estudos demonstram que para implantação de um núcleo de suporte a audiência de custódia apenas do ponto de vista Policial Civil seria necessário e indispensável investimento material como viaturas, combustível, alimentação, limpeza, coletes, algemas e etc.…), além de recursos humanos externos como lotação de no mínimo 01 (um) Delegado de Polícia, 16 (dezesseis) Comissários ou Agentes de Polícia, 06 (seis) escrivães, o que significa um mínimo necessário para apenas um núcleo com estrutura que possibilitasse a apresentação tempestiva do preso para audiência de custódia, tal remanejamento, sem o devido planejamento e a contração de novos policiais implica no fechamento de no mínimo 08 (oito) Delegacias Circunscricionais de nível 3 na área, pois já funcionam de forma precária e no limite com o efetivo atual, resta-nos saber quanto de recursos e policiais seriam necessários para implantação das Audiências de custódia em todo o país.

As normas e tratados que versam sobre os direitos humanos em especial as Audiências de custódia são previstas como norma da referida garantia em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. A Saber:

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH):

> "[...] Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais" (art. 7.5).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP):

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais" (art. 9.3).

Convenção Europeia de Direitos Humanos:

> "[...] Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais" (art. 5.3).

Desde 1965, o Código Eleitoral brasileiro já prevê uma espécie de audiência de custódia para os cidadãos que forem presos no período entre cinco dias antes e até quarenta e oito horas após o encerramento da eleição:

> "[...] Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator" (art. 236, § 2º).

Art. 287 do Código de Processo Penal:

> "[...] Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado"

Art. 175 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente):

> "[...] Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência".

Esta obrigação é imposta a Autoridade Policial em apresentar o adolescente apreendido em flagrante de ato infracional com emprego de violência ou grave ameaça não Autoridade judicial, mas perante o Ministério Público, este deverá averiguar se o procedimento respeitou a legalidade na apreensão do adolescente, deverá cessar a apreensão se caso entender desnecessária, deverá ainda observar se o adolescente apreendido foi vítima de violência ou maus tratos por parte dos policiais que efetuaram sua apreensão, podendo propor o arquivamento do expediente ou conceder a remissão (art. 179, § único, incisos I e II, do ECA), o que ensejaria na liberação imédiata do adolescente, ficando condicionado à homologação judicial (art. 181 do ECA).

Existe ainda um resquício de audiência de custódia no art. 171 do ECA:

> "[...] O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judicial".

De Carvalho em sua obra Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal:

> "[...] A Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 7º, n. 5, contempla outra hipótese de acesso à jurisdição penal: toda pessoa detida tem direito de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz" (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6ª. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44).

Nucci, acrescenta:

> "[...] Se é para ser internado, uma vez apreendido, não há o que fazer na presença do juiz; deve ser imediatamente encaminhado à unidade apropriada. Poder-se-ia dizer – e esse é o real significado desta norma – que, feita a apreensão, comunica-se, de pronto, o juízo, para que se tenha conhecimento da internação". "[...] Enfim, quando for apreendido por ordem do juiz, deve seguir para a unidade respectiva, comunicando-se o juízo em, no máximo, 24 horas [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 554).

Zaffaroni e Nilo Batista:

> "[...] Não é possível, porém, omitir que todas as agências executivas exercem um poder punitivo paralelo, independentemente das linhas institucionais programadas e que, conforme o próprio discurso do programa de criminalização primária, seria definido como ilegal ou delituoso. Este conjunto de delitos cometidos por operadores das próprias agências do sistema penal é mais ou menos amplo na razão direta da violência das agências executivas e na razão inversa do controle que sofram por parte de outras agências. Ele é conhecido pelo nome genético de sistema penal subterrâneo" (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – primeiro volume, teoria geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 52-53).

Justifica-se a implementação da audiência de custódia no Brasil como medida urgente e necessária como forma de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, essa adequação em que o Brasil ficou vinculado no ano de 1992, com a assinatura da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cria as audiência de custódia no ordenamento

jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, o objetivo maior da audiência de custódia, é o de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias e ainda a observância se houve prática de abusos e torturas por parte dos agentes responsáveis pelas prisões podendo a Autoridade Judiciária competente por presidir aquela ato se assim entender decretar a prisão em flagrante de delito em desfavor dos agentes de segurança ou requisitar a apuração dos fatos por meio de uma portaria.

Em matéria divulgada no site do Governo do Estado de Mato Grosso:

> "[...] entre os dias 24 de julho e 13 de outubro de 2015, Mato Grosso realizou 484 audiências de custódia, também conhecidas como audiências de apresentação. Levando em conta que um preso custa, em média, R$ 3 mil reais por mês ao Estado, a administração estadual economizou com a realização das audiências, R$ 1.452.000,00. "Esta quantia poderá ser aplicada em educação, saúde, transporte público e outros serviços", destaca o secretário de Estado de Justiça e Direitos Humanos, Márcio Dorilêo.

A economia ocorre porque, com a audiência de custódia, o juiz tem mais elementos para decidir pela liberdade provisória condicional, reduzindo a população penitenciária e desonerando os cofres públicos. Na lista dos estados que mais promoveram as audiências, Mato Grosso está em 10º lugar. O projeto já foi implantado em 25 estados brasileiros e no Distrito Federal (DF). Apenas o estado do Acre ainda não aderiu ao procedimento.

Em Mato Grosso, a primeira audiência de custódia foi realizada no dia 24 de julho. L. S. R., 55 anos, preso em flagrante um dia antes em Cuiabá, foi o primeiro a passar pelo procedimento. Detido por uso de documento falso, ele foi apresentado ao juiz Marcos Faleiros da Silva, titular da 11ª Vara Criminal da Justiça Militar e Audiência de Custódia (Jumac). O acusado também foi ouvido pelo promotor de Justiça, Allan Sidney do Ó Souza, e pelo advogado de defesa, Rodrigo Pouso Miranda.

Após as perguntas, o Ministério Público se posicionou a favor da liberdade provisória do operador de máquinas, desde que impostas algumas medidas cautelares. A defesa também requereu a liberdade provisória, conforme informações do Tribunal de Justiça.

O juiz Marcos Faleiros confirmou que a prisão foi um ato legal e concedeu ao acusado o direito de responder ao processo em liberdade, cumprindo as seguintes medidas cautelares: apresentar-se a cada dois meses à juíza Marcemila Mello Reis Penner, da 3ª Vara Criminal de Cuiabá, e não se ausentar da cidade por um período superior a 15 dias sem comunicar à Justiça. Na sequência, o magistrado assinou o alvará de soltura e o acusado foi colocado em liberdade.

"A audiência viabiliza a apresentação dos acusados a um juiz em um prazo máximo de 24 horas – a partir da prisão – para que o magistrado avalie a necessidade da detenção ou aplique uma medida alternativa ao cárcere, como preveem pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A audiência, da qual também participam membros do Ministério Público e da Defensoria Pública ou o advogado do preso, o juiz verifica a legalidade e necessidade de manutenção da prisão ou a possibilidade de adoção de medidas alternativas até o julgamento do caso. A economia gerada por esta prática é um benefício que será sentido por toda a sociedade", analisa o secretário adjunto de Justiça, Luiz Fabrício Vieira Neto.

Cultura do encarceramento

O presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, enfatiza as necessidades legais que levaram o CNJ a desenvolver a metodologia, como o fato de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, de 1992, que prevê a apresentação do preso em flagrante a um juiz no menor prazo possível. Ele lembrou que o Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo, sendo que 41% são presos provisórios. Em Mato Grosso, esse percentual chega a quase 60%. "São pessoas que passam em média quatro meses até verem um juiz, vivendo a ofensa ao

princípio da inocência e da não culpabilidade. É importante que corrijamos essa situação em um processo humano e civilizatório", disse.

Dorilêo incentiva o combate à cultura do encarceramento, lembrando que o Judiciário nem sempre atua em consonância com a opinião pública. "O ministro Ricardo Lewandowski disse no lançamento da audiência em Mato Grosso que os juízes têm muitas ações de contrassenso, e que não podem sempre responder às ruas, que pedem mais encarceramento e punições mais severas, porque isso não é solução para a criminalidade. Recordou que o Judiciário não pode deixar pessoas lá para sofrer violência e entrar para facções, saindo piores que entraram, e eu penso da mesma forma: acredito que encarcerar não é a saída, a solução para este problema é investir em ações de ressocialização".

O titular da Sejudh reitera que as audiências de custódia podem reduzir o número de presos provisórios no país, um dos mais elevados do mundo. Atualmente, Mato Grosso tem cerca de 10 mil pessoas nas 64 unidades penitenciárias do Estado e mais da metade (57,6%) são de presos provisórios. Na capital, este índice sobe para 63%. "Essa ação [audiência de custódia] representa um controle judicial maior sobre as prisões provisórias, já que podem ser adotadas medidas cautelares alternativas, como o uso de tornozeleiras eletrônicas", acrescentou o secretário [...]". (GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, site http://www.mt.gov.br/-/mt-realiza-484-audiencias-de-custodia-e-economiza-quase-r-1-5-milhao).

Segundo relatório do Ministério da Justiça publicado no seu site oficial "[...] a população carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos, conforme o novo relatório do INFOPEN mostra que o perfil das pessoas privadas de liberdade é composta em sua maioria de jovens, de etnia considerada negra e de baixa escolaridade:

> "[...] Brasília, 26/04/16 - A população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014. O perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Esses resultados constam do último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), relativo a dezembro de 2014, divulgado nesta terça-fei-

ra (26), em Brasília. O estudo traz informações sobre a população carcerária e estabelecimentos prisionais do país, estados e Distrito Federal.

Segundo o estudo, o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são provisórios, ou seja, não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição.

Sobre a natureza dos crimes pelos quais estavam presos, 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio.

O diretor-geral do Depen, Renato De Vitto, ressaltou que o crescimento da população penitenciária brasileira nos últimos anos não significou redução nos índices de violência. "Pelo contrário, mesmo com o aumento dos encarceramentos, a sensação de insegurança não diminuiu. Isso significa que é preciso se repensar a prisão como instrumento de política pública para combater a criminalidade", destacou.

Taxa de encarceramento

Em relação à taxa de encarceramento geral (número de pessoas presas por grupo de 100 mil habitantes), o Brasil encontra-se na sexta colocação mundial, com uma taxa de 306,2 detentos por 100 mil habitantes, ultrapassada apenas por Ruanda, Rússia, Tailândia, Cuba e Estados Unidos.

Em 2004, a taxa brasileira era de 135 presos por 100 mil habitantes. Se considerada apenas a taxa de encarceramento feminino, saltou de 13,58 em 2005 para 32,25 detentas por 100 mil habitantes.

O diagnóstico aponta ainda que, se considerado o número de pessoas que entraram e saíram do sistema penitenciário nacional ao longo de 2014, pelo menos um milhão de brasileiros vivenciaram a experiência do encarceramento, no período de um ano.

"É importante ressaltar os danos que a prisão acarreta não apenas para as pessoas encarceradas, como também para seu círculo familiar. Acreditamos que é preciso se investir em soluções penais mais sofis-

ticadas, como alternativas penais, programas de trabalho e educação, entre outras, que promovam uma real reinserção desse indivíduo à sociedade", afirmou De Vitto.

Situação de risco

Segundo dados do Ministério da Saúde, pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%.

Em 2014, a taxa de mortalidade criminal (óbitos resultantes de crimes) era de 95,23 por 100 mil habitantes, enquanto entre a população em geral, a taxa era de 29,1 mortes por 100 mil habitantes.

Sobre o INFOPEN

Realizado pelo DEPEN, o INFOPEN é atualizado periodicamente com os dados repassados pelos gestores dos estabelecimentos prisionais. Acesse o relatório aqui: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file

Além de informações sobre o perfil da população carcerária brasileira, o sistema sintetiza dados agregados sobre infraestrutura e serviços dos estabelecimentos penais e recursos humanos empregados na administração prisional.

O relatório de dezembro de 2014 foi realizado pelo Depen em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, por meio do termo de parceria 817052/2015. [...]" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA – GOVERNO FEDERAL, site http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos).

CONCLUSÃO

Tomando-se como base os dados oficiais divulgados, com a economia proporcionada pelas audiências de custódia conclui-se que a im-

plantação dos núcleos de realização de audiência de custódia e perfeitamente viável se for efetivamente planejado e redirecionado os recursos disponíveis, além de proporcionar um sistema mais garantista para o preso e de reduzir drasticamente em torno de 40% a população carcerária, esses recursos excedentes poderiam ser direcionados para outras áreas como saúde, educação e etc... que também influenciam na redução da criminalidade proporcionando uma sociedade mais justa e humanizada.

Ao analisar o papel das audiências de custódia observa-se o desenhar de um liame entre o papel limitador do poder e as garantias do indivíduo a ele submetido.

Com este caderno, pretende-se demonstrar que o tema Audiência de Custódia é uma preocupação antiga do legislador, tratada de forma evidente em tratados e leis, e que desde aqueles tempos pretendia-se expor a sociedade o compromisso de assumir a responsabilidade com os direitos humanos com foco na dignidade da pessoa humana encontrando-se na condição de pessoa presa.

Para tornar possível o cumprimento desse compromisso assumido torna-se necessário vencer algumas barreiras entre elas a reeducação dos agentes de segurança, um planejamento e investimento em equipamentos, recursos humanos e físicos, além de uma nova cultura no meio social.

REFERÊNCIAS

CADH, A Convenção Americana De Direitos Humanos, art. 7.5.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal. 6ª. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 44.

CEB, Código Eleitoral brasileiro, 1965, art. 236, § 2º.

CEDH, Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 5.3.

CPB, Código de Processo Penal, Art. 287.

ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 171, 175, 179, § único, incisos I e II, e 181 do ECA.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, MT realiza 484 audiências de custódia e economiza quase R$ 1,5 milhão, site http://www.mt.gov.br/-/mt-realiza-484-audiencias-de-custodia-e-economiza-quase-r-1-5-milhao.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, Manual de apresentação de presos para audiência de custódia de presos em flagrante de delito do Estado de Pernambuco, 2016, p. 1 e 2.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA – GOVERNO FEDERAL, População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos, site http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 554.

PIDCP, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 9.3.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro – primeiro volume, teoria geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 52-53.

O DIREITO HUMANO À ÁGUA E AO ESGOTAMENTO SANITÁRIO: ANÁLISE DA POLÍTICA DE SANEAMENTO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES/RJ

Carlos Frederico Rangel de A. Ribeiro
Lucas Queiroz Barbosa

1. INTRODUÇÃO

A universalização do saneamento básico é uma pauta que tem sido discutida há tempos por governos, órgãos e entidades municipais. A forma de encarar a situação-problema e propor medidas e políticas públicas eficazes que, de fato, abranjam a população de forma homogênea são umas das dificuldades em alcançar este fim.

Como já induz o próprio nome, "básico", os serviços de saneamento, no geral, são essenciais para a população, contudo, no Brasil, estes foram historicamente negligenciados, gerando déficits no atendimento populacional. Como estratégia do Governo Federal para reverter a situação, foi aprovado em 2013 o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), previsto em lei desde 2007, com a estimativa de atingir a universalização do saneamento em 2033 (BRASIL, 2013)

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do total da população brasileira, apenas 53,2% possuem atendimento à rede de esgoto (BRASIL, 2019), ou seja, foi apenas no século atual que metade desta população teve acesso ao

serviço. Confrontando esse dado com o da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua 2019, na qual 9,0 milhões de domicílios no Brasil destinam seus esgotos em valas, rios, lagos, dentre outras formas de escoadouro, fica explícito que o saneamento ainda não ocupa um patamar de prioridade nas políticas do país (IBGE, 2019).

A pesquisa da PNAD se baseia numa amostra probabilística de domicílios e por isso não entram na conta as pessoas e famílias em situação de rua, moradias em favelas, assentamentos e comunidades rurais isoladas, configuradas como a parcela da população mais prejudicada em relação ao acesso aos serviços básicos e, portanto, a mais vulnerável.

Estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostra que em março deste ano "o número estimado de pessoas em situação de rua no Brasil era de 221.869" (NATALINO, 2020, p. 10), ou seja, quando se soma essa parcela aos 9,0 milhões de domicílios os números se acentuam.

Para ampliar a discussão ao em torno da questão do saneamento, é necessário levar em conta as desigualdades sociais existentes no país, promovendo o que Alcserad, Mello e Bezerra (2009) chamam de justiça ambiental, para legitimar a importância não somente da proteção ambiental, mas também da saúde da população.

Com base nessa noção de justiça ambiental, a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui uma forte influência a partir dos direitos previstos a todo e qualquer cidadão e, focar no debate do acesso aos serviços de saneamento sob a ótica dos Direitos humanos é imprescindível para alcançar a meta da universalização.

A partir da resolução adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 2010, o acesso à água potável, esgotamento sanitário e higiene passa a ser incluído como direito humano, o que significou um grande avanço jurídico para a sociedade. Segundo a resolução, aproximadamente 2,6 bilhões de pessoas não tinham acesso ao saneamento básico e 1,5 milhão de crianças morriam por ano por doenças relacionadas à água e esgoto (UNGA, 2010).

Essa abordagem deve estar presente nas políticas estaduais e municipais e respaldadas na cobrança aos órgãos pelos cidadãos e pelos

movimentos sociais organizados. Um instrumento-base para administração dos municípios é o Plano Diretor (PD), e é a partir deste que a articulação das políticas públicas municipais associadas ao saneamento básico deve ser concebida.

Campos dos Goytacazes é um município situado ao norte do Estado do Rio de Janeiro, com uma população de 503.424 habitantes e 142.416 domicílios particulares segundo dados do Perfil 2018 (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019). A prefeitura vem notificando em *site* oficial seu destaque em relação ao saneamento desde 2011 rumo à universalização, mas em contra partida a realidade apresenta um forte grau de exclusão social na escala intraurbana, principalmente ao lado norte do Rio Paraíba do Sul (CLÁUDIO; SANTOS, 2019).

Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise crítica da política de saneamento de Campos dos Goytacazes abordando as seguintes questões: como o Plano Diretor (PD) da cidade vem tratando a questão do saneamento com base no direito humano à água potável e ao esgotamento sanitário (DHAES) e sob quais critérios e parâmetro o município está sendo avaliado para garantir essa colocação entre os melhores do Brasil em termos de saneamento?

Como recorte para fins práticos serão considerados apenas os serviços de água e esgoto, em consonância com o marco dos direitos humanos, não deixando de reconhecer as diretrizes nacionais e a política federal de saneamento básico, estabelecida pela Lei nº 11.445 (BRASIL, 2007).

2. ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO COMO PROTEÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com o relatório do SNIS de 2018, em relação ao abastecimento de água, o Brasil conta com uma média de 83,6% da população atendida com água tratada (BRASIL, 2019), com o percentual à frente do acesso à rede de esgoto, mas ainda assim são 33 milhões de brasileiros sem acesso a rede de água potável.

Em 2010, com a declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas e do Conselho de Direitos Humanos, os acessos à água potável e ao esgotamento sanitário deixaram de ser apenas um serviço para se

tornarem direitos humanos. Essa mudança fez com que os países começassem a repensar as formas de tratar essas questões para atender a população em sua totalidade.

A água e o esgotamento sanitário compõem a terceira geração dos Direitos Humanos, "que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos" (MORAES, 2003, p. 46). Na Constituição Federal (CF), o DHAES não está previsto de forma clara, mas derivado de outros ou incluído em um grande pacote de direitos, sem destaque.

Podem-se atrelar tais direitos no que se diz respeito à dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado Democrático de Direito, respaldado no artigo 1º da CF (BRASIL, 1988). Pessoa humana digna é uma pessoa com, no mínimo, acesso à todos os serviços públicos e com direitos garantidos, que incluem água e esgotamento sanitário.

Com o marco do DHAES o Brasil assume novos desafios, pois assim como educação, saúde e moradia, água e esgotamento sanitário são direitos de todos, sem discriminação, e deverão ser pensados e postos em prioridade na elaboração de políticas públicas essenciais em todas as esferas do governo.

Estes desafios estão permeados pelos campos: econômico, em relação à acessibilidade econômica apoiada nas tarifas sociais; científico, no que tange a pesquisas e projetos de extensão; técnico, a partir de operacionalidades e habilidades; tecnológico, em seu maior acesso e difusão e, principalmente, social, considerando discussões de gêneros, raça, classe e etnia.

Transpondo-se estas questões, os debates dos órgãos públicos devem penetrar pela malha urbana incorporando às políticas de saneamento as favelas, barracos, pessoas em situação de rua, imigrantes e refugiados, além de se estender à zona rural, em assentamentos e comunidades isoladas.

Para além de uma questão ambiental – de preservação dos cursos hídricos, solo e ar – e social – no que diz respeito a direitos – o acesso a esses serviços possui uma perspectiva de saúde pública, uma vez que diversos problemas de saúde das populações, principalmente as mais pobres, estão relacionados às questões de água e esgoto. Heller (2016, p. 6) afirma que

> Além do acesso de um indivíduo a uma latrina ou banheiro, o esgotamento sanitário também tem uma dimensão importante de saúde pública. O esgotamento sanitário adequado não só garante o acesso de um indivíduo, mas também protege os direitos humanos de outros, incluindo os seus direitos à vida, à saúde, à água e a um ambiente saudável, ao assegurar que o ambiente em que vivem não esteja contaminado com fezes. (HELLER, 2016, p. 6)

A resolução da ONU sobre DHAES 2010 preserva cinco fatores fundamentais, sendo estes: 1) disponibilidade, 2) acessibilidade física; 3) qualidade e segurança; 4) acessibilidade econômica; 5) aceitabilidade, privacidade e dignidade (UNGA, 2010). Esses fatores são indispensáveis em planejamentos para se pensar o saneamento. Qualquer outro que não priorize estes fatores não colabora e nem corresponde, em sua totalidade, à universalização e muito menos no respeito aos direitos humanos.

Todos esses fatores fazem parte do comprometimento ao DHAES na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais são: os princípios da igualdade e não discriminação; responsabilização; sustentabilidade; participação; e acesso à informação/transparência (BOS, 2016, p. 9). Garantir esses direitos significa corroborar a redução das desigualdades que permeiam o modelo econômico global.

É dever e direito, garantidos por lei, de todo cidadão se organizar politicamente para cobrar dos órgãos e entidades públicas condições adequadas de esgotamento sanitário e abastecimento da água para uso pessoal e doméstico, e participar ativamente na elaboração de planos municipais e regionais que direcionam políticas de desenvolvimento do município como o PD e o de saneamento básico.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA POLÍTICA DE SANEAMENTO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES

A Águas do Paraíba, concessionária responsável pelo abastecimento, coleta e tratamento de água e esgoto das áreas urbanas de Campos, atua no município desde 1999, investindo fortemente no setor, com a

gestão de 15 estações de tratamento de água (ETAs) e sete estações de tratamento de esgoto (ETEs) (GRUPO ÁGUAS DO BRASIL, [20--?]). O atendimento à população rural fica sob encargo do município.

A prefeitura de Campos divulgou no dia 03 de outubro de 2011, no *site* oficial, uma reportagem cuja manchete dizia: "Saneamento de Campos entre os 30 melhores do país" (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2011). No texto, a fonte do *ranking* não é apresentada, o que torna difícil a conferência da informação. Em 2013 foi divulgado, também pelo *site* da prefeitura, que Campos era a segunda melhor cidade do país (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2013)

A reportagem de 2013, diferente de 2011, indica que o *ranking* é elaborado de acordo com dados do SNIS, mas ainda assim o responsável pela elaboração é ocultado. Já em 2015, a reportagem permanece ressaltando o destaque de Campos como a segunda melhor cidade em saneamento, entretanto o discurso se refere ao nível estadual e não mais nacional e apresenta o Instituto Trata Brasil (ITB) como o responsável pela divulgação dos dados (CAMPOS DOS GOYTCAZES, 2015).

A diferenciação do nível nacional da colocação divulgada em 2013 para nível estadual em 2015 não é esclarecida pela prefeitura de Campos, o que provoca uma confusão a respeito dos dados devido à falta de informações. Além disso, a fonte referenciada só aparece na reportagem de 2015, levantando o questionamento se nos anos anteriores, o parâmetro foi o mesmo.

A tabela disponível no ITB sobre o *Ranking* do Saneamento de 2015 (2017), de fato, indica tal posição de Campos a nível estadual, ficando abaixo somente de Niterói, porém, em 2013, Campos se encontrava em 45º lugar a nível Brasil (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2013). O *ranking* é feito entre os 100 maiores municípios em termos populacionais com base nos dados do SNIS e utiliza diversos critérios de avaliação.

> Para fazer o *ranking*, o Trata Brasil considera várias informações prestadas pelas empresas operadoras de saneamento nas cidades, tais como a população total atendida com água tratada e com rede de esgoto; tratamento do esgoto por água consumida; índice total de perda de água tratada - calculado com base nos

> volumes totais de água produzida e de água faturada demonstrando a eficiência do operador, tarifa média praticada e que corresponde à relação entre a receita operacional do prestador do serviço e o volume faturado de água e de esgoto na cidade, além dos investimentos em relação à geração de caixa dos sistemas, compreendendo a arrecadação sem despesas operacionais (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2011, p. 1).

Em 2016 a notícia do destaque se refere como parâmetro a publicação "Cidades Saneadas – Uma Realidade ao Alcance do Brasil" (ABCON, 2016), elaborada pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2016).

A publicação contém breves informações a respeito dos serviços de saneamento em Campos, elogios à concessionária e uma pequena fala da prefeita que se encontrava no cargo em 2016.

No mesmo ano a prefeitura noticia em site oficial que Campos é um dos municípios que mais investe no setor (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2016), entretanto, a área de responsabilidade do município é a mais desassistida.

Os investimentos do município tendem a privilegiar áreas que trazem retorno econômico de acordo com interesses do capital, como "áreas centrais ou eixos de expansão e valorização fundiária, marcados por forte especulação imobiliária, além de bairros mais afastados da área central, geralmente condomínios horizontais" (CLAUDIO; SANTOS, 2019, p. 89).

Um estudo feito por Benevide-Guimarães (2012) em vários bairros do município, aponta para a mesma lógica da gestão privada a privilegiar regiões com maior potencial lucrativos, deixando os demais segmentos parcial ou totalmente desassistidos.

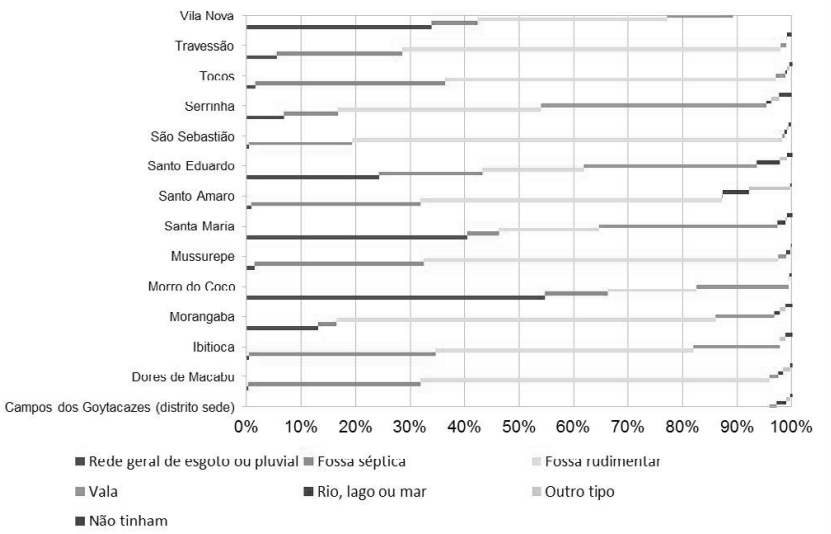
Por essa lógica, populações à margem dessas áreas de interesse ficam desamparadas dos serviços públicos essenciais e dos investimentos para infraestrutura, por serem menos rentáveis economicamente. Enquanto isso, em 2019, a concessionária Águas do Paraíba anunciou o investimento de 70 milhões na cidade de Campos, que se limitaria apenas as áreas urbanas (GRUPO ÁGUAS DO BRASIL 2019)

É inegável que o município tem avançado no setor, tanto no atendimento quanto no tratamento da água e do esgoto, mas ainda a passos lentos e negligenciando outra parcela da população. O estudo do Perfil 2018 de Campos foi baseado no último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e indica que cerca de 34% do esgoto do município não é coletado pela concessionária que presta serviço ao município e, com isso, o Rio Paraíba do Sul, as lagoas e canais se tornam alvo do destino deste efluentes sem tratamento prévio (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019, p. 102).

A última divulgação elaborada pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária sobre o *Ranking* 2018 Rumo à Universalização, utilizando os dados SNIS e os métodos de avaliação do IBGE, mostra que Campos possui 81,27% da coleta de esgoto (ABES, 2020).

No que tange ao abastecimento de água, o município sai de 74% dos domicílios com abastecimento (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019) para 95%, de acordo com dados da ABES (2020). O gráfico 1 apresenta um perfil da distribuição de esgoto nos distritos, com base no último censo IBGE.

Gráfico 1: Perfil da distribuição dos tipos de esgotamento sanitário nos distritos.



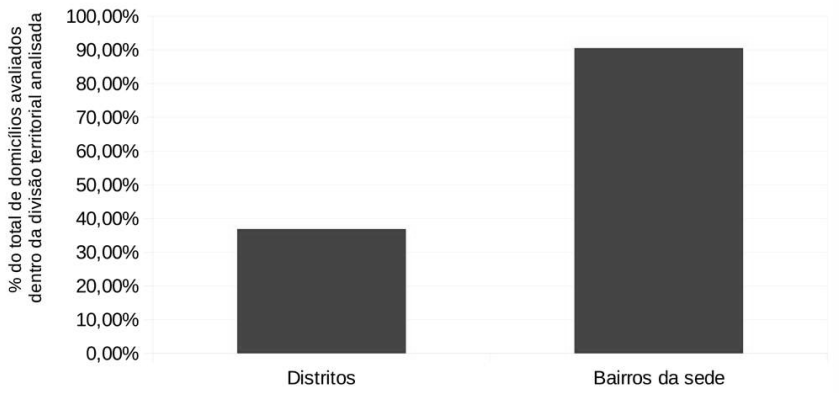
Fonte: CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019.

Torna-se evidente que, no geral, a forma de destinação dos efluentes que prevalece nos distritos é por fossa rudimentar. Os distritos de Dores de Macabu e Ibitioca são os mais atingidos pela falta de investimento do poder público no setor. Além disso, somente um distrito, Morro do Coco, que possui uma porcentagem acima de 50% em atendimento por rede geral de esgoto ou pluvial.

Por erro do gráfico original, não é possível enxergar a barra azul, vermelha e amarela do distrito sede, mas o próprio perfil traz os dados facilitando a análise. Em termos absolutos, dos 110.593 domicílios particulares situados na sede, 57.504 (52,0%) são atendidos por rede geral de esgoto ou pluvial, 15.004 (13,6%) por fossa séptica e 33.592 (30,4%) por fossa rudimentar (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019).

Ao mesmo tempo, o 11º distrito, Dores de Macabu, é o mais afetado pela falta do serviço, com apenas sete, das 2.570 casas, atendidas pela rede de esgoto ou pluvial, 812 por fossa séptica e 1.648 casa por fossa rudimentar. A mesma discrepância entre distritos e sede pode ser analisada no gráfico 2, em comparação à porcentagem de domicílios particulares ligados à rede geral de abastecimento de água na sede e nos distritos.

Gráfico 2: Comparação dos domicílios particulares dos distritos e da sede ligados à rede geral de abastecimento de água.



Fonte: CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2019.

A maior parte dos distritos é rural e afastada do eixo central do município. Diante desse quadro, fica evidente a falta de investimento do poder público nessas regiões, como é apontado por Claudio e Santos (2019). Mesmo que os dados sejam de 2010 e os índices mais recentes apontem para um aumento da porcentagem de domicílios atendidos pelos serviços de água e esgoto, uma parte da população ainda continua sendo esquecida.

Com base nessa conjectura, é importante pensar: para o município, a meta de atingir 100% dos domicílios particulares significa que a população inteira estará respaldada pelo DHAES? Qual é a ideia de universalização do saneamento que o município se esforça para alcançar? Quais são as ações que o governo tem feito para atender a população que não se encaixa no perfil de "domicílio particular", como os moradores de barracões e pessoas em situação de rua?

O último PD de Campos foi instituído a partir da Lei Complementar nº 0015, de 07 de janeiro de 2020, estabelecendo em seu artigo primeiro, normas que deverão ser aplicáveis em todo território do município, servindo como base para o desenvolvimento de políticas de desenvolvimento e referência obrigatória para os agentes públicos e para os privados que atuam no município. (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2020).

O saneamento se encontra dentre os planos específicos para o desenvolvimento do município de Campos e perpassa pelas demais estratégias apesar de ter um capítulo próprio no qual define as diretrizes e direciona as políticas para o setor. De acordo com o artigo 71º do PD, as diretrizes adotadas deverão ser observadas na atualização da política municipal de saneamento básico (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2020)

Dentre os itens apontados nesse artigo, destaca-se a elaboração de planos de saneamento. Em 2012 a empresa DRZ Geotecnologia e Consultoria Ltda. ganhou a licitação para elaborar o Plano Municipal de Saneamento Básico de Campos dos Goytacazes (PMSBCG), concluído e sancionado 2013 pela lei Lei nº 8531 de 20 de dezembro de 2013 (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2013). A elaboração deste estava previsto no artigo 61º do último PD (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2007), que se iguala ao artigo 71º do atual.

Tal fato gera dúvidas a respeito tanto do PMSBCG – que não foi considerado e, portanto, negligenciado no planejamento de saneamento do município – quanto do PD. Vale ressaltar também que quase toda seção III, que se refere ao saneamento ambiental do PD atual, está igual ao anterior, o que significa que não houve mudança da política de saneamento que vem sendo implantada desde 2007.

As diretrizes e as políticas devem ser definidas e elaboradas de acordo com as necessidades e urgências do município, no entanto, "necessidade e urgência" são relativas aos interesses das gestões. A demanda atual do município não é a mesma de 2007 e por isso, faz-se necessário priorizar a realização do DHAES nas políticas, programas e planejamento de governo, como é apontado por Heller (2016).

A universalização do acesso ao saneamento básico, primeira diretriz do PD na seção III, indica que respeitará as diretrizes nacionais, não deixando claro qual parâmetro seguido, muito menos indicando que a universalização se estenderá por todo território do município.

O PMSBCG, negligenciado pelo PD, reconhece o desequilíbrio espacial no atendimento aos serviços de água e esgoto entre a área urbana e rural, sendo a última menos beneficiada. Ademais, o plano de saneamento se assume como um instrumento que prioriza a universalização, abrangendo tanto a área urbana quanto a rural em sua totalidade, com planejamento para 25 anos (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2013).

Este documento também estabelece objetivos para as tarifas cobradas pela concessionária, dentre elas estão: evitar o excesso de lucro e o estabelecimento de preços não discriminatórios entre os consumidores. O artigo 23º, o qual se refere à sustentabilidade econômico-financeira assegurada, também deixa clara a possibilidade de subsídios tarifários do município a usuários que não tenham condições de pagamento ou que necessitem de cobrimento em uma parcela do custo integral do serviço (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2013).

Campos começou a ofertar uma Tarifa Residencial Social de água e esgoto, sancionada pelo DECRETO Nº 308/2017 (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2017), no entanto, a publicidade foi insuficiente não havendo muita divulgação em veículos oficiais. Não foi possível encontrar também a relação dos beneficiários da tarifa.

Apesar de o PMSBCG ter uma regulação mais específica com parâmetros socioeconômicos mais definidos em relação às tarifas sociais e reconhecer os déficits do município, as metas definidas demonstram que o acesso às zonas rurais ainda caminha a passos muito lentos. É estimado atingir 50% de atendimento de esgoto até o ano 2027 nas áreas rurais com sistemas individuais ou coletivos, ao passo que, nas áreas urbanas, no mesmo ano, estima-se alcançar 95% de atendimento com rede coletora de esgoto.

Além do PD não citar o PMSBCG, também deixa não explícito a preocupação para com o DHAES. Ações necessárias como planejamento para ampliação de banheiros públicos, tarifas sociais para populações de baixa renda não são mencionadas; do mesmo modo, não é declarada a ampliação da cobertura e do acesso ao serviço para áreas rurais, comunidades isoladas e moradores de favela.

Neste aspecto, o documento, em seu artigo 74, item V, declara que o município obrigará os proprietários de imóveis fazerem a ligação da rede predial às redes públicas de água, esgoto e drenagem, ressalvando somente o usuário que a) possuir outorga de captação de água e de lançamento de efluentes tratados; b) possuir sistema de tratamento de água e esgoto que atenda as normas sanitárias e c) quando não houver rede de drenagem de águas pluviais (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2020).

Para que haja uma obrigação, é necessário partir de um pressuposto que toda população terá condições sociais e financeiras, ou no mínimo criar ferramentas capazes de tornar possível a ligação dos usuários de baixa renda às redes públicas.

Paralelo a isso, o artigo 76, no qual se refere às ações de organização e institucionais relativas ao Saneamento Ambiental, isenta o município da responsabilidade com a população desassistida no acesso à rede de esgoto, conferindo ao município apenas o encargo de "Incentivar a instalação de sistema fossa-filtro em domicílios situados em áreas críticas ou em áreas não servidas por coleta de esgoto" (CAMPOS DOS GOYTACAZES, 2020).

Constata-se, assim, que a política de universalização do saneamento de Campos se circunscreve somente às áreas urbanas e compromete-se parcialmente com a população. A lógica apresentada pelo PD em

relação às metas para o alcance da universalização do saneamento não engloba a população em sua totalidade e negligencia a desigualdade socioespacial existente, indo na contramão da resolução que garante o direito humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O saneamento básico, no que diz respeito à água e esgotamento sanitário de Campos, ainda possui muitas questões a serem resolvidas. Os avanços são nítidos no atendimento à rede de abastecimento de água e esgoto nas áreas urbanas a partir dos altos investimentos da concessionária, mas a população rural se encontra alheia ao comprometimento do município.

Nesse contexto, fica claro que a política de saneamento de Campos possui um instrumento limitado de gestão ao não promover integração do município em sua totalidade, sem discriminação, como prevê o DHAES. A publicidade que a prefeitura tem realizado desde 2011, promovendo os esforços para com o setor e destacando a cidade entre as melhores a nível nacional e estadual é questionável, uma vez que algumas fontes não são referenciadas.

A falta de estudos recentes e atualizados sobre DHAES no âmbito do saneamento básico de Campos configura um obstáculo, ao passo que esses são relevantes e essenciais para que órgãos, entidades públicas e privadas e universidades desenvolvam e avancem em pesquisas para o progresso de políticas públicas no setor.

O PMSBCG elaborado em 2013 é um importante instrumento que deveria ser reconhecido, entretanto, este se faz ausente nas políticas de saneamento do município. Caso esse documento fosse considerado desde o ano de sua publicação e incluído no PD como referência para o desenvolvimento de políticas públicas, é possível que o município tivesse um ganho maior no setor comparado ao que é mostrado nos dados.

Além disso, o PD atual mostra que poucas coisas foram modificadas na seção de saneamento comparado ao anterior. Desse modo, observa-se que a prefeitura não tem acompanhado, em suas políticas,

os progressos necessários, sendo um indicativo de que o município e a concessionária não possuem preocupações relativas ao DHAES.

A promoção das tarifas sociais, essenciais para população de baixa renda, não recebeu a devida atenção. A reduzida publicidade é um entrave para que toda população tome conhecimento da existência deste benefício, mantendo ou até mesmo acentuando a desigualdade existente.

O município de Campos dos Goytacazes necessita de uma gestão mais eficiente que promova efetivamente o abastecimento de água e esgotamento sanitário como direito humano. Se de fato Campos merece o destaque que tem apresentado, é necessário o direcionamento de suas políticas de saneamento para áreas e populações marginalizadas, não se limitando somente aos domicílios particulares, mas também dando ênfase aos espaços públicos. Caso contrário, o discurso da universalização não se sustentará por muito tempo.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, H. MELLO, C.C.A. E BEZERRA, G.N. **O que é Justiça Ambiental?** Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2009.

Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON). **Panorama da participação privada no saneamento brasil 2016.** 2016. Disponível em: <http://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2018/01/panorama_2016.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA SANITÁRIA (ABES). **Ranking ABES da universalização do saneamento**. 4º ed, 2020. Disponível em: < http://abes-dn.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Ranking_2020_V4_.pdf>. Acesso em 01 jul. 2020.

BENEVIDES-GUIMARÃES, R. M. A. **A privatização da água e seus impactos sobre populações residindo na periferia urbana de Campos dos Goytacazes/rj**. 2012. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais). Universidade Estadual do Norte Fluminense, Campos dos Goytacazes, 2012.

BOS, Robert. **Manual Sobre os Direitos Humanos à Água Potável e Saneamento para Profissionais**. Londres: IWA Publishing, 2016. 100p.

BRASIL. (2007) Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. **Lei do Saneamento. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico**; altera as Leis n° 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n° 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Brasília: Ministério das cidades, 2013. Disponível: <https://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/plansab_06-12-2013.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNIS. **Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento**: 24o Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018. Brasília: SNS/MDR, 2019. Disponível em: < http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CAMPOS DOS GOYTACAZES. **Campos dos Goytacazes Perfil 2018**. 2019. Disponível em: <https://www.campos.rj.gov.br/newdocs/1542233062PERFILCAMPOS2018.pdf>. Acesso em 25 jun 2020.

_____. **Campos entre os municípios do país que mais investem em saneamento.** 2016. Disponível em: <https://www.campos.rj.gov.br/exibirNoticia.php?id_noticia=37853>. Acesso em 25 jun. 2020.

_____. **Campos ganha destaque nacional em saneamento básico**. 2016. Disponível em: <https://www.campos.rj.gov.br/exibirNoticia.php?id_noticia=36465>.Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. **Campos segunda melhor cidade do Brasil em saneamento**. 2013. Disponível em <https://www.campos.rj.gov.br/exibirNoticia.php?id_noticia=21200>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. **Decreto n. 308/2017**: Fixa valores da cota mínima de água, da tarifa referencial de água (TRA) e da tarifa referencial de esgoto (TRE).

_____. **Instituto Trata Brasil:** Campos é a segunda cidade do RJ no saneamento. 2015. Disponível em: <https://www.campos.rj.gov.br/exibirNoticia.php?id_noticia=30832>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. **Lei Complementar n. 0015, de 07 de janeiro de 2020**: Institui O Plano Diretor Do Município De Campos Dos Goytacazes e dá outras Providências. Janeiro, 2020.

_____. **Lei número 7.972, de 31 de março de 2008**: Institui o Plano Diretor do Município de Campos dos Goytacazes. Março, 2008.

_____. **Lei número 8531, de 20 de dezembro de 2013**: Dispõe sobre a política municipal de saneamento básico, cria o fundo municipal de saneamento e dá outras providências. Dezembro, 2013.

_____. **Plano Municipal de Saneamento Básico**: plano regional de saneamento com base municipalizada nas modalidades água, esgoto e drenagem urbana Campos dos Goytacazes. 2013.

_____. **Saneamento de Campos entre os 30 melhores do país**. 2011. Disponível em: https://www.campos.rj.gov.br/exibirNoticia.php?id_noticia=9777>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Secretaria Municipal de Governo. [Resolve, tornar público os Balanços Patrimoniais da Águas do Paraíba S. A.]. **Diário Oficial do Município de Campos dos Goytacazes**: nº626. Poder Executivo, p.3, 29 jun. 2020.

CLAUDIO, G. de O. .; SANTOS, L. B. . OS ESPAÇOS DA EXCLUSÃO SOCIAL NA CIDADE DE CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ. **Revista Cerrados**, v. 17, n. 02, p. 66-95, 27 dez. 2019.

GOMES, M. A. S. **A produção e a valorização desigual do espaço urbano em Campos dos Goytacazes-RJ**: uma análise das ações do Estado e dos promotores/incorporadores imobiliários. Geografares, n. 15, p. 28-41, Jan/Jul. 2015.

GRUPO ÁGUAS DO BRASIL. **Águas do Paraíba anuncia investimentos de R$ 70 milhões em 2019 no município de Campos**. 2019. Disponível em: <https://www.grupoaguasdobrasil.com.br/aguas-paraiba/aguas-do-paraiba-anuncia investimentos-de-r-70-milhoes-em-2019-no-municipio-de-campos/> Acesso em: 15 jun. 2020

_____. Estação de tratamento de água. [20--?]. Disponível em: <https://www.grupoaguasdobrasil.com.br/aguas-paraiba/agua-e-esgoto/estacao-tratamento-agua/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Estação de tratamento de esgoto. [20--?]. Disponível em: < https://www.grupoaguasdobrasil.com.br/aguas-paraiba/agua-e--esgoto/estacao-tratamento-esgoto/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

HELLER, L.. **Direito humano à água potável e a esgotamento sanitário. Assembleia Geral das Nações Unidas**. 2016. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/09/OITAVO-Relat%C3%B3rio-%E2%80%93-Direitos-humanos-%C3%A0-%C3%A1gua-pot%C3%A1vel-e-ao-esgotamento-sanit%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. **Relatório do Relator Especial sobre o direito humano à água potável**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 2016. Disponível em: <https://ondasbrasil.org/wp-content/uploads/2019/09/S%C3%89TIMO-Relat%C3%B3rio-%E2%80%93-Direitos-humanos-%C3%A0-%C3%A1gua-pot%C3%A1vel-e-ao-esgotamento-sanit%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Pesquisa por Amostra de Domicílio Contínua**. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf>. Acesso em: 14 jun de 2020.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento 2011**. 2011. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/Ranking-do-Saneamento-2011.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

_____. **Ranking do saneamento instituto trata brasil resultados com base no SNIS 2013.** Dispoinível em: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/relatorio-completo-2015.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Ranking Saneamento**: As 100 maiores cidades do Brasil. 2017. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/2017/tabela-100-cidades.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. **Ranking Saneamento**: As 100 maiores cidades do Brasil. 2020. Disponível em: <http://tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking_2020/Tabela_100_cidades_Ranking_Saneamento_4.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

NATALINO, M. A. C. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Texto para discussão n.º XX. Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

United Nations General Assembly (UNGA). **Human Right to Water and Sanitation**. UN Document A/RES/64/292.Geneva: UNGA, 2010.

HUMANIZAÇÃO DO ÓBITO PERINATAL: DIREITO AO SEPULTAMENTO NA PERDA PRECOCE E DO NOME AO NATIMORTO

Raianny Gabriely Barbosa Cordeiro Santiago

INTRODUÇÃO

Imensurável é a dor de uma família ao vivenciar o processo de luto. Nos casos de perda gestacional (ocorrida durante a gestação) ou neonatal (quando há o falecimento logo após o nascimento com vida) o luto experimentado, especialmente pelas mães, que geram e carregam consigo a existência, ocorre de forma inesperada.

Não obstante tamanho sofrimento, todo o processo é comumente nominado como "luto invisível", tendo em vista o despreparo da sociedade, do Estado e dos profissionais de saúde, genericamente, quanto à abordagem do tema em questão. Assim, todo o período de enlutamento permanece velado. Há quase uma espécie de imposição de se superar a dor, ignorando-se todo o seu reconhecimento e a projeção de futuro interrompidos.

Existentes são os títulos para quem perde os pais ou o cônjuge, no entanto, como nomear a mãe ou o pai cujo filho faleceu? Não há, sequer, termo para tanto. A omissão - textual e - legal tem início neste instante e perdura durante a descoberta da inviabilidade da vida extrauterina, o sepultamento do feto ou do natimorto e vai além.

Embora o direito à vida esteja resguardado pela Constituição Federal pátria como garantia fundamental, recebendo proteção interna e externa, não há definição quanto ao início do direito em questão. Em meio às teorias civilistas propostas e às decisões recentes dos Tribunais Superiores, inexiste consenso se a pessoa humana é detentora de direitos desde a sua concepção, ou a partir do seu nascimento com vida. Faz-se a ressalva de que, conforme dispõe o artigo 2º do Código Civil vigente, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nesse sentido, pontua o Enunciado 1º, da I Jornada de Direito Civil, que "a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura".

Nesse contexto, o presente trabalho tem como escopo analisar a carência de normas reguladoras que tratem com dignidade e respeito dos direitos atinentes à vida, à maternidade, à família e à saúde, no que tangem à perda perinatal, uma vez que esses são preceitos da dignidade da pessoa humana – princípio basilar dos Direitos Humanos. No primeiro item são esclarecidos alguns conceitos, para maior compreensão da temática tratada. Ademais, normas nacionais e internacionais são analisadas, a fim de expor o conteúdo legal correlato, bem como as omissões legais existentes. O segundo tópico trata do direito de sepultamento nos casos de perda fetal precoce; atualmente negligenciado e evidentemente negado, como regra, conforme é demonstrado. Fala-se, por fim, do direito de registro do nome ao natimorto.

Os pressupostos teóricos apoiaram-se nas teses de autores renomados, como Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce e Rafael Baretto.

1. CONCEITOS E ASPECTOS LEGAIS

Tem-se por nascituro "o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo" (HILDEBRAND, 2007, p. 205). Trata-se do feto, que não nascerá somente em virtude de circunstâncias inesperadas ou alheias à vontade materna. Segundo a renomada doutrinadora Maria Helena Diniz, nascituro é:

> "Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida" (DINIZ, 2008, p. 334).

Por outro lado, trata-se o natimorto daquele que nasceu sem vida ou a perdeu pouco depois do parto, isto é: ''Diz-se de, ou aquele que, tendo vindo à luz com sinais de vida, logo morreu'' (HILDEBRAND, 2007, p. 205).

Ademais, a expressão "abortamento" refere-se à expulsão ou extração, espontânea ou induzida, de um produto da concepção com menos de 500g, ou estatura menor que 25 cm, ou, ainda, com menos de 22 semanas de gestação, tenha ou não evidências de vida (BRASIL, 2009, p. 21).

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), através da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – 10ª Revisão (CID-10), considera-se óbito fetal a morte de um produto da concepção, antes da expulsão ou da extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez. O fato de o feto, depois da separação, não respirar nem apresentar qualquer outro sinal de vida indica o óbito (BARROS et al, 2019, s/p).

O óbito fetal pode ser classificado como precoce, intermediário ou tardio. O óbito fetal precoce é aquele que acontece antes da 20ª semana gestacional (ou com feto até 500g, ou menor que 25cm); o óbito fetal intermediário ocorre com idade gestacional entre a 20ª e 27ª semana (ou com feto até 1.000g, ou menor que 35cm); e, é considerado óbito fetal tardio o que sucede durante a idade gestacional acima da 28ª semana (ou com peso superior de 1000g, ou maior que 35cm) (WOELFERT, 2003, p. 19).

Para fins estatísticos de mortalidade fetal, consideram-se, somente, os óbitos ocorridos a partir da 22ª semana completa de gestação (154 dias, ou superior a 500g ou estatura a partir de 25cm) (BRASIL, 2009, p. 20).

Outrossim, a Lei de nº 12.662/2012, que regulamenta a validade nacional da Declaração de Nascido Vivo, determina que tal documento será emitido para todos os nascimentos com vida ocorridos no país e será válida para fins de elaboração de políticas públicas e lavratura do assento de nascimento, não substituindo-o ou dispensando-o.

Quanto à Declaração de Óbito, conforme o Ministério da Saúde, deve ser emitida em todos os casos de óbito (natural ou violento); quando a criança nascer viva e morrer logo após o nascimento, independentemente da duração da gestação, do peso do recém-nascido e do tempo que tenha permanecido vivo; no óbito fetal, se a gestação teve duração igual ou superior a 20 semanas, ou o feto com peso igual ou superior a 500 gramas, ou estatura igual ou superior a 25 centímetros (BRASIL, 2009, p. 10).

Logo, nos casos de óbito fetal, com gestação inferior a 20 semanas, ou feto com peso menor que 500 gramas, ou estatura menor que 25 centímetros, a Declaração de Óbito não deve ser emitida, em regra. No entanto, ainda segundo o Ministério da Saúde, atualmente, a legislação permite que, na prática, ocorra a emissão da Declaração, facultativamente, quando a família informar o desejo de realizar o sepultamento do produto de concepção (BRASIL, 2009, p. 11).

A Carta Magna, lei hierarquicamente superior no ordenamento jurídico brasileiro, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º e seguintes. É de conhecimento geral que tais direitos e garantias são pilares, pontos de partida e finalidades da Constituição brasileira; não podendo ser abolidos, tendo em vista a significativa evolução legal, no decorrer das décadas, ao garanti-los para toda a sociedade.

Comumente, direitos fundamentais e direitos humanos são tidos como equivalentes. Não obstante, construiu-se uma distinção quanto ao plano de positivação; a expressão "direitos fundamentais" passou a ser atrelada aos direitos positivados na ordem jurídica interna do Estado, enquanto a expressão "direitos humanos" passou a ser utilizada para referir-se aos direitos positivados na ordem internacional. Ocorre que, na prática, há direitos fundamentais, internos, regulamentados também por Tratados Internacionais de Direitos Humanos (BARRETTO, 2014, p 23).

Nesse sentido, a Constituição Federal vigente trata, em seu artigo 5º, caput, dentre outros pontos, sobre a inviolabilidade do direito à vida. O artigo 6º, que o segue, refere-se aos direitos sociais, e é cristalino quanto ao dever legal de proteção à saúde, à maternidade e à infância. Tais direitos são reafirmados no Título VIII, atinente à Ordem Social.

No plano externo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da qual o Brasil é signatário, trata em seu artigo 3º do direito à vida, para todas as pessoas. Do mesmo modo, em seu artigo 25º, resguarda os direitos à maternidade e à infância, prevendo cuidados especiais para ambos (ONU, 1948, s/p).

O Pacto Internacional Dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1966, e ratificado pelo Brasil, em 1992, estabelece em seu artigo 10º que os Estados-Partes devem conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos (BRASIL, 1992).

Ainda, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovado em 1979, assinado e ratificado pelo Brasil, determina que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social (BRASIL, 1979).

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, determina que "os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis; constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais". Dispõe que a dignidade e valor da pessoa humana podem ser alcançados por meio de medidas legislativas, ações nacionais e de cooperação internacional, dentre outras âmbitos, para a promoção da maternidade segura, assistência à saúde e apoio social (BRASIL, 1993).

Ademais, quanto à Declaração de Pequim, adotada pela quarta Conferência Mundial sobre as mulheres, em 1995, restaram expressamente reconhecidos os direitos das mulheres como direitos humanos, bem como a proteção e promoção daqueles (BRASIL, 1995).

Considerada a base dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de

1969, foi promulgada pelo Brasil, através de Decreto, em 1992. É clara em seu artigo 4º, ao determinar o direito à vida, dispondo que toda pessoa tenha-o. Determina, ainda, que tal direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (BRASIL, 1992).

Outrossim, muitos são os dispositivos legais, internos e externos, que reservam proteção prioritária à vida, à maternidade, à família, à infância e aos filhos. No Brasil, no entanto, não há expresso consenso quanto ao momento em que a referida proteção tem início. O Código Civil vigente, em seu artigo 2º, dispõe que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (Brasil, 2002).

Para o doutrinador Flávio Tartuce, a Teoria Natalista prevalecia entre alguns autores do Direito Civil Brasileiro, "para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos" (TARTUCE, 2019, p. 191). Segundo Tartuce, esses autores partem de uma interpretação simplificada da lei, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, provocando a limitação de direitos da personalidade e da dignidade humana. Ainda de acordo com o autor, na prática, a referida teoria "nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem".

Ademais, há a Teoria da Personalidade Condicional que:

> "é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva (...) O grande problema dessa corrente doutrinária, é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro". (TARTUCE, 2019, 192).

A terceira Teoria, a Concepcionista, acredita que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei, desde o momento de sua concepção. Há nele a personalidade jurídica formal, atrelada à própria existência. Para Maria Helena Diniz,

> "O embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica". (DINIZ, 2014, p. 149-50).

Importante pontuar que determinadas leis e decisões recentes corroboram com a Teoria Concepcionista, ao reconhecerem o nascituro como pessoa detentora de direitos. Verificam-se como exemplos a entrada em vigor da Lei de Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/2008); o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça de que o nascituro tem direito à indenização por danos morais, pela morte de seu pai ocorrida antes do seu nascimento (REsp 399.028/SP); bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do pagamento de indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito (DPVAT) pela morte do nascituro (STJ, REsp 1.120.676/SC).

Imperioso citar, ainda, que a conclusão pela corrente concepcionista é apontada no Enunciado nº 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, cujo teor segue: "Art. 2.º a proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

2. DIREITO DE SEPULTAMENTO NOS CASOS DE PERDA FETAL PRECOCE

É evidente, no Brasil, a existência de proteção legal à vida, ainda que indefinido se o seu início remete-se à concepção ou ao nascimento. O reconhecimento do nascituro como sujeito, cujos direitos devam ser protegidos, decorre da expectativa do Estado de que aquele, ao nascer, torne-se cidadão. Ocorre que a proteção legal voltada para o nascituro, nos casos de abortamento e óbito fetal é, em muitos pontos, omissa ou inexistente e, em outros, insuficiente. Nesse contexto, é importante pontuar que, antes de ser cidadão do Estado, a partir do momento em que a sua concepção é conhecida pelos pais, o nascituro é parte integrante de uma família, que o aguarda e que o projeta no futuro.

Tratar de questões relativas à perda perinatal, alcança –sobretudo- a proteção à vida, à maternidade, à saúde, à família e à dignidade humana. Diante disso, em 03/02/2009, foi apresentado ao Plenário, o Projeto de Lei de nº 4594/2009, pelo Deputado Pastor Pedro Ribeiro. O referido Projeto dispunha sobre o sepultamento e o assentamento do óbito em caso de perdas fetais, tornando-os obrigatórios independentemente da idade gestacional do feto; passando a ser vedado dar destinação às perdas fetais de forma não condizente com a dignidade humana, sendo, assim, admitida a cremação ou incineração do feto. O Projeto supracitado propunha a inclusão de parágrafos no artigo 77, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos.

A iniciativa do deputado surge em virtude de lacuna legal existente, quanto ao destino e procedimentos adotados nos casos das perdas perinatais, em face dos fetos com idade gestacional inferior a 20 semanas, ou com peso menor que 500 gramas ou estatura inferior a 25cm. Pois, segundo a Resolução nº 1.779/2005, do Conselho Federal de Medicina, o fornecimento da Declaração de Óbito somente é obrigatório nos casos de perda fetal quando a gestação tiver duração igual ou superior a 20 semanas. A Lei de Registros Públicos, por sua vez, dispõe no artigo 77 que nenhum sepultamento ocorrerá sem a lavratura do assento de óbito. Logo, às perdas fetais precoces dá-se o mesmo destino do lixo hospitalar, negando ao feto e à família qualquer espécie de direito, garantia ou preservação da dignidade humana.

O Projeto de Lei proposto não foi aprovado e recebeu como justificativa para a rejeição, na Comissão de Seguridade Social e Família, o argumento de que o Poder Executivo já aborda a matéria de maneira adequada, fazendo-se remissão à Lei de Registros Públicos, já mencionada, e à Resolução nº 306, de 07 de dezembro de 2004, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, atualmente revogada, que dispunha sobre o regulamento técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde.

A Resolução nº 222, de 29 de março 2018, que substitui a Resolução supracitada, afirma que ao produto de fecundação sem sinais vitais, com peso inferior a 500 gramas, ou estatura menor que 25 cen-

tímetros, ou idade gestacional menor que 20 semanas, que não tenham valor científico ou legal e não tenha havido requisição pelo paciente ou seus familiares, deve-se dar destinação para sepultamento, cremação, incineração ou outra destinação licenciada pelo órgão ambiental competente. Ora, inconcebível aceitar que uma Resolução, elaborada por uma Agência Reguladora, trate tecnicamente as perdas precoces como RSS (resíduo de serviço de saúde), colocando a curta vida, unicamente, como questão de Vigilância Sanitária. Impossível aceitar que inexista norma devidamente elaborada, com todo zelo e estudo merecidos à matéria, em respeito aos valores e princípios fundamentais, tão defendidos em âmbitos interno e externo pelo Brasil.

Ademais, ainda que a Resolução nº 222 preveja a não destinação "comum" aos fetos nos casos de requisição familiar ou materna, na prática tal informação sequer os alcança, dando o hospital a finalidade mais conhecida, entendida como a regra. No processo de nº 1616686-04.2011.8.19.0004, no Estado do Rio de Janeiro, à título de exemplo, a prefeitura de São Gonçalo indenizou uma mulher, vítima de aborto espontâneo, uma vez que a enfermeira que a atendeu decidiu jogar o feto no lixo, sem sequer questioná-la quanto ao desejo de ~~queria~~ sepultá-lo (SOUZA, 2015).

3. DIREITO DE NOME DO NATIMORTO

Enunciado nº 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), prevê a proteção que o Código defere ao nascituro estendida ao natimorto, no que tange aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura. No entanto, na Certidão de Natimorto, hodiernamente, constam apenas o nome dos pais e a data de óbito, silenciando-se quanto ao nome do nado-morto. Assim, gerou-se a problemática de como garantir o direito ao nome àquele.

Outrossim, em 19/03/2013, foi apresentado ao Plenário o Projeto de Lei nº 5171/2013, não aprovado, pelo Deputado Ângelo Agnolin, que propunha o registro do nome e do prenome que forem dados ao natimorto, alterando a Lei de Registros Públicos. O deputado escla-

receu que a proposta possuia como escopo amenizar, ao menos em parte, os sentimentos de angústia e constrangimento experimentados pelos pais. Mencionou, ainda, que novas normas de serviço da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, já garantiam aos pais o direito de registro do nome do natimorto, e alertou quanto à necessidade de federalizar tal entendimento (AGNOLIN, 2013).

Em recente decisão, no estado de Pernambuco, a juíza Andréa Epaminodas julgou procedente o pedido de retificação de registro civil de um natimorto, feito pela genitora. Para tanto, fez uso do artigo 634, do Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Pernambuco, fundamentando a sua decisão. O referido artigo prevê a consignação no assento de óbito do natimorto do prenome e sobrenome para ele escolhidos, sempre que solicitado pelo declarante. Segundo o desembargador Jones Figueirêdo Alves "há um luto social diante do natimorto, filho dos pais que não o tiveram, e futuro cidadão que a sociedade não o recebeu. Esse luto tem, por certo, relevância jurídica, não resumida ao fato registral e estatístico" (ALVES, 2013).

A 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande autorizou o registro civil de natimorto, com 21 semanas de gestação. A sentença determinou a inclusão no registro do nome do natimorto, além dos nomes dos seus pais e avós. Os genitores, em ação judicial, requereram também a autorização judicial para o sepultamento. Argumentaram que a mãe foi atendida em hospital da Capital no dia 24 de outubro de 2019 e, em razão da idade gestacional, foi negada a expedição do óbito. O juiz Marcelo Andrade Campo Silva concedeu o pedido de sepultamento e, além, pontuou que em seu parecer favorável, o Ministério Público Estadual frisou que o artigo 635, do Provimento 80, do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, dá aos pais a faculdade quanto ao direito de escolher um nome ao registrando natimorto.

Percebe-se, assim, que diante da necessidade de se tratar dignamente os pontos elencados, inúmeros são os julgados - recentes - favoráveis à proteção familiar e à supressão da lacuna legal, relativa à garantia do nome ao natimorto. Evidente, portanto, a urgência da discussão temática, satisfatoriamente, no âmbito Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da importância e o respeito à vivência do luto faz-se imprescindível. Nos casos de perda perinatal, o luto experimentado ocorre de forma ainda mais inesperada. Ainda nesse sentido, há despreparo por parte da sociedade e do Estado, em termos legais, quanto ao acolhimento das famílias que experimentam o esse processo de enlutamento.

O presente trabalho ~~que~~ objetivou, brevemente, a análise da necessidade de regulamentações, que tratem com dignidade e respeito os direitos fundamentais e humanos relativos à perda discutida, tagentes às esferas da vida, família, maternidade e saúde. Infere-se que, apesar da existência de orientações relativas às perdas gestacional e neonatal, essas são esparsas e nitidamente insuficientes, especialmente no que concerne à destinação dada aos fetos, nas perdas precoces, e à negativa do direito ao nome, aos natimortos. Entende-se que nas atuais condições a vivência do luto é silenciada e, concomitantemente, estendida. A dor da perda torna-se ainda mais angustiante diante da ausência de proteção estatal satisfatória para com as famílias e vidas perdidas, visto o real desrespeito aos preceitos relativos à dignidade da pessoa humana. Espera-se, assim, que à temática abordada seja dada a relevância merecida, quanto à urgência de reflexão e à necessidade de atuação governamental específica.

REFERÊNCIAS

AGNOLIN, Ângelo. **Projeto de Lei nº 5171, de 2013**. Disponível em:< https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=568302>. Acesso em 16 de maio de 2020.

ALVES, Jones Figueirêdo. **O nome ao natimorto é um direito humanitário.** Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2013-ago-05/jones-figueiredo-nome-natimorto-direito-humanitario>. Acesso em 17 de maio de 2020.

BARRETO, Rafael; **Direitos Humanos**. Salvador: Editora Juspodivm, 4ª Edição, 2014.

BARROS, Patrícia de Sá; et al. **Mortalidade fetal e os desafios para a atenção à saúde da mulher no Brasil.** Revista de Saúde Pública, vol.53, São Paulo, 2019. Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102019000100209&script=sci_arttext&tlng=pt#B1>. Acesso em 06 de julho de 2020.

BRASIL. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Disponível em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518232/mulher_1ed.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 de julho de 2020.

BRASIL. **Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html>. Acesso em 02 de julho de 2020.

BRASIL. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518232/mulher_1ed.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 de julho de 2020.

BRASIL. Decreto nº 678. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 16 de maio de 2020.

BRASIL. Decreto nº 591. Atos Internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Promulgação. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 10 de julho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Federal de Medicina. Centro Brasileiro de Classificação de Doenças. **A Declaração de Óbito, Documento necessário e importante**. 3ª edição. Brasília, 2009. Disponível em:<http://www.saude.gov.br/images/

pdf/2015/agosto/14/Declaracao-de-Obito-WEB.pdf>. Acesso em 06 de julho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Ações Programáticas. Saúde da Criança e Aleitamento Materno. **Vigilância do óbito infantil e fetal e do comitê de prevenção do óbito infantil e fetal - manual técnico**. Brasília: Ed. do Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Manual de Vigilância do Óbito Infantil e Fetal e do Comitê de Prevenção do Óbito Infantil e Fetal**. 2ª edição. Brasília, 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_obito_infantil_fetal_2ed.pdf> Acesso em 06 de julho de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Regulamenta a Responsabilidade médica no fornecimento da Declaração de Óbito. **Resolução nº 1.779/2005**. Diário Oficial da União, Brasília, 2005. Disponível em: < https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2005/1779>. Acesso em 16 de maio de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**. 4° ed. São Paulo: JH Mizuno, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 07 de julho de 2020.

RIBEIRO, Pedro. **Projeto de Lei nº 4.594, de 2009**. Disponível em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=842D907CF873200F8C5FA47BAF90A7C8.proposicoesWebExterno2?codteor=679168&filename=Tramitacao-PL+4594/2009>. Acesso em 16 de maio de 2020.

SOUZA, Giselle. **São Gonçalo (RJ) indenizará mulher que viu feto abortado ser jogado no lixo**. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2015-set-08/municipio-indenizar-enfermeira-jogar-feto-paciente-lixo>. Acesso em 10 de julho de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** – v. 1 / Flávio Tartuce. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TJ-PE permite registro em cartório do nome de um natimorto. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/tj-pe-permite-registro-cartorio-nome-natimorto>. Acesso em 16 de maio de 2020.

WOELFERT, Alberto Jorge Testa; **Introdução à Medicina Legal**. Canoas: Editora Ulbra, 1ª Edição, 2003.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INTERPRETAÇÃO PONDERATIVA E POSIÇÃO DO STF: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PERSONIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E BALIZADOR PARA OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando Gehling Bertoldi

1 INTRODUÇÃO

É notório que revolucionários, filósofos, abolicionistas, republicanos ou ativistas de direitos civis têm usado suas vozes e seus escritos ao longo da história para drasticamente alterar a estrutura das sociedades, apesar das tentativas de seus opositores em silenciar essas ideias.

Assim, como protagonista de revoluções e lutas por igualdades e liberdades, a livre exposição de ideias alcançou infindável número de adeptos e defensores, como se percebe em uma das primeiras obras que defendeu a liberdade de expressão, *Areopagitica* de John Milton, de 1644. Nela, Milton afirma que a verdade sempre acabará por vir ao de cima (MILTON, 2006).

Dessa forma, percebe-se, como cerne da noção e da finalidade do princípio da liberdade de expressão, uma garantia de controle daqueles

que se encontram afastados do poder, das lideranças ou, simplesmente, da maioria dominante. Serve como motor para a democracia, fazendo valer a opinião daqueles que, sendo opositores ou minorias, não seriam respeitados ou valorizados dentro da esfera de decisões político-sociais de um determinado grupo.

O livre manifesto de pensamento é, portanto, largamente associado a uma busca da real verdade, à livre expressão pessoal, ao correto funcionamento da democracia e a uma isonomia entre ambiente político governamental estável e revolucionário. Tal liberdade é imprescindível para que os indivíduos possam exercer suas aptidões morais de justiça e de noção do bem.

Consequentemente, a liberdade de expressão, aliada às formas políticas ditadas pela Constituição, aparece como alternativa ao uso da lei de talião e à revolta armada, que ameaçariam enormemente as demais garantias fundamentais.

Por outro lado, após a Constituição de 1988, o país parece ter mergulhado, possivelmente como resposta às cicatrizes deixadas pela censura do regime militar, na ilusão de um princípio da liberdade de expressão absoluto, que não poderia nem deveria ser restringido em nenhuma circunstância.

Por isso, hoje, nota-se no Brasil uma grande distorção quando da aplicação do referido princípio. Tornou-se recorrente que pessoas pensem como sendo um direito ofender a honra e a intimidade de uma pessoa ou de um grupo, afirmando que se trata do exercício da liberdade de expressão.

Trata-se, em verdade, de uma falácia argumentativa que tenta se camuflar de legítima. É necessário esclarecer que os direitos fundamentais não são absolutos, da mesma forma que não podem servir de escudo às práticas que violam o próprio sistema de direitos fundamentais ou de direitos humanos.

O direito de os indivíduos expressarem-se não permite que se utilize esta liberdade para atacar, reduzir ou tentar reduzir o outro como cidadão, sujeito de direito e dignidade humana.

Há proteção à expressão que visa criar discriminação negativa ou reduzir a condição humana do outro? Há proteção aos discursos volta-

dos contra os Direitos Humanos? Há proteção à expressão que se volta contra os valores fundamentais da igualdade e da democracia?

Tais questionamentos devem ser levantados para que se alcance a necessária harmonia entre os ditames da liberdade de expressão e os requisitos mínimos exigidos à concreção dos direitos humanos e fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana.

É relevante que se conheçam, também, as teorias críticas sobre o assunto, as quais questionam os moldes liberais da liberdade de expressão e pregam uma reformulação do mesmo.

Notadamente importante, no mínimo para que se compreenda que existem visões que se sentem excluídas da proteção dada pelo princípio da liberdade de expressão, são as teorias feministas e as teorias referentes ao discurso do ódio. Nelas, observa-se uma tentativa de limitação aos discursos que incitem discriminação de grupos, além de uma abertura dos meios de comunicação àqueles grupos marginalizados do processo de expressão humana.

De acordo com Jonatas Machado (2002), há uma noção que a liberdade de expressão tem um aspecto defensivo (evitando a intervenção abusiva do Estado), e um aspecto protetivo (precisando da intervenção estatal para ser garantida). O questionamento que se impõe serve para descobrir até que ponto devem ser defendidos ou qual o limite destes aspectos.

É possível o banimento de matérias específicas – oratórias de incitação ao ódio, com caráter homofóbico ou racista – sem que isso implique em uma restrição demasiada da liberdade de expressão? Ou é necessário que se prefira regulação de dimensão neutra?

Algumas manifestações podem, inclusive, ter um caráter silenciador, quando reforçarem preconceitos difundidos no ambiente social. Assim, uma conduta coercitiva que impedisse a livre manifestação de ideias racistas ou preconceituosas, estaria, em verdade, antes defendendo a liberdade de expressão do que a limitando?

Nem por isso, entretanto, se está defendendo um órgão atribuído de, previamente, definir formas e conteúdos do que pode ser expressado livremente, mas sim, de criar critérios para julgar e punir os responsáveis por veicular discurso de conteúdo ofensivo.

Neste sentido, é imprescindível que haja circulação da pluralidade de informações e conhecimentos, sem qualquer tipo de censura ou intervenção prévia por parte do Estado ou de qualquer particular. Tal exigência decorre do nosso texto Constitucional, que eleva a liberdade de imprensa, a livre manifestação do pensamento, a expressão de atividade intelectual, científica e artística à direitos fundamentais, isentos e protegidos de qualquer tipo de censura.

Consequentemente, percebe-se, pela análise de suas estruturas básicas, que as liberdades de expressão, de comunicação, de informação e de imprensa possuem um núcleo central comum e finalidades similares: são fundamentais ferramentas para a proteção e formação do indivíduo, de sua personalidade e ideais, remetidas ao Princípio Fundamental da República, a Dignidade da Pessoa Humana, consubstanciada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a qual personifica o cerne dos Direitos Humanos.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: NÚCLEO AXIOLÓGICO DO DIREITO

2.1 Bases Histórico-Filosóficas E Positivação Da Dignidade Da Pessoa Humana

Torna-se indispensável, assim, vislumbrar – ainda que de forma muito limitada – algumas das contribuições provenientes da cultura filosófico ocidental.

A concepção atualmente concebida para dignidade da pessoa humana tem origens no pensamento clássico e nos ideais cristãos, tendo o cristianismo extraído a consequência de que o ser humano – e não somente os cristãos – é dotado de valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2012).

Posteriormente, com o advento do humanismo, a concepção de dignidade vinculada à status foi sendo ultrapassada, surgindo a dignidade derivada da própria condição humana.

Mirandola (1978) difundiu a ideia de que o homem tem como fim conduzir sua vida de acordo com suas próprias vontades.

Pufendorf, ainda, acrescentou à noção de dignidade como liberdade e compartilhamento da razão, a ideia de igualdade entre os homens (HABERLE apud SARLET, 2009).

Kant, apoiado no iluminismo, completa o processo de laicização da dignidade da pessoa humana, sustentando que a autonomia da vontade é a expressão e o fundamento da dignidade da natureza humana. A vontade é compreendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis.

A autonomia da vontade seria aquela propriedade do homem segundo a qual ela é, para si mesma, a sua lei. Seguindo este raciocínio, assevera Immanuel Kant (2008, p. 71):

> Ora, digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. [...]
>
> Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito).

Dworkin (2011) segue a doutrina kantiana, referindo que a dignidade tem tanto uma voz ativa (autorrespeito) como uma voz passiva (respeito em relação a terceiros), ligados entre si pelo valor intrínseco da vida humana. O autor refere, ainda, que a dignidade humana é o valor supremo que unifica a ética e a moralidade, legitima a ordem política e orienta a interpretação da justiça, igualdade e liberdade, além de ser referência axiológica da ordem jurídica e guia para interpretação de conceitos normativos.

Mesmo tendo sido objeto de estudiosos há muitos séculos, é importante ressaltar que a positivação da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos e/ou fundamentais aconteceu tardiamente.

Apenas após as atrocidades experimentadas no período nacional-socialista da Alemanha – que culminou na Segunda Guerra Mundial, com o holocausto e demais ataques aos direitos humanos provocados pelo nazistas e fascistas – foi formulada a ideia de criar-se como premissa a existência de uma lei moral, na qual o ser humano figura como elemento central, acima da lei (MARTIN, 2008).

Os textos internacionais e constitucionais criados após esse momento refletiram a nova mentalidade, passando a dignidade da pessoa humana da base moral para comando jurídico ligado aos direitos humanos – e fonte e justificação destes – além de princípio orientador da atuação estatal.

Ressalta-se, contudo, a ausência de definição de conteúdo da dignidade ou que delimite seu âmbito de proteção nas positivações referidas no parágrafo anterior. Tal aspecto, ainda assim, é de salutar importância, já que se está frente a uma categoria axiológica aberta – a qual possui, portanto, construção permanente frente à evolução da sociedade.

Dessa forma, toma-se como ponto de partida (aceito, inclusive, pela doutrina majoritária) a noção de que a dignidade é atributo intrínseco de todos os seres humanos, sem exceção, pelo que, portanto, não há falar em concessão ou perda da dignidade. É uma qualidade individual, no sentido que se reporta à pessoa concreta, impedindo sacrifícios da dignidade individual em favor do bem geral, além de ser algo inegociável e indisponível (MIRANDA, 2008).

Conforme observado, somente ao longo das últimas décadas ocorreu a positivação dos direitos humanos (a nível internacional) e dos direitos fundamentais (a nível interno, nas Constituições ao redor do Mundo), com o intuito de alcançar, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a proteção do Estado contra os abusos do próprio Estado.

A partir disso, surge, primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, através da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tal declaração estabelece, já em seu preâmbulo, que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família

humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" e que "os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres".

Em seu artigo 1º, registra que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos", consagrando a igual dignidade de todos seres humanos.

Passo seguinte, o documento elaborado pela comunidade internacional registrou que "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

Em seguida, o Pacto Internacional de Direitos Civil e Político, de 1966, surgiu com o intuito de regular com mais amplitude os direitos reconhecidos na Declaração Universal, introduzir novos e, principalmente, alcançar um reconhecimento quanto à sua obrigatoriedade jurídica.

Posteriormente, é criada a Comissão de Direitos Humanos, órgão de tutela jurisdicional, que reforça a eficácia da Declaração Universal ao conferir às suas disposições caráter de norma jurídica convencional. Perante ela, estão legitimados a ingressar com recurso todos aqueles que consideram que lhe tenham sido feridos alguns dos direitos ali enunciados – os próprios países signatários como, também, os cidadãos de qualquer um deles.

O Pacto estabelece que:

> 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
>
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
>
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais.

> Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

Ademais, salienta-se o Convênio Europeu para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950 – estabelecido com a finalidade de proteção e desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais – e o Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinado em 1969.

Os Estados signatários da Convenção reconhecem que " os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana". Tal Pacto criou, ainda, dois órgãos para tratar de assuntos relativos ao seu cumprimento: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.2 Direitos De Personalidade, Regulamentação Do Direito À Liberdade De Expressão E Posição Do STF

Avançando-se, é preciso frisar a necessidade de discutir-se sobre uma regulamentação infraconstitucional para a liberdade de imprensa, tendo em vista que, como preceito genérico e abstrato na Constituição, necessita de conformação e efetividade por parte do legislador.

Ingo Sarlet (2008), por exemplo, salienta o objetivo das normas de aplicar e regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais. Sobre essa ideia, destaca-se a obrigatoriedade do Estado em proteger direitos e bens jurídicos, determinando a amplitude da proteção e as restrições constitucionais. Dessa forma, cabe ao legislador traduzir a essência e o conteúdo do direito regulado, mostrando, assim, que as normas infraconstitucionais nem sempre terão função restritiva, desempenhando, também, funções de concretização e conformação dos institutos.

É fundamental lembrar que as previsões infraconstitucionais devem estar de acordo com os princípios e garantias fundamentais e

constitucionais, dentre os quais salienta-se a liberdade de informação, de expressão, a proibição da censura, a proteção dos direitos da personalidade e, de forma ampla, a dignidade da pessoa humana. Além disso, devem ter como base a propagação do conhecimento e da opinião pública.

Na doutrina especializada, existem defensores e opositores da regulação do setor. Por um lado, os opositores (muitas vezes, empresas de telecomunicações, que temem uma postura taxativa do estado) defendem a ilimitabilidade da liberdade de expressão, pela qual não poderiam ser objeto de regulação nem mesmo discursos ofensivos ao indivíduo – qualquer discurso seria resolvido com mais discurso. Por outro lado, os defensores da legislação veem nela uma maneira de transformar os meios da mídia em auxiliares de uma luta pelo tipo de sociedade desejada (SANTOS, 2010).

Importante analisar o artigo 220, parágrafo 1º, inciso 10 da Constituição Federal (CF), o qual previu a necessidade de proteção pelo legislador infraconstitucional dos direitos de personalidade. Tal previsão não foi objeto de regulação específica, apesar da Lei Maior induzir a criação de uma lei que regulamente aquele direito, desde que ela não obstaculize a liberdade de informação.

Muito interessante e revelador é o julgamento do Supremo Tribunal Federal ao analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, indicando, no voto condutor do ministro relator Gilmar Mendes, que o legislador deve, não somente, regular, mas também qualificar – uma verdadeira reserva legal qualificada.

O ministro frisa, ainda, que o dispositivo do artigo 220 da CF autoriza expressamente a criação de lei que analise a relação liberdade de impressa e de expressão e direitos de personalidade. Dessa forma, conclui afirmando que essa inevitável colisão principiológica entre os direitos não pode ser vista de forma simplista nem simplória pelo ordenamento (BRASIL, 2009). Assim, tendo em vista a falta da lei reguladora, o tribunal superior determinou a utilização subsidiaria da legislação dos códigos civil e penal para os casos envolvendo direitos de personalidade.

Ressalta-se alguns pontos do voto de Gilmar Mendes:

> Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — "Nenhuma lei conterá dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. (...)
>
> É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Apesar de haver discussões sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, observa-se que a Constituição Federal, no parágrafo 1º do artigo 5º, determina sua aplicabilidade imediata. Dessa forma, percebe-se que, acima da discussão, está a ideia de resguardar e dar máxima proteção aos mencionados direitos, tendo em vista o núcleo axiológico e hermenêutico da constituição ser centrado na dignidade da pessoa humana (STEINMETZ, 2004).

Passo seguinte, é de extrema importância que se destaque o recente julgado do STF sobre a (des)necessidade de autorização do interessado para publicação de biografias, o qual reafirmou o compromisso do Supremo com a liberdade de expressão. Trata-se da Ação Direta

de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, decidida no dia 10 de junho de 2015 por unanimidade (BRASIL, 2016).

Na referida ação, foi declarado inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). A relatora, Ministra Carmen Lúcia, destacou que a Constituição vislumbra, em situações de atentado à privacidade, intimidade, honra e imagem, indenização reparatória, e abomina "toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Desse modo, uma norma infraconstitucional (o Código Civil) não consegue abolir o direito de expressão e criação de obras literárias. Disse, ainda, a Ministra Carmen Lúcia:

> Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição (...) A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades.

Seguindo a linha da relatora, o Ministro Roberto Barroso defendeu que a liberdade de expressão possui posição preferencial, dentro do sistema jurídico brasileiro, em relação aos direitos da personalidade. Segundo o jurista, tal posição decorre tanto da letra da lei constitucional como pela história brasileira de censura vivida até o fim da última ditadura militar. O ministro destacou, no entanto, que os direitos da pessoa biografada estarão protegidos, já que qualquer dano perpetrado por meio do uso indevido/abusivo da liberdade de expressão poderá ter reparação *a posteriori*, como a indenização e, inclusive, a responsabilização penal.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello afirmou:

> (...) a garantia fundamental da liberdade de expressão é um direito contramajoritário, ou seja, o fato de uma ideia ser considerada errada por particulares ou pelas autoridades públicas não é argumento bastante para que sua veiculação seja condicionada à prévia autorização.

O decano frisou, também, que a Constituição Federal proíbe qualquer tipo de censura política, ideológica ou artística. Contudo, destacou que a incitação ao ódio público contra uma pessoa, grupo social ou confessional não é protegida pela cláusula constitucional que garante a liberdade de expressão. "Não devemos retroceder nesse processo de conquista das liberdades democráticas. O peso da censura, ninguém o suporta", afirmou o ministro.

Na linha deste julgado, destaca-se, também, importante marco referente à regulamentação de aspectos concernentes à liberdade de expressão. Trata-se da aprovação, na Câmara dos Deputados Federais, do Projeto de Lei Complementar que, nas palavras do texto do projeto, visa "garantir a liberdade de expressão, informação e o acesso à cultura na hipótese de divulgação de informações biográficas de pessoa de notoriedade pública ou cujos atos sejam de interesse da coletividade".

O projeto de lei demonstra que o Congresso Nacional caminha no rumo da regulamentação da liberdade de expressão, nunca a restringindo à prioristicamente, mas, sim, garantindo seu exercício e apresentando ferramentas para sua proteção e, na mesma medida, métodos de controle a posteriori deste direito.

O referido texto, PLC 42/2014, foi aprovado na Câmara no dia 06 de maio de 2015 (BRASIL, 2011) e, atualmente, encontra-se arquivado no Senado Federal, nos termos do § 1º do art. 332 do Regimento Interno da Casa.

2.3 Limites Constitucionais E Limitação Judicial Através Da Interpretação Ponderativa

Os direitos fundamentais buscam uma concretização da dignidade da pessoa humana, estando presentes em vários locais da Constituição. Não são, contudo, considerados pelo ordenamento brasileiro como absolutos, mas sim, relativizáveis nos casos concretos em que haja colisão entre eles ou com outros direitos constitucionais de mesma hierarquia.

Para estas situações, abre-se a possibilidade, de um lado, para uma construção legislativa que proponha limites à normas ou princípios naqueles casos em que, sabidamente, verifica-se uma corriqueira colisão. De outro lado, observa-se que os direitos fundamentais sofrem, em

circunstâncias específicas, limites ou restrições por preceitos previstos na própria Constituição.

Ocorrem, ainda, limitações quando a Constituição remete a alguma imposição ou restrição constante em legislação infraconstitucional, como ocorre, por exemplo, no artigo 5º, inciso XV, que dita ser livre a locomoção no território nacional, podendo qualquer pessoa nele entrar, nos termos da lei.

Lembra-se aqui a chamada reserva legal, em que lei constitucional remete à restrição pelo legislador (Constituição Federal, Artigo 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor), e a reserva legal qualificada, que não precisa nem mesmo lei complementar que a autorize (Constituição Federal, Artigo 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer), ambas classificadas como restrições indiretamente constitucionais.

Neste prisma, Alexy (2011) menciona que, nos casos onde haja colisão entre dois direitos fundamentais, deverá ocorrer uma ponderação hermenêutica, já que, segundo o autor essas seriam restrições consideradas diretamente constitucionais. Tal situação ocorre na colisão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos da personalidade, constantes no artigo 5º, incisos IX e X, respectivamente. Nesse caso, deverá ser realizado um trabalho ponderatório, tendo em vista nenhum deles estar sujeito à reserva legal.

Avançando-se nesta perspectiva, verifica-se que as colisões podem ocorrer, tanto entre direitos fundamentais, como entre um direito fundamental e outros valores ou princípios constitucionais não expressos como direito fundamental (CANOTILHO, 2003), revelando casos complexos e de difícil resolução.

Assim, devem ser observadas as circunstâncias do caso concreto para que se verifique qual o princípio de maior relevância e qual poderá ser maximizado em relação ao outro, de acordo com seu peso frente à situação.

Desse modo, cabe ao poder judiciário – ao ser provocado – seguir critérios e cuidados que evitem injustiças e incoerências frente às previsões constitucionais, aplicando os princípios e direitos fundamentais

do ordenamento jurídico, tendo em mente o sistema hierárquico com unidade axiológica na dignidade da pessoa humana.

Luís Barroso (apud SARLET, 2007) menciona que há uma tendência do legislador em promulgar cláusulas abertas e conceitos indeterminados, dando ao julgador maior participação nos contornos da norma, agregando sua própria valoração. Percebe-se, assim, uma intensificação do papel do poder judiciário, o qual foi obrigado a ampliar suas técnicas de hermenêutica para além dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica. Socorre-se, por isso, das técnicas de ponderação, uma vez que as tradicionais não se mostram suficiente para o intérprete.

A ponderação, portanto, passa a ser uma construção jurídica, harmonizando dois princípios jurídicos de mesma hierarquia e realizando um juízo comparativo em que o princípio de maior valor prevalecerá sobre o de menor valor. Verifica-se, assim, o que Riccardo Guastini (2009) chamou, brilhantemente, de hierarquia móvel, mutável, a qual pode variar conforme o caso concreto.

A máxima da ponderação (ou proporcionalidade), para Alexy (1999), pressupõe três subprincípios: adequação, necessidade (meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito). A primeira pressupõe que a decisão e o princípio devem estar de acordo com a situação fática. A necessidade, por sua vez, pressupõe que a subsunção de um princípio seja menos gravosa, com meta de otimização das situações fáticas. Já a proporcionalidade em sentido estrito decorre da otimização frente às possibilidades jurídicas.

Sobre o tema, importante é a lição de Daniel Sarmento (2000), que dita ser o processo de ponderação composto de etapas. A primeira delas seria constatar que a situação posta em análise é, realmente, regulada por dois princípios que apontem soluções diferenciadas. A segunda etapa consiste em impor-se compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios estudados, objetivando alcançar-se um ponto ótimo, em que a restrição seja a mínima indispensável à sua convivência. Além disso, afirma que o processo de ponderação deve sempre se orientar para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana.

Com mais concretude, Luís Roberto Barroso (2007) cita alguns parâmetros constitucionais de ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade: veracidade do fato; licitude do meio empregado na obtenção e divulgação da informação; personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; local do fato; natureza do fato; existência de interesse público na divulgação da informação; fatos envolvendo atuação de órgãos públicos; preferência por sanções *a posteriori*, não envolvendo restrição prévia. O autor sustenta que, observados tais parâmetros, será possível dar mais precisão aos casos de indenizações ou retratações no âmbito do direito privado.

Tendo em vista a constante renovação do sistema jurídico, deve-se entender o conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana de maneira a encontrar-se um equilíbrio para a intervenção Estatal. Esta busca perpassa pela aprendizagem de reconhecimento, tolerância e reciprocidade como forma de buscar uma pacífica convivência multicultural, local onde o discurso do ódio não possua espaço.

3. CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão, presentes na Constituição Federal, possuem status de direitos fundamentais, devendo, portanto, ser protegidos pelo Estado e pela sociedade. O presente trabalho, partindo da pergunta que o moveu – a dignidade da pessoa humana serve como limite à liberdade de expressão? – buscou explorar os contornos conceituais desses institutos e refletir sobre as situações em que ambos se chocam, tentando apresentar formas para resolver o conflito, em especial a interpretação ponderativa.

À seção 2.1 explanou-se sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana –absorvendo-se a ideia de que o Estado serve de meio para o bem-estar das pessoas, devendo garantir-lhes todas as condições necessárias para isso.

Na seção seguinte, foram abordadas manifestações jurídicas e políticas que defendem a regulamentação da liberdade de expressão. Apresentou-se, ainda, a posição do STF quanto ao tema, notadamente sua

preferência por não restringir a liberdade de expressão, mas garantir a reparação a *posteriori* de ofensas que tal direito possa ter causado.

A seção 2.3 apresentou alguns limites determinados pela própria Constituição, além de explorar outras formas de limitação de princípios. Registrou-se que, nos casos onde haja colisão entre dois direitos fundamentais, deverá ocorrer uma ponderação hermenêutica, como acontece com a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Este artigo, portanto, buscou subsídios para que se encontre a justa medida entre os referidos Princípios, como forma de incentivar isonomia quando da intervenção Estatal.

Dessa forma, é razoável que se continue discutindo os limites à liberdade de expressão e sua relação com os direitos de personalidade ou com discursos de ódio, com a finalidade de encontrar o justo meio que caracterize a justiça em cada situação, sempre considerando o princípio da dignidade inerente a cada ser humano.

Há que se cuidar para que o valor da liberdade de expressão não dificulte o devido dimensionamento das importantes conquistas em torno dos direitos humanos, em especial da dignidade da pessoa humana, qual seja, sua posição como centro interpretativo e axiológico do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direito de fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão versus Direito da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e critério de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 270 p.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº. 42, de 15 de fevereiro de 2011. Planalto. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117559. Acessado em: 7 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 4815, Brasília, DF, 10 de junho de 2015. **Diário da Justiça**, Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 06 nov. 2009. 334 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 657.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: Harvard University Press, 2011. 528 p.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Melo Aleixo. In: SARLET, Ingo W. **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 71.

GAUSTINI, Ricardo. Os Princípios Constitucionais como fonte de perplexidade. **Revista Interesse Público**, ano XI, n. 55, p. 173, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão:** Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1196 p.

MARTIN, Nuria Belloso. El principio de dignidade de la persona humana en la teoria kantiana: algunas contradicciones. **Direitos**

Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 40-60, jul./set. 2008. p. 57.

MILL, John Stuart. **Areopagitica**: A Speech for Liberty of Unlicensed Printing. New York: Lawbook Exchange Ltd, 2006. 189 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo IV, 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 199.

MIRANDOLA, Pico Della. **Discurso sobre la dignidad del hombre.** Traducción de Adolfo Ruiz Diaz. Buenos Aires: Goncourt, 1978. p. 48.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Da Liberdade de Expressão ao Direito à Comunicção. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 10, p. 201, jan./mar. 2010.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008. p. 391.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. 493 p.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 32.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Iures, 2000. 220 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004. 122 p.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A DISCIPLINA LEGAL AOS PORTADORES DE CÂNCER

Barbara Adel Ayoub

1. INTRODUÇÃO

A saúde pública hoje é um dos tópicos mais debatidos e problemáticos do país. Pois, o Poder Público garante aos cidadãos por meio da Constituição Federal, o direito á saúde pública em todas as esferas, na proteção, prevenção e recuperação, garantindo todo e qualquer tipo de serviço que o paciente necessita. Contudo, a realidade é totalmente o oposto, visto que o Governo não efetiva tal direito, e consequentemente, o indivíduo procura o Poder Judiciário para se valer dos direitos que lhe são assegurados, já totalmente devastado com a doença, tratando assim especificamente daqueles que possuem neoplasia maligna (câncer).

Assim, a análise gira em torno, do direito fundamental à saúde, pois abrange o princípio da dignidade da pessoa humana, que sua principal diretriz é a saúde, ligado ao programa que o Governo oferece para a efetivação do princípio. Relacionando-se especificamente aos portadores de câncer, que atualmente é uma doença considerada devastadora, e que todos estão suscetíveis a ela.

O trabalho visa demonstrar a situação atualmente de tais pacientes que necessitam do Poder Público para o tratamento da neoplasia maligna, e consequentemente, com a ineficiência do Governo neste pon-

to, analisa a procura do Poder Judiciário nos últimos anos, mostrando o aumento de demandas e congestionando tal esfera do Estado. Mostra a atuação da defensoria na saúde pública, a responsabilidade civil do Estado no fornecimento de medicamentos e assistência farmacêutica e principalmente a integralidade da Assistência em Saúde em seu aspecto geral e o oncológico.

O trabalho utilizou do método dedutivo, partindo de uma premissa geral do direito fundamental à saúde a uma mais específica sobre os portadores de neoplasia maligna. Verificando os instrumentos necessários para a efetividade dos direitos e garantias que o paciente possui. O tipo de pesquisa usada foi a bibliográfica, pois foram utilizados documentos tais como leis, emendas constitucionais e jurisprudência.

Assim, no geral analisa o direito fundamental á saúde como o principal tópico do princípio da dignidade da pessoa humana, que é amplamente assegurado a todos na Constituição Federal.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 Evolução do Direito Fundamental à saúde pública

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde pública passou a ser um direito social fundamental no Brasil, sendo assegurada para toda a população de forma integral, assim como aos estrangeiros, podendo ser contemplada como uma forma de precaução e controle de doenças que atinge a sociedade. Desta forma dando origem a formação do Sistema Único de Saúde (SUS). Mas tal conjuntura passou por todo um processo evolutivo para chegar à condição de direito fundamental para uma vida digna, sendo garantida pelo Estado, através de políticas públicas preventivas e curativas atualmente.

No pensamento científico, as enfermidades eram designadas a demônios, e sua cura advém da divindade, assim o temor de doenças e o anseio de evitá-las é algo profundamente enraizado desde a antiguidade. Começando pela Idade Média, onde tal pensamento era mais comum, destacam-se a hanseníase, a peste bubônica, a varíola, a tuberculose, a escabiose, a erisipela, o antraz, o tracoma e a febre epidêmica, com a falta de saneamento básico, ainda não havia ideia de

saúde pública. No Brasil, começou de forma discreta com a vinda da Corte Portuguesa no século XIX, com atividades voltadas ao controle sanitário nas ruas e nos portos.

Assim, conforme os anos foram se passando, cada cenário histórico contribuiu neste processo com pequenas influencias para a formação do que se chama hoje de saúde pública como um direito fundamental concebido a todos, a exemplo da obra de Maria Bravo, 2009, p. 05:

> Política Nacional de Saúde, que se esboçava desde 1930, foi consolidada no período de 1945-1950. O Serviço Especial de Saúde Pública (SESP) foi criado durante a 2ª Guerra Mundial, em convênio com órgãos do governo americano e sob o patrocínio da Fundação Rockefeller. No final dos anos 40, com o Plano Salte, de 1948, que envolvia as áreas de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia: a Saúde foi posta como uma de suas finalidades principais. O plano apresentava previsões de investimentos de 1949 a 53, mas não foi implementado.

Apesar de ainda ser um modelo apenas curativo, em 1934 se tornou obrigatório no território nacional, com o total apoio da União, de 1% de todas as rendas tributárias, à serviços públicos como o de saúde. Durante a ditadura militar, começou com a ideia de direito individual, sendo oferecido tal serviço apenas aos trabalhadores do mercado formal. Mesmo com a troca de governos e a redemocratização, tais influências continuavam em cada governo que viria posteriormente, e finalmente com a Carta Magna de 1988 em que foi a primeira a garantir o direito à saúde a todos.

O processo evolutivo da saúde pública houve um avanço significativo em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1949, pois trouxe expressamente em seu texto o direito à saúde, contemplado em seu artigo 25, ONU, 1948:

> 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de de-

> semprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
>
> 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A saúde pública foi tratada com extrema cautela nesta nova etapa do processo evolutivo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em se tratando de seguridade social, foi reservada uma seção apenas para a saúde (artigo 196 a 200), pois para o Estado, a saúde é um pressuposto indispensável para ter-se uma vida digna, ou seja, sem saúde não há vida. A efetivação de tais direitos se encontra através de políticas públicas pela União, como por exemplo, a criação da Lei 8.080-90 – Lei do SUS, que objetiva assegurar toda a universalidade do programa a toda sociedade, abrangendo até aos estrangeiros. E assim, passando o cidadão a desfrutar de todos os direitos, neste caso o da saúde, para que se tenha uma vida digna contemplada pela Carta Magna.

Assim, o país se encontra hoje, em uma situação de extrema precariedade na saúde, mesmo com todo o processo evolutivo e influências, é um setor que ainda necessita de melhoramentos para que possam ser efetivados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

1.2 Direitos e garantias que a lei oferece para pacientes com neoplasia maligna

1.2.1 Frequências Escolares Especiais

Sendo assegurado pelo Decreto-lei 1.044/69, diz respeito a um regime oferecido a estudantes que embora estejam hábeis para frequentar escolas, não possuem condições de comparecer a esta instituição, por consequência de alguma enfermidade. O aluno deverá compensar suas faltas por atividades em domicílio com orientação da escola, sempre conciliando com o estado de saúde em que se encontre nos seguintes termos:

> Art. 1° São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados, caracterizados por:
>
> a)incapacidade física relativa, incompatível com a frequência aos trabalhos escolares; desde que se verifique a conservação das condições intelectuais e emocionais necessários para o prosseguimento da atividade escolar em novos moldes;
>
> b)ocorrência isolada ou esporádica;
>
> c)duração que não ultrapasse o máximo ainda admissível, em cada caso, para a continuidade do processo pedagógico de aprendizado, atendendo a que tais características se verificam, entre outros, em casos de síndromes hemorrágicos (tais como a hemofilia), asma, cardite, pericardites, afecções osteoarticulares, submetidas a correções ortopédicas, nefropatias agudas ou subagudas, afecções reumáticas etc.

1.2.2 Benefício de Prestação Continuada - LOAS

É um direito de receber mensalmente um valor proporcional ao salário mínimo ao indivíduo com alguma enfermidade, ou ao idoso (com 65 anos ou mais), que prove não possuir maneira de prover a própria sustentabilidade, mesmo contribuindo para a previdência social, nos termos do artigo 203 da Constituição Federal:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

1.2.3 Auxílio-Doença - INSS

É uma garantia ao enfermo que ficar inapto para o trabalho por mais de 15 dias ininterruptos por causa de sua doença, ao texto da Lei 8.213/91, artigos 59 a 63:

> Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

1.2.4 Aposentadoria – INSS

É o direito assegurado ao indivíduo com grave doença que se encontre recebendo ou não o auxílio-doença, for incapaz para o trabalho e não esteja submetido à reabilitação para o exercício de seu sustento, nos termos da Lei 8.213/91, artigo 42:

> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Correlação das graves doenças que não requer período carência para a cessão da aposentadoria ou auxílio-doença (Portaria Interministerial nº 2.998/01):

> Art. 1º As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS:
>
> IV - neoplasia maligna;

1.2.5 PENSÃO POR MORTE – INSS

É o benefício pago aos dependentes do empregado que venha a falecer por consequência de grave doença. Para que tenha tal garantia, é preciso que tenha a qualidade de sustento, correspondente a condições, prazos e limites legais. Na situação que o trabalhador tenha câncer, e que pode ter se desenvolvido discretamente no decorrer da época que este não havia perdido o atributo de segurado, é possível provar, por meio de laudos médicos, que o trabalhador retinha vínculo com a previdência, mesmo que presumivelmente havia se esgotados os prazos previstos em lei, reconstituindo o direito aos seus dependentes. Podem ser considerados dependentes:

> Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
>
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
>
> II - os pais;
>
> III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

1.2.6 FGST – Saque dos Depósitos

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é a importância equivalente a 8% (oito por cento) sobre a remuneração do empregado a ser depositada mensalmente, em conta vinculada, em nome de seus trabalhadores, conforme o artigo 15 da Lei 8.036/90. Ao paciente com neoplasia maligna, só veio a ser assegurada pela lei 8.922/94:

> Art. 1º O art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XI.
>
> Art. 20 A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

> [...]
>
> XI- Quanto o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de **neoplasia maligna.**

1.2.7 PIS – PASEP – Saque de Quotas

PIS – Programa de Integração Social foi estabelecido pela Lei Complementar nº 7 de 07/09/70, com o intuito de promover a incorporação dos empregados na vida e no progresso da empresa, e é fundado por depósitos efetuados pela Caixa Econômica Federal.

PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, incorporado pela Lei Complementar nº 8 de 03/12/70, estabelecido pelas contribuições da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, por depósito no Banco do Brasil S.A.

Podem sacar pacientes com câncer, para o tratamento do titular, de acordo com a Resolução nº1 de 15/10/96 do Conselho Diretor do Fundo de Participação do PIS-PASEP;

> O CONSELHO DIRETOR DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO PIS-PASEP, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 10 do Decreto nº 78.276, de 17 de agosto de 1976, e com fundamento na Lei nº 8.922, de 25 de julho de 1994, resolve:
>
> I - Autorizar a liberação do saldo das contas do Programa de Integração Social - PIS e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP ao titular quando ele próprio ou qualquer de seus dependentes for acometido de **neoplasia maligna.**
>
> [...]

1.2.8 Imposto de Renda - ISENÇÃO

É isento para a contribuição do imposto de renda, portadores das doenças elencadas no inciso XIV do artigo 6 da Lei 7.713/88, entre elas a neoplasia maligna, no que dispõe:

> Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
>
> […]
>
> XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, **neoplasia maligna**, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

1.2.9 Cirurgia de Reconstrução mamária gratuita

Apesar de ser uma garantia pouco conhecida, mulheres que houve uma ou ambas as mamas estropiado ou amputado por consequência de técnica de tratamento de câncer é beneficiada pela Lei 10.223/01, obrigando toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado que atue sobre planos ou seguros de saúde, a oferecer serviço de cirurgia plástica reparadora de mama. Pois, é uma situação que causa desequilíbrio psicológico, além de trazer danos à saúde da mulher.

> Art. 1º As mulheres que sofrerem mutilação total ou parcial de mama, decorrente de utilização de técnica de tratamento de câncer, têm direito a cirurgia plástica reconstrutiva.
>
> Art. 2º Cabe ao Sistema Único de Saúde - SUS, por meio de sua rede de unidades públicas ou conveniadas, prestar serviço de cirurgia plástica reconstrutiva de mama prevista no art. 1º, utilizando-se de todos os meios e técnicas necessárias.

1.2.10 medicamentos - Gratuidade

Outra garantia extremamente desconhecida para pacientes que sofrem de neoplasia maligna, no campo de ação da Política Nacional de Medicamentos, Portaria GM nº3. 916-98 foi organizada a Assistência Farmacêutica, realizada pelo Ministério da Saúde, destacando-se algumas atuações desta Política:

- Assistência Farmacêutica Básica;
- Medicamentos Estratégicos;
- Medicamentos Excepcionais;
- Medicamentos de Saúde Mental;

Essas e outras garantias e benefícios aos indivíduos que sofrem de câncer, desconhecidos pela sociedade, além do Estado não efetivá-las de maneira correta, tendo que o paciente procurar a justiça para conseguir um direito já expresso na Constituição Federal e Leis.

2 A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO PORTADOR DE CÂNCER

2.1 Sistema Único de Saúde (SUS)

Em se tratando de um direito intangível do ser humano como a saúde, merecendo obter proteção do Estado e a todos os indivíduos, devendo estar sempre incorporada às políticas públicas governamentais, assim sendo, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS).

Tal sistema é regido por três princípios, sendo eles:

- Universalização: a saúde sendo um direito de cidadania de todas as pessoas, e de responsabilidade do Estado atestar tal direito, dando o acesso a serviços e ações, para todos os indivíduos, independente de raça, sexo e outras particularidades que possam distingui-las.
- Equidade: neste princípio se faz presente à igualdade material, "tratando de forma desigual pessoas que se encontram em

condições desiguais, na medida e proporção de suas desigualdades." Com o objetivo de diminuir as diferenças acerca ao tratamento dado a cada um, visto que cada pessoa é tratada de acordo com o que mais necessita.

- Integralidade: tal princípio objetiva atender a todas as pessoas de forma completa, associando ações junto da promoção da saúde como prevenção de doenças, por exemplo, repercutindo assim de maneira positiva na qualidade de vida do paciente.

Como se pode notar, vivenciando tal conjuntura em todos os aspectos no Brasil, não é a realidade vivenciada hoje pelos enfermos que realizam tratamento pelo SUS. A falta de remédios e médicos põe em risco toda a ideia que o Sistema Único de Saúde oferece para todos os cidadãos. Além disso, o sistema particular de saúde cobra uma alta taxa de cada pessoa, assim o que deveria ser um direito garantido a todos, se torna assegurado apenas para aqueles que possuem uma boa renda financeira, deixando carente uma população de mais de 16 milhões de pessoas que vivem abaixo a linha da pobreza atualmente segundo uma pesquisa feita pelo IBGE.

A neoplasia maligna se encontra entre a principal causa de mortes em aproximadamente 10% dos municípios, com o crescimento de tal enfermidade, com isso começou a criação de políticas públicas para o combate do câncer, assim como a Política Nacional e Prevenção e Controle do Câncer (Portaria 874-2013) em que expõe o cuidado garantido ao enfermo sendo usuário na Rede de Atenção à Saúde de forma regional e sem a centralização, demonstrando que o tratamento da doença em questão será efetivado em estabelecimento hábil como Unidade de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON). Segundo o ministro da saúde Ricardo Barros, no Fórum Estadão Saúde realizada em São Paulo, cresce em 34% de pessoas que recorrem ao SUS para tratamento de câncer.

Muitos dos pacientes que sofrem de neoplasia maligna desconhecem a Lei 12.732/12, uma das mais importantes que conta com o auxílio do Estado ao tratar da doença, garantindo o direito de iniciar com o recurso terapêutico no máximo 60 dias após do diagnóstico da enfermidade. No entanto, tal Lei se mostra ineficaz após um estudo feito

pela Femama (Federação Brasileiras de Instituições Filantrópicas) relatar que 59 instituições de todas as regiões do país, 79% dos interrogados alega que não houve o repasse extra de recursos para a efetivação da Lei. A pesquisa também apontou dificuldades no início do tratamento com radioterapia, e que o tempo médio que o SUS aponta é de 100, além do que é oferecido. De acordo com tal instituição, diante da não aplicação da Lei, recorrer ao Ministério Público por intermédio de um requerimento comunicando o pedido de apoio no SUS.

> A PRESIDENTA DA REPÚPLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários, na forma desta Lei.
>
> Parágrafo único. A padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverá ser revista e republicada, e atualizada sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados.
>
> Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.
>
> § 1º Para efeito do cumprimento do prazo estipulado no caput, considerar-se-á efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna, com a realização de terapia cirúrgica ou com o início de radioterapia ou de quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica do caso.

O diagnóstico do câncer é algo extremamente impactante para qualquer indivíduo, não só apenas em sua vida, mas na de todos ao seu redor, principalmente aos familiares mais próximos. É capaz de

transformar psicologicamente e fisicamente qualquer pessoa, por mais estruturada que seja. Atualmente, vive-se o que se é chamado de "síndrome do câncer", supostamente uma situação causada pela mudança de hábito ocorrida nos últimos anos, com a vinda da globalização, avanço tecnológico, uso frequente de agrotóxicos, consumo maior de alimentos considerados prejudiciais para o corpo humano.

Tal conjuntura necessitou de uma atenção maior do Estado quanto ao combate da enfermidade, e além de todos os benefícios citados no capítulo I, também estão sendo acrescentados gradativamente direitos sobre a estética do paciente, com relação à doença. Um exemplo recente disso, é a Lei 13.770, que garante às mulheres vítimas de câncer de mama, uma cirurgia plástica reconstrutiva da mama em caso de deformação.

2.2 Vínculo entre o Direito à Saúde e o Sistema financeiro do Estado

No que tange ao custeio das seguridades sociais para efetivar o direito à saúde, o orçamento total deve assegurar todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal (saúde, educação, esporte etc.), José Marcos Domingues, 2014, a esse respeito, prega que os direitos sociais fundamentais devem ser respeitados pelo orçamento, e não serem postos em posição de subordinação material a ele.

Em virtude do argumento do Governo sobre a ausência de recursos financeiros para a efetivação da saúde pública, o Poder Judiciário tem se manifestado sobre a obrigação e dever do Estado arcar para garantir a todos o acesso à saúde pública. A título de exemplo, o STJ decidiu em 2103 na análise do recurso especial de nº 1.069.810 (relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), sobre o abastecimento de medicamentos determinou que compete ao Judiciário estabelecer medidas eficazes para a concretização do direito à saúde, como consta:

> Não se deve olvidar, também, a prevalência da tutela ao direito subjetivo à saúde sobre o interesse público, que, no caso, consubstancia-se na preservação da saúde da demandante com

> o fornecimento dos medicamentos adequados, em detrimento dos princípios do Direito Financeiro ou Administrativo.
>
> [...]
>
> Ora, a jurisprudência do STF tem enfatizado, reiteradamente, que o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo. É o que demonstrou o Min. Celso de Mello, em decisão proferida no RE 393.175, de 1/02/06.
>
> [...]
>
> [...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.
>
> [...]
>
> Nessa linha de entendimento, deve-se concluir que em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o da impenhorabilidade dos recursos da Fazenda, prevalece o primeiro sobre o segundo. (STJ. REsp 1069810/RS).

A judicialização da saúde é um fenômeno que vem crescendo, em face aos inúmeros litígios no Poder Judiciário com o objetivo da efetivação dos serviços de saúde ofertados pelo Estado não cumpridos, (BARROSO, 2011, p. 360):

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detri-

> mento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Atualmente, há uma multiplicação de tais demandas judiciais. Segundo uma pesquisa feita pelo Sistema da União, em 2011 houve em média 100.000 litígios individuais, em 2013 subiu para 368.000.

2.3 A integralização da Assistência em Saúde geral e ligada ao tratamento da neoplasia maligna

A integralização da assistência em saúde, na forma da Lei Orgânica da Saúde, quando o paciente procurar a rede pública de saúde, pela forma de entrada regular (artigo 9 do Decreto n. 7.508-11), em qualquer região de saúde, haverá um lugar para iniciar o tratamento com todo o cuidado e especialidade, sempre voltada para a prestação de serviço de responsabilidade do Estado.

Um dos princípios básicos do Sistema Único de Saúde está a integralidade, onde se refere a forma da organização dos serviços, envolvendo todos os profissionais, buscando a efetivação de um cuidado à saúde. Neste sentido, tal integralização, ora é vista como uma diretriz com previsão no artigo 198, inciso II da Constituição Federal:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
>
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

Ora é vista como um princípio, como consta o artigo 7º da Lei Orgânica da Saúde, onde se dá a reclassificação do artigo 198, II da Constituição Federal.

Quanto à classificação da doutrina, esta vem afirmando a existência de uma natureza híbrida na integralização. Sustentando, que e trata de um dos princípios mais importantes da saúde pública no Brasil, pois diz respeito a uma das atividades essenciais para a garantia dos direitos prevista na Constituição Federal.

A ideia do direito á todos e dever do Poder Público, na ótica da integralidade há limites ou os chamados "contornos jurídicos" que decorre da sistematização e sua organização quanto aos programas públicos do SUS. Estudos demonstram que o Poder Judiciário faz uma confusão com a integralização e o direito a qualquer serviço ligado à saúde. Pois, ao proferir sentença condenando o Governo a fornecer medicamentos que não são padronizados pelo SUS, desconsidera completamente se existe evidências científicas no que diz respeito a eficiência e segurança terapêutica.

Para verificar o conceito de atendimento integral, no ponto de vista jurídico, há de se levar em consideração a busca na legislação sanitária brasileira, no artigo 198, II da Constituição Federal, exposto acima, em que o Sistema Único de Saúde (SUS) presta por meio de "execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica", onde há suas organizações procedimentais técnicos-administrativos de políticas públicas por consequência do regime jurídico do SUS.

Uma das integralidades sistêmicas de mais sucesso desenvolvida no Brasil atualmente é a Política Nacional de Atenção Oncológica. Inaugurada pelas Portarias MS n. 2.439, de 8 de dezembro de 2005 e MS n. 741 de 19 de dezembro de 2005, e hoje é regulada pela Portaria MS n. 874 de 16 de maio de 2013. Tal política pública para o tratamento da neoplasia maligna, requer a disponibilidade de várias ações ligadas uma as outras, no mesmo lugar, sendo muitas delas com uma maior complexidade como por exemplo radioterapia, quimioterapia e etc. Para a garantia da segurança do paciente, este deve adentrar-se em algum dos hospitais habilitados pelo Ministério da Saúde, que são as Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON).

O conjunto de assistência oncológica integralizado nos hospitais habilitados pelo SUS, tem provocado um grande debate que acarretou dois consideráveis enunciados de interpretação, sendo um deles os UNACON-CACON e outro mais generalizado, ocorrido na I Jornada de Direito da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nos dois casos citados, a proposta é de que o juiz conceda o ingresso do paciente no SUS em caso de condenação.

Assim sendo, pode-se concluir que a integralização na assistência em saúde do Sistema Único de Saúde, (SUS), considera-se sistêmica ou regulada, em que pode ser estipulado um conjunto todo articulado e ininterrupto de serviços e ações públicos de saúde. Sendo construído por meio de pactuação interfederativa e a atuação da comunidade, para que assim possa garantir um atendimento totalmente seguro e completo.

3. CONCLUSÃO

Em suma, houve uma análise em torno da saúde pública, e o que a legislação brasileira trás em relação a direitos e garantias do paciente que possui neoplasia maligna (câncer), verificando o desconhecimento de tais direitos, e sendo ineficientes, tendo uma grande procura do Poder Judiciário para e efetividade das garantias previstas.

O câncer tornou-se uma doença temida por todos, pois com o avanço tecnológico, nossos hábitos alimentares foram afetados nos últimos anos, de maneira a prejudicar a saúde, aumentado assim o número de doenças graves, principalmente a neoplasia maligna, ocasionando nos últimos anos a chamada "síndrome do câncer".

Com o aumento de casos da enfermidade, houve um aumento também no poder público para a assistência no tratamento da doença, verificando o total descaso do Poder Público ao não conceder uma digna proteção em doenças graves em geral. Consequentemente, houve uma grande busca no Poder Judiciário para se valer dos direitos já garantidos e assegurados.

Portanto, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos tópicos principais da Constituição Federal, o Estado não tem propiciado a população uma vida digna, pois não concretiza o valor básico para a sobrevivência que é a saúde, enquanto pessoas de baixa renda morrem nos hospitais por falta de subsídios, outros de média e alta renda tem que pagar para se valer de uma saúde digna.

Em suma, o tema escolhido para o trabalho é de extrema importância, é uma problemática que começou há muitos anos, e que hoje em dia ainda não se vê uma solução plausível. Devendo o poder público concretizar todos os direitos e garantias concedidos, colocando

como prioridade a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana através de uma saúde pública digna.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASENSI, Felipe**. Direito e Saúde – Enfoques Interdisciplinares.** Juruá. 2013. p 504.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARBOSA, Antonieta. **Câncer Direito e Cidadania: Como a lei pode beneficiar pacientes e familiares.** São Paulo: GEN, 2017.

BRASIL. Lei nº9. 656, de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.** Brasília, DF, junho 1998.

BRASIL. Resolução nº 134, de 7 de dezembro de 2016. **Fixa o valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita**. Brasília, DF, dezembro 2016.

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À PAZ NO ÂMBITO JURÍDICO

Renato Zanolla Montefusco
Jamile Gonçalves Calissi

INTRODUÇÃO

Paz, a mais celebre definição é endereçada à época de Cícero (ABBAGNANO, 2007, p. 746). Em Filípicas (FbiL, p. 2, 44, 113) Cícero, filósofo helenístico eclético, preconizava *concordia*, *otium* e *bellum* como conceitos fundantes a uma percepção, um comportamento, e uma ideologia que se protrai no tempo. Nesse sentido, (i) *Concordia* representa a disposição harmônica entre as dimensões do poder da uma "res publica" e, através desta alcança-se o *consensus,* onde é assegurado o equilíbrio do direito; (ii) *Otium* estabelece a ausência de distúrbios políticos em âmbito interno, e; (iii) *Bellum* representa o conflito propriamente dito, em âmbito externo. Na visão de Cícero uma ação armada deveria ser justa, dosada com tratamentos sem crueldade com base no direito, sendo necessário reconhecer uma exigência moral de tratamento benevolente aos pares e a necessária reprovação à violência injustificada. Nesse sentido o pensamento ciceroniano constrói a ideologia do que seja Paz.

Ao se buscar um delineamento ideológico ao termo "paz" é necessário observar o ponto de vista etimológico, que sobremaneira contribui aos contornos que serão traçados no presente estudo. "*Pax*" pertence à família de palavras que derivam de (*pak*-) e (*pag*-), que guardam o significado de: (determinar, conjugar, retornar); (*pax*) conectado

com (*pango*), de forma diversa, cria significado de: (consertar, tornar seguro); entretanto, se conectado com (*pacisci*) seria entendido como: (concluir um pacto) e, por fim; atrelado a (*pacare*) denotaria a percepção de: (levar a um estado de paz), sugerindo uma ideologia de condição livre de conflitos e convergência de "vontades distintas". Portanto, "*pax"* poderia ser interpretada, dentre outras maneiras, como um acordo alcançado pelo estado. Podendo assumir a forma de aliança ou pacto de amizade (BARAZ, 2012, p. 13).

Como aludido, por ser uma percepção, um comportamento, uma ideologia que transcende ao tempo, a expressão "paz" de acordo com o contexto histórico; social; político; econômico, quiçá religioso assume contornos peculiares a cada período histórico cortejado. Nesse interim, torna-se uma temática que traduz complexidade em sua abordagem. Expor pensamentos tais como os de Cícero, Hobbes e Kant demonstra a sutil convergência de ideias em prol ao que hoje é tutelado como direito fundamental à paz.

Em tempo, marcos temporais e regulatórios espelham momentos expoentes à Paz, que serão expostos no decorrer do presente estudo, entrementes: (i) Westfalia (1648), após a Guerra religiosa dos 30 anos, o primeiro conjunto de documentos que inaugurou o sistema internacional moderno culminando no icônico Tratado de Paz, além de estabelecer também breves noções e princípios sobre soberania nacional e estado-nação; (ii) Viena (1815), importante conferência entre embaixadores das maiores potencias europeias, com o afã de redesenhar o mapa político europeu e a restauração das famílias destronadas após derrota da França napoleônica; (iii) Versalhes (1919), tratado de paz firmado entre as potencias europeias que pôs fim a I Guerra Mundial são marcos cortejados.

Mas o fato é que os apontamentos regulatórios acima consignados não são únicos. O séc. XX é muito profícuo em termos de celebração de Paz entre Estados-nações. Será observado o surgimento e declínio da Liga das Nações para, somente então, surgir no cenário mundial a Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização internacional formada por países "voluntariamente reunidos" para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial, pois a sociedade internacional

era carente de uma organização que pudesse tutelar a paz e os demais direitos inerentes à humanidade. A organização internacional que fomentaria, regularia e salvaguardaria os direitos e garantias fundamentais tomava forma.

No contexto acima, diante a atuação da ONU, importantes documentos com previsão do direito fundamental à paz foram expostos à humanidade. A Carta das Nações Unidas; Cartas Internacionais do Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Tratado de Não Proliferação Nuclear; Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz são exemplos. Somam-se a esse rol, também, a importância da atuação do Conselho de Segurança da ONU, bem como, as missões de Paz da ONU.

Tutelar o direito fundamental a Paz, além de enraizado numa percepção histórica-internacional, floresceu numa construção jurídico-política de importância Ímpar a humanidade. Entender Paz como um direito humano é reconhecer, na contemporaneidade, valores intangíveis galgados pelo amadurecimento do ser em sua razão e consciência, conforme disposto no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que afirma todo ser humano livre e igual em dignidade e direitos, pois são dotados de razão e consciência devendo agir com espírito de fraternidade.

1. A CONSTRUÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PAZ

Os direitos humanos são uma construção histórico-internacional, resultado de um processo dialético de construção, desconstrução e reconstrução de agregação de valores fundamentais à condição humana (KROHLING, 2009, p. 44).

O século XX, sobretudo após as duas grandes guerras, ofertou ao mundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o fortalecimento do direito internacional, de modo a compensar as décadas perdidas com as violações de direitos humanos e, ao ganhar força histórica, gerou a afirmação dos direitos humanos como uma conquista definitiva (HOBSBAWM, 1995).

Evocatório do direito natural, os direitos humanos têm por fundamento a ideia jusnaturalista de moral universal, afeita ao direito internacional e, por isso mesmo, presentes nos tratados internacionais.

Em um processo de transformação jurídica, o termo "direitos humanos" transita do ambiente da língua inglesa (*human rights*) utilizado no direito internacional, para um ambiente alemão que o redenomina de "direitos fundamentais" (*grundrechte*) e o insere no rol de direitos positivados (e internalizados) das Constituições (bloco de constitucionalidade) (ROTHENBURG, 2014, p. 53-54).

O direito fundamental à paz, a exemplo dos direitos humanos, também é resultado de uma construção histórica e internacional.

Tendo como marco histórico os Tratados de Westfália (1648), o direito fundamental à paz é hoje, corolário de proteção da dignidade humana.

O mundo era uma efervescência política e religiosa nos séculos XVI e XVII, e a religião foi o estopim da Guerra dos trinta anos (1618 – 1648) n Europa. Na Europa medieval, a Igreja Católica Romana tinha um poder quase que supremo. Dividindo o protagonismo, havia o Sacro Império Romano. Este era formado por inúmeros Estados, ocupando a área que hoje corresponde aos territórios da Alemanha, Áustria, República Tcheca, Suíça, Países Baixos, e partes de França e Itália. Cada Estado era governado por um príncipe, que devia obediência ao Imperador, este era católico-romano e respeitava a vontade papal. Ou seja, se impôs um cenário onde a Igreja tinha em verdade o controle do Império e consequentemente de grandiosa parte da Europa.

Tamanho poder da Igreja Católica Romana, em nada agradava a maioria dos soberanos, que em realidade, não tinham um verdadeiro poder de decisão sobre as questões de seus Estados. Propício era o momento para o surgimento de novas vertentes do cristianismo, eis que surgiram o calvinismo e o luteranismo, que se contrapunham ao modelo até então implantado, e ambas as correntes, cada uma a sua forma, pensavam a Igreja fora do epicentro do poder.

Os Estados logo estavam divididos entre as vertentes religiosas e os confrontos foram inevitáveis. Porém o estopim para a Guerra dos Trinta Anos viria em 23 de maio de 1618, em Praga, quando dois representantes do imperador e um secretário foram jogados de uma jane-

la do castelo de *Hradchin*, quando decidiram encerrar uma assembleia dos estados do reino da Boêmia e fechar duas igrejas protestantes. A tensão, em grande parte religiosa, era insustentável, assim teve início a Guerra dos Trinta Anos, envolvendo direta ou indiretamente, quase toda a Europa.

A guerra avançava anos à fio, sem grandes vantagens para qualquer um dos envolvidos, a Europa estava destruída. Até que com as iniciativas do imperador do Sacro Império Romano, Ferdinando III, o rei da França, Luís XIII e a rainha da Suécia, Cristina, as negociações pela paz foram iniciadas. Para as tratativas, foram escolhidas as cidades de Osnabrück e Münster, ambas na província alemã de Westfália, em território do Império, ficando as duas cidades a meio caminho das capitais francesa e suíça. As negociações se sucederam por cinco anos, com os católicos reunidos em Münster e os protestantes em Osnabrück.

Após 5 anos de tratativas e negociações, enquanto a guerra seguia, finalmente foi selada a Paz de Westfália. Em verdade, constitui uma série de tratados que selaram a paz e modificaram territórios.

Dois séculos depois, o Congresso de Viena (1814-1815), realizou conferência entre embaixadores das grandes potências europeias da época, que na cidade de Viena, capital austríaca, discutiram e redesenharam o mapa político europeu após a derrota de Napoleão e sua França, promovendo a continuidade da paz já discutida em Westfália, principalmente, no tocante a não intervenção dos Estados, bem como a tentativa de se estabelecer um equilíbrio entre as potências, de modo que nenhuma delas pudesse se sobrepor às demais.

O Congresso de Viena foi um acontecimento que fez Viena efervescer durante sua realização. Assim, "[...]Entre a abertura do Congresso, no final de setembro de 1814, e a sua conclusão, em junho de 1815, Viena vibrou sem parar na atmosfera elétrica dos bailes, jantares, concertos, recepções, fofocas e fuxicos" (MAGNOLI, 2008, p. 98).

As decisões consideradas de grande calibre, foram discutidas e efetivamente decididas informalmente pelas 5 grandes potências europeias à época, Grã-Bretanha, Rússia, Prússia, Áustria e França. Outras decisões secundárias foram discutidas e efetivadas por outras nações, que naquele momento tinham menor expressão no cenário europeu.

Em verdade, o Congresso de Viena teve apenas uma sessão plenária, referente à cerimônia de assinatura do chamado Ato Final, ocorrida em 09 de junho de 1815 (MAGNOLI, 2008, p. 97-98).

As tratativas foram turbulentas e cheias de reviravoltas, pois a Prússia e a Rússia tinham interesses em anexar territórios, a Áustria não queria se enfraquecer na região germânica, além de procurar o equilíbrio entre os estados, a França, com o habilidoso *Talleyrand*, tentava minimizar suas perdas territoriais e patrimoniais o máximo possível, e por fim, a Grã-Bretanha partiu pela busca do equilíbrio de forma muito aberta, franca e insistente, com *Castlereagh* à frente de missão.

Merece destaque o posicionamento de *Castlereagh*, que apresentou um pensamento moderado e equilibrado como parâmetro e princípio. Sem a busca pelo equilíbrio entre os estados, seria impossível que o Congresso de Viena tomasse os rumos que tomou e tivesse a importância que tem na construção da paz internacional como a conhecemos.

Assim, a paz como consequência chegou com assinatura do Tratado de Paris em 30 de maio de 1814, que ainda estabelecia indenizações pagas pelos franceses aos vencedores.

Já no início do século XX, uma grande e geral guerra assolou o mundo. Conhecida hoje como Primeira Guerra Mundial, o conflito que oficialmente ocorreu entre 28 de julho de 1914 e 11 de novembro de 1918, foi devastador e era, até então, a maior e mais assoladora guerra da história da humanidade.

Em decorrência disso, o Tratado de Versalhes consistiu no acordo pactuado entre os participantes da Primeira Guerra Mundial, em 28 de junho de 1919. Nele, além de pactuada a paz, foi, também, imputada à Alemanha a responsabilidade pela eclosão da guerra, assim como a ela foram impostas pesadas sanções, como pagamento de multas aos vencedores, perda de territórios e limitação de seu poderio militar, além de aceitar a imputação da culpa para si, através do Artigo 231 do Tratado de Versalhes.

As sanções impostas à Alemanha foram pesadas, razão pela qual a paz conquistada pelo Tratado de Versalhes foi considerada por mui-

tos, um verdadeiro instrumento de vingança, além de responsável pela eclosão, anos mais tarde, de um conflito ainda maior e mais devastador, a Segunda Guerra Mundial (ARARIPE, 2008, p. 232-233).

O presidente americano à época, *Thomas Woodrow Wilson*, foi figura presente nas negociações do Tratado de Versalhes, com ideias arrojadas, destacando-se os "Catorze Pontos de Wilson" que, em geral, atribuía a política exterior como lugar que necessitava de princípios éticos, de negociações ao invés de guerra. Ele foi o idealizador da chamada da Liga das Nações (LDN), fruto de seu "décimo quarto ponto" (ARARIPE, 2008, p. 213-215).

Wilson tinha em mente uma ideia de paz em que um organismo internacional salvaguardaria as garantias mútuas de independência política e integridade territorial tanto aos pequenos como aos grandes estados. Apesar de criada, a Liga das Nações nunca conseguiu de fato ser o que o presidente americano idealizava, tendo em vista a sua incapacidade para conter as instabilidades e os desejos e interesses personalistas dos estados mundo afora.

Em 1923, os franceses invadiram a região alemã da Renânia, cobrando reparações de guerra e desconsiderando as tratativas na Liga das Nações.

Em 1931, o Japão invadiu a Manchúria, o que o fez abandonar a Liga das Nações.

A Itália invadiu a Abissínia em 1935, já a União Soviética, invadiu a Finlândia em 1939. A Segunda Guerra Mundial estava batendo às portas, e o resultado direto disso foi o fracasso da Liga das Nações.

Nem o Tratado de Versalhes, nem a Liga das Nações foram suficientes para a manutenção da paz. Outrossim, essa impotência deu aos ultra nacionalistas captaniados por Adolf Hitler boa parte da munição de que necessitavam para chegar ao poder na Alemanha, e posteriormente, começar sua cruzada de ódio e terror contra outras raças e minorias, em especial os judeus.

Ao ascender ao poder na Alemanha em 14 de outubro de 1933, Hitler e sua nova Alemanha abandonaram a Liga das Nações. Esta, incapaz de conter o conflito que viria a ser conhecido com a Segunda Guerra Mundial, teve seu fim decretado em 20 de abril de 1946, dando

espaço para a criação, pouco mais de um ano depois, em 24 de outubro de 1945, da Organização das Nações Unidas.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU), é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e desenvolvimento mundial.

No fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo precisava de uma organização que pudesse tutelar a paz e os demais direitos inerentes à humanidade. A Liga das Nações se mostrou ineficaz na missão de evitar confrontos bélicos internacionais.

Todavia, antes mesmo da ONU, e durante a Segunda Guerra Mundial, já se desenvolvia um o pensamento de um novo conglomerado de nações que pudesse assumir o papel da Liga das Nações. Nesse ínterim, alguns momentos se destacaram por preconizar princípios incorporados posteriormente pela ONU, ou ainda por evidenciarem a intenção de criar uma organização internacional nos moldes da ONU.

A Carta do Atlântico, assinada por Estados Unidos e Grã-Bretanha em agosto de 1941, já trazia alguns direitos e garantias. A guerra, até então, era apenas britânica, pois os americanos ainda não haviam sido atacados em Pearl Harbor, assim não estavam mergulhados ainda no conflito.

Conforme a guerra avançava, surgiram outros momentos que deram origem à ONU, quase que como raízes. Um desses momentos, ocorreu em 1 de janeiro de 1942, em Washington, Estados Unidos. A assinatura da Declaração das Nações Unidas, fez com que ganhasse força o discurso do presidente americano Roosevelt, que já havia sido consagrado na Carta do Atlântico. Agora, os princípios de Roosevelt ganhavam novos adeptos (XAVIER, 2007, p. 28).

Pouco a pouco, uma organização internacional que fomentaria, regularia e salvaguardaria os direitos e garantias fundamentais tomava forma. A ONU ainda não existia, mas seus pilares estavam cada vez mais consolidados. Os anos de 1943, 1944 e 1945 foram fundamentais, não só para o desfecho da guerra, mas para a criação da ONU. As Conferências de Moscou e Teerã em 1943, de Dumbarton Oaks em 1944 e Yalta em 1945, foram essenciais para o nascimento da organização. Nelas, foram discutidos princípios e propostas para a organização.

Em 28 de novembro de 1943, Teerã, capital do Irã, foi palco para o encontro dos líderes das três maiores nações aliadas, o presidente americano Franklin Delano Roosevelt, o primeiro-ministro britânico Winston Churchill e o primeiro-ministro da União Soviética, Josef Stalin. Teerã foi escolhida por exigência de Stalin, que a considerava um território mais seguro para a reunião. Entre os assuntos em pauta estava a possibilidade de criação da ONU, no encontro "[...]Stalin ouviu de Roosevelt em Teerã a ideia da fundação das "Nações Unidas", com um comitê de policiamento composto pelos Três Grandes, mais a China[...]" (WAACK, 2008, p. 273).

Já em 1945, ocorreram as conferências de Yalta, também chamada de Convenção da Criméia, na Ucrânia de 04 à 11 de fevereiro de 1945, e Potsdam, na Alemanha, de 17 de julho à 02 de agosto de 1945. Nelas, algumas questões específicas foram acertadas. Basicamente, a Alemanha seria repartida, assim enfraquecida. Uma parte oriental, outra, ocidental. Viria o muro de Berlim, que até 1989 dividiu as Alemanhas. Ao final da Guerra, o mundo tem duas grandes potências, totalmente contrárias entre si, Estados Unidos e União Soviética.

Mesmo com tais acontecimentos, a necessidade de se criar uma organização internacional nos moldes da ONU persistia. Assim, de 25 de abril de 1945 à 26 de junho de 1945, ocorreu a Conferência de São Francisco, em São Francisco, Estados Unidos. Nela, fora assinada a Carta das Nações Unidas.

A primeira reunião da ONU se daria em 24 de Outubro de 1945, data reconhecida como a de sua fundação. A estrutura da ONU estava se formando, mesmo com os percalços políticos, em especial a bipolarização entre Estados Unidos e União Soviética. Era hora de a organização assumir seu papel de guardiã da paz internacional.

Com a ONU, vieram os documentos com previsão do direito fundamental à paz. Trata-se da Carta das Nações Unidas, Cartas Internacionais do Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Tratado de Não Proliferação Nuclear, Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz. Soma-se a esse rol, também, a importância da

atuação do Conselho de Segurança da ONU, bem como, as missões de Paz da ONU.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PAZ

Há uma complexidade em se abordar o direito fundamental à paz, contudo, a tarefa se mostra de delicada transposição por ser de relevância para se estabelecer os contornos jurídicos que fundamentam o tema.

De modo diferente do que a maioria doutrinária expõe, o direito fundamental à paz aqui será tratado a partir de uma concepção de direito fundamental de quinta dimensão (e não de terceira dimensão) e direito supremo da humanidade (BONAVIDES, 2014).

Importante mencionar que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, correspondem, respectivamente aos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, preconizados pela Revolução Francesa, que foram ganhando materialidade com o decorrer do tempo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os relativos à liberdade, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e materializados pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Além da liberdade, o direito à vida, à propriedade e à participação política também fazem parte dessa categoria de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os sintetizadores da igualdade. Correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, frutos de construções jurídicas do início do século XX, como a constituição alemã de Weimar (1919). Com efeito, alcançaram o plano internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, materializada Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão, os fraternais, que correspondem ao direito ao desenvolvimento, ao direito ao meio ambiente, ao direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, bem como ao direito de comunicação.

E, por fim, os chamados direitos fundamentais de quarta dimensão, correspondentes aos direitos relacionados à engenharia genética e

patrimônio genético de cada indivíduo (BOBBIO, 2014, p. 9), ou ainda, correspondentes à globalização política, sendo o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2004, p. 571).

Por oportuno, faz-se necessária a informação de que inicialmente o jurista Karel Vasak denominou de gerações os três grupos de direitos fundamentais, classificando o direito à paz na terceira geração. Posteriormente, o termo geração foi substituído por dimensão e aos três grupos iniciais, somaram-se outros grupos, por exemplo, alguns autores já fazem referência a uma sexta dimensão, referente ao direito fundamental de acesso à água potável (FACHIN, 2015).

Contudo, em função de uma suposta mal alocação do tema, tem-se que a sua consideração passou a ser superficial e vaga entre os demais direitos acondicionados na terceira dimensão.

Nesse sentido, o direito fundamental à paz caiu em um esquecimento injusto por obra talvez da menção ligeira, superficial, um tanto vaga e perdida entre os direitos da terceira dimensão que sobrepujou em seu rol o direito ao desenvolvimento (BONAVIDES, 2014).

Com o direito ao desenvolvimento, de terceira dimensão, capitaneando os demais direitos contidos naquele rol, o direito à paz ficou relegado a uma posição subsidiária que não condiz com sua importância. Assim, em função disso, a sua alocação a uma dimensão própria demonstra uma metodologia nova e mais apropriada à profundidade do tema.

Outrossim, o paralelo baseado em liberdade (primeira dimensão), igualdade (segunda dimensão), fraternidade (terceira dimensão) e democracia (quarta dimensão) ganhou uma nova categoria capitaneada pela paz (quinta dimensão).

Com o objetivo de superar a obscuridade em busca de visibilidade, o direito fundamental à paz, alçado à sua própria dimensão, tornou-se pilar de uma proposta de direito supremo da humanidade, registrada na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, adotada pela Assembleia Geral da ONU na Resolução 39/11 de 12 de novembro de 1984.

Nesse sentido, pontuando direito fundamental à paz como um direito sagrado contrário à guerra e pressuposto para a realização total do

bem estar material, o florescimento e o progresso dos países, e a realização dos direitos e das liberdades fundamentais, o documento propôs, sobretudo, o direito sagrado à paz.

Trata-se de um direito de fomento de civilidade baseado em dignidade jurídica que "[...] deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos" (BONAVIDES, 2014).

Além de um lugar de destaque reservado no plano internacional, o direito fundamental à paz também deve ser observado no plano nacional, internalizado nas cláusulas constitucionais (BONAVIDES, 2014).

As Constituições contemporâneas, aliás, têm papel predominante no reconhecimento do direito fundamental à paz, atribuindo a ele o máximo de juridicidade para conservar a dignidade da pessoa humana.

Desde Kant que estabeleceu o estudo de estruturas jurídicas institucionais que garantissem a paz (paz perpétua), e Rosseau, para quem a paz era um direito natural, em estado de natureza no contrato social, a paz deve ser considerada um direito supremo da humanidade.

A paz, por suprema, especialmente no âmbito internacional, jamais deve ser violada. Com efeito, aquele que a violar, cometerá crime contra a sociedade humana. Esse é o sentido mais profundo do direito à paz, pois os valores acima são inerentes ao ser humano. São ainda, base para a construção de uma sociedade mais justa, posto que é fim e regra, para o e concretização da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

A Carta das Nações Unidas, elaborada na Conferência de São Francisco, ocorrida entre 25 de abril e 26 de junho de 1945, e que fundou a ONU, já deixava claro a prática da tolerância e a paz como corolários da humanidade.

A partir da criação da ONU, a paz passa a ser um propósito a ser atingido por todos.

Em 10 de dezembro de 1948, surgia a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com seus 30 artigos e grande importância, justamente por ressaltar direitos e garantias inerentes à humanidade, trazendo a pessoa humana como sujeito do Direito Internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, é bastante abrangente, trazendo em seu escopo, garantias e liberdades que hoje são consideradas absolutamente necessárias, justamente por fundamentais para o desenvolvimento digno da pessoa humana. Tratou em especial de direitos de primeira e segunda dimensões.

Em seu preâmbulo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, preconiza que "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]·

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966 entrou em vigor em 23 de março de 1976, quando foi atingido o número mínimo de adesões (35 Estados).

A intenção do mencionado Pacto foi trazer à baila de forma pormenorizada aquilo que já estava insculpido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, detalhando e moldando os Direitos Civis e Políticos, além de tornar obrigatória, para seus signatários, esforços para cumprir o pacto. Assim, fortalece toda a amálgama dos Direitos Humanos de primeira dimensão.

Basicamente, traz em seu escopo, o direito à vida; o direito à igualdade; o direito à liberdade; o direito da igualdade de direitos entre homens e mulheres; a proibição da tortura e penas cruéis; as garantias de tratamento humanitário e digno às pessoas presas; a proibição de prisão por não cumprimento de obrigação contratual; o direito à justiça; o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; o direito à liberdade de expressão; e por fim, os direitos políticos e de associação.

Há ainda dois protocolos facultativos referentes ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O primeiro entrou em vigor em 23 de março de 1976, junto com o próprio "pacto", ao alcançar as dez assinaturas necessárias, e acresce um mecanismo de petições voltado para indivíduos que se afirmem vítimas de violações dos direitos preconizados no "pacto". O segundo protocolo facultativo, alcançou as dez assinaturas necessárias em 11 de julho de 1991, e versa sobre a vedação à pena de morte.

Vale dizer, que o Pacto não exaure toda a matéria inerente aos direitos fundamentais de primeira dimensão, visto ser um leque muito

amplo. Nesse sentido, exemplos de documentos emanados da ONU que reforçam, complementam e regulam direitos elencados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, são a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, foi pactuado pelos Estados soberanos no sentido de tutelar os direitos fundamentais de segunda dimensão de forma mais aprofundada do que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, sendo que entrou em vigor de 03 de janeiro de 1976.

O Pacto estabelece a obrigatoriedade aos seus signatários no que tange aos direitos fundamentais de 2 dimensão. Com efeito, aqui, fala-se, entre outros, do Direito ao trabalho, do Direito à liberdade de associação sindical, Direito à previdência social, Direito à alimentação, Direito à moradia, Direito à educação, Direito à cultura, Direito ao progresso científico, Direito à saúde, os quais devem ser implementados progressivamente e de acordo com a disponibilidade de recursos de cada país, de acordo com o artigo 2º do "pacto".

Existe ainda, um protocolo facultativo do ano de 2008 que trata de um sistema de petições, medidas cautelares e procedimento investigativo.

Por fim, o Tratado de Não Proliferação Nuclear, que nasceu para regular os artefatos nucleares. Sua necessidade era evidente no mundo pós Segunda Guerra Mundial e de Guerra Fria. Assim, após anos de impasse, foi assinado em 1968, e entrou em vigor em 1970. O Tratado é composto de preâmbulo e mais onze artigos, no qual destaca o perigo das armas nucleares para a humanidade e estabelece sua intenção proibitória quanto à pesquisas nucleares para fins não pacíficos, deixando clara a necessidade de cessar os testes de explosão nuclear, e a trazendo a intenção de desarmamento amplo em todo o mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Poder e interesses políticos sempre permearam os tratados de paz até então, com maior ou menor intensidade, assim como regem qual-

quer tipo de relação humana espelhando uma patologia inerente. Foi evidenciado que Westfalia (1648), Viena (1815), Versalhes (1919), Liga das Nações (1920), Organização das Nações Unidas e Conselho de Segurança (1945) como expoentes daquela patologia, pois o Direito a Paz tornou-se fundamento essencial à humanidade contemporânea. Entretanto, a ideologia se protrai no tempo sendo Cícero um expoente eclético do período helenístico.

O direito à paz foi exposto e alocado adequadamente em sua dimensão, pois foi tratado a partir da concepção de ser um direito fundamental de quinta dimensão, ou seja, um direito supremo da humanidade e não como um direito fundamental de terceira dimensão. Para tanto, foram expostos os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões e princípios inerentes a estas, quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade além de necessária exposição de motivos para a devida alocação do direito à paz na quinta dimensão.

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e materializados pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos expõem além da liberdade; a vida, a propriedade e à participação política. Os de segunda dimensão são os sintetizadores da igualdade e correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, frutos de construções jurídicas do início do século XX que alcançaram o plano internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, materializada Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais. Os de terceira dimensão, os fraternais, que correspondem ao direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, bem como ao direito de comunicação.

Restou, ainda, evidenciado os chamados direitos fundamentais de quarta dimensão, correspondentes aos direitos relacionados à engenharia genética e patrimônio genético de cada indivíduo e os correspondentes à globalização política, sendo expoentes os direitos à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. E, por fim, nova categoria capitaneada pela paz (quinta dimensão).

Portanto, o direito fundamental a paz é um direito de fomento de civilidade baseado em dignidade jurídica que, como aludido, deriva do

reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. E, nesse diapasão, em breve conclusão, observou-se o importante papel das Constituições contemporâneas que, de forma predominante, reconhecem o direito fundamental à paz, atribuindo a ele o máximo de juridicidade para conservar a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARARIPE, Luiz de Alencar. Tratado de Versalhes (1919). In: MAGNOLI, Demétrio (org). História da Paz. São Paulo: Contexto, 2008.

BARAZ, Yelena. A written republic: Cicero's philosophical politics. Princeton: Princeton University Press, 2012.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. Direitos Fundamentais & Justiça: Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, v.3 abr./jun. 2008. Disponível em: < http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2020.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS E ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf> Acesso em: 15 jun 2020.

CÍCERO. Filípicas. Trad. Juan Bautista Calvo. Barcelona: Planeta, 1994.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. p. 2 Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 15 jun. 2020.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7 ed . Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Pau HOBSBAWM, Eric. A era dos extremos. O breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.lo: Abril, 1979.

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2004 (Textos Filosóficos).

KROHLING, Aloísio. Direitos humanos fundamentais. Diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

LAFER, Celso. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). In: MAGNOLI, Demétrio (org). História da Paz. São Paulo: Contexto, 2008.

MAGNOLI, Demétrio. Congresso de Viena (1814-1815). In: MAGNOLI, Demétrio (org). História da Paz. São Paulo: Contexto, 2008.

ONU. Declaração universal dos direitos do homem. Disponível em https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 10 de jul. 2020.

ROMANO, Roberto. Paz da Westafália (1648). In: MAGNOLI, Demétrio (org). História da Paz. São Paulo: Contexto, 2008

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

WAACK, William. Conferências de Yalta e Potsdam (1945). In: MAGNOLI, Demétrio (org). História da Paz. São Paulo: Contexto, 2008.

XAVIER, Ana Isabel. ONU: A organização das nações unidas. In: XAVIER, Ana Isabel et al. A Organização das Nações Unidas. Coimbra: Humana Global, 2007.

O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Suzy Sousa
Armin Mathis

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é explorar a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito e seu reflexo sobre o acesso pleno à justiça. Para tanto, explorar-se-á a acepção de acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa e os conceitos do princípio da igualdade, apresentando sua positivação no ordenamento jurídico pátrio como um verdadeiro direito fundamental, sempre com vistas à realidade por meio de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz.

Os fundamentos teóricos se apoiam nos constructos de Cappelletti e Garth (1988), mormente nas premissas encontradas na obra Acesso à Justiça, na qual os autores lançam luz ao fato que o acesso efetivo à Justiça, entendido tanto como o acesso dos indivíduos ao Poder Judiciário, como a resposta Estatal vocacionada a surtir efeitos concretos individual e socialmente justos.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito foi uma grande mudança de paradigma que absorveu as conquistas do Estado Liberal e do Estado

Social, atrelando, em síntese, as conquistas democráticas às garantias jurídico-legais e à preocupação social. (MORALLES, 2006; BONAVIDES, 2007; RODRIGUES, 2010; SILVA, 2011; STRECK; MORAIS, 2014).

Do Estado Liberal absorveu o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes do Estado, caracterizado pela divisão do Poder nas funções legislativa, executiva e judiciária. Estes princípios promoveram importantes mecanismos de controle do poder estatal (MORALLES, 2006; BONAVIDES, 2007). O liberalismo gerou mudanças fundamentais na estrutura da sociedade moderna e surgiu a partir da eclosão das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, dentre as quais, a Revolução Francesa, quando a busca de limitação para atuação do Estado Absolutista culminou na construção de novos conceitos para o Direito e para o princípio da igualdade (MORALLES, 2006; BONAVIDES, 2007; RODRIGUES, 2010).

Além da proteção dada aos indivíduos, as limitações impostas ao poder do soberano objetivavam a criação de um mercado autorregulado, imune à interferência estatal. Assim, o liberalismo econômico atrelado ao liberalismo jurídico, sob a concepção de lei "geral e abstrata", deu ao Estado Liberal as bases para atribuir segurança jurídica às trocas mercantis e assegurou à iniciativa privada a realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa. O Direito foi posto à disposição da liberalização econômica, criaram-se institutos como negócio jurídico e contrato, elevando a liberdade contratual. (BONAVIDES, 2007; RODRIGUES, 2010; MORAES, 2014).

A liberdade, da maneira que foi conduzida no Estado Liberal, expôs ao domínio econômico dos poderosos os fracos e, sob a chancela da liberdade formal corroborada pela jurisprudência constitucional ocidental, restava aos pobres "tão-somente a liberdade de morrer de fome" (VIERKANDT apud BONAVIDES, 2007, p. 61). A liberdade contratual submeteu empregados à espoliação do trabalho e exploração econômica, por ignorar o fato de que os homens não estavam dotados de igual capacidade. A igualdade do liberalismo se propôs a encobrir as desigualdades de fato: políticas, econômicas, sociais e pessoais. (BONAVIDES, 2007).

Em reação ao quadro gerado pelo liberalismo burguês, nasce o esforço para conectar a liberdade humana aos ideais de justiça social e econômica, fortalecendo a ideia do Estado Social (MORALLES, 2006; BONAVIDES, 2007). Embora não se confunda com o Estado socialista, o Estado social com este coexiste e é marcado pelo intervencionismo, paternalismo e patronagem, requerendo sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais. (BONAVIDES, 2007).

A Revolução Russa de 1917 promoveu o socialismo, afirmando os direitos sociais e a igualdade entre todos e deu origem ao Estado Social no ocidente. (BONAVIDES, 2007; RODRIGUES, 2010). No México, a Constituição de 1917, pela primeira vez, consagrou direitos sociais, trabalhistas e de previdência social, desmercantilizando o trabalho, além de estabelecer que a propriedade privada estaria condicionada ao cumprimento de sua função social. (RODRIGUES, 2010).

Na Alemanha, a Constituição de Weimar de 1919, inaugurou o Estado Social naquele país, instituiu o sistema republicano, passou a observar o princípio da dignidade humana na promoção de políticas econômicas, afirmou a igualdade, inclusive a igualdade de direitos entre homens e mulheres, entre os filhos legítimos e aqueles tidos como ilegítimos, além de constitucionalizar direitos trabalhistas e previdenciários. (RODRIGUES, 2010).

Contudo, a feição social do capitalismo no Estado Social foi incapaz de impedir o surgimento de Estados totalitários, assim que o Estado Democrático de Direito nasce com o intuito de conjugar os ideais de uma sociedade livre, justa e solidária, que conte com a participação popular nos centros de Poder a legitimar as ordens política, econômica, social e jurídica (MORALLES, 2006; SOUZA, 2017).

Ao assumir o feitio democrático, o Estado de Direito acrescenta à legalidade liberal um conteúdo social, buscando, contudo, a efetiva concretização da igualdade, através da realização, por seu intermédio, de intervenções que impliquem diretamente na alteração de condições sociais desfavoráveis. Deste modo, diferentemente dos modelos anteriores nos quais o fim almejado era a adaptação à ordem estabelecida, o Estado Democrático de Direito referenda a pretensão à transformação do *status quo*, objetivando a igualdade e dando a esta uma nova feição,

pois lança luz às contradições decorrentes da diversidade socioeconômica, mostrando falacioso o princípio da isonomia formal diante da lei (STRECK; MORAIS, 2014). A igualdade adquire, aqui, caráter inclusivo e ativo, promovendo o espaço de discussão e participação democrática, possibilitando o pleno exercício da autonomia política dos cidadãos, que passam a ser considerados coautores dos processos políticos do Estado (RODRIGUES, 2010).

De acordo com Streck, Morais (2014), os princípios do Estado Democrático de Direito são: constitucionalidade, que consiste na vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; organização democrática da sociedade; sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, assegurando aos homens a autonomia perante os poderes públicos, respeitando a dignidade da pessoa humana e empenhando-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; igualdade como articulação de uma sociedade justa e não apenas como possibilidade formal; divisão de poderes ou de funções; legalidade; e segurança e certeza jurídicas.

A Constituição Federal Brasileira (CF/88) adota, em seu art. 1º, o modelo de Estado Democrático de Direito, buscando, dentre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover a integração da sociedade nacional com a transformação das estruturas econômicas e sociais por meio do fortalecimento das instituições democráticas e da participação dos cidadãos nos centros de poder. (RODRIGUES, 2010; STRECK; MORAIS, 2014).

1.1 Função Jurisdicional no Estado Democrático de Direito

Com as reformas advindas com o *welfare state*, o direito ao acesso efetivo à justiça recebe atenção à medida em que estas reformas instrumentalizam os indivíduos de novos direitos substantivos e o acesso à justiça passa a ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário que pretenda garantir efetivamente os direitos de todos. (TAVARES, 2018).

A partir da perspectiva da consagração dos valores defendidos pelo Estado Democrático de Direito, a jurisdição assume lugar para efetivação da igualdade material e dos valores políticos, econômicos e sociais. Essa nova visão confere três planos nos quais a função jurisdicional irá atuar: jurídico, social e político. (MORALLES, 2006).

O escopo jurídico por muito tempo foi considerado como a única finalidade da atuação jurisdicional do Estado, uma vez que ao aplicar a lei ao caso concreto, o Estado, por meio da substituição da vontade das partes e por meio da atuação de órgãos públicos imparciais, afirma a existência da lei, pacifica com justiça e impõe sua autoridade. Ao pacificar os conflitos por intermédio da prestação jurisdicional, o Estado realiza o escopo social da jurisdição, considerado o principal objetivo - a paz social -, e a imperatividade das decisões proferidas representa o escopo político. (MORALLES, 2006; GONÇALVES, 2014).

No Brasil, a CF/88 estabelece os detalhes do Poder Judiciário nos art. 92 e seguintes. Os membros deste Poder, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo, não são representantes eleitos pelo povo, mas são bacharéis em direito concursados (art. 93, inc. I da CF/88) ou advogados e membros do Ministério Público (MP), nomeados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Senado Federal (art. 94, 101, § único e 104, § único da CF/88).

Segundo Gico Junior (2013), a principal justificativa para que os membros do Poder Judiciário não sejam políticos, mas sim burocratas, é exatamente seu papel de aplicação independente das leis. Esta função preponderante do Judiciário é técnica, ou seja, ao aplicar a lei, não seria necessário e muito menos recomendável que seus integrantes tivessem interesses políticos nas causas que julgam. Os juseconomistas chamam esse papel de *enforcement*, isto é, fazer valer as regras.

Ao exercer suas funções, os órgãos jurisdicionais emanam atos jurisdicionais, os quais, em tese, pautam-se sempre na lei, uma vez que os magistrados são servos e não senhores da lei, devendo, portanto, submeter-se ao seu comando (SILVA, 2011). Ainda que o juiz se veja diante de uma situação de lacuna normativa, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), estabelece em seu art. 4º que, na omissão da lei, o juiz deve decidir o caso de acordo com a

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, de modo que não cabe ao magistrado produzir as normas livremente, mas ater-se aos princípios gerais de Direito, conforme afirma Grau (2009), não existe "discricionariedade judicial". Para este autor, o juiz, ao interpretar a lei, o faz sob o juízo da legalidade e da constitucionalidade, não sob o juízo da oportunidade, este, sim, discricionário. (GRAU, 2009).

1.2 Acesso à Justiça

O acesso à justiça no Estado Democrático de Direito passa a ser vista sob um viés axiológico, e o acesso ao Poder Judiciário passa a ser interpretado como uma faceta do acesso à justiça, significando o acesso a uma ordem de valores fundamentais para a humanidade (GONÇALVES, 2014). O entendimento de acesso à justiça como a garantia de "acesso a uma ordem jurídica justa" conferiu e ressaltou escopos sociais e políticos à jurisdição, a par dos jurídicos. (WATANABE, 1988; CICHOCKI NETO, 2008; GONÇALVES, 2014).

A partir dessa perspectiva de acesso à justiça como acesso a uma ordem jurídica justa e não apenas simples acesso à "máquina" judiciária, surge a necessidade de prestar uma adequada tutela jurisdicional, isto é, conferir a cada um o mesmo resultado que o direito substancial lhe daria caso suas normas fossem espontaneamente observadas, assegurando a todos que sejam titulares de uma posição jurídica de vantagem, em relação ao direito material, a possibilidade de obter, através do devido processo em direito (provido de garantias processuais, tais como contraditório, ampla defesa, produção de provas, fundamentação das decisões, etc.), uma tutela jurídica efetiva, tempestiva e eficaz (CANOTILHO, 2003; SOUZA, 2013; GONÇALVES, 2014). O dever do Estado passa a ser, portanto, garantir esta prestação de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, atentando para o resultado da demanda e, também, para as desigualdades entre os litigantes. Nas palavras de Souza (2013; p. 26) "é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída".

Em um esforço multidisciplinar, que incluiu gama de análises teórico-empíricas, para identificar os obstáculos que impedem materialmente o alcance do acesso à justiça, bem como sugerir soluções para

superação desses obstáculos, Cappelletti e Garth (1988), no Projeto de Acesso à Justiça de Florença[33], identificaram três ondas renovatórias no processo evolutivo do acesso à Justiça, ou, seguindo a doutrina mais abalizada, à ordem jurídica justa. (GONÇALVES, 2014; TAVARES, 2018; LENZA, 2019).

A primeira onda, do *legal aid*, concentrou-se na assistência judiciária, a segunda, da representação legal para os interesses difusos, e a terceira onda, o *access to justice approach*, que inclui os anteriores e vai além, tentando atacar as barreiras ao acesso à Justiça, de maneira mais compreensiva e articulada, com as formas alternativas de resolução de conflitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; GONÇALVES, 2014; TAVARES, 2018; LENZA, 2019).

O *access to justice approach*, do enfoque do acesso à justiça, inclui um grande número de reformas, desde mudanças no procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, criação de novas cortes, uso de juízes leigos e profissionais paralegais, modificações nas leis para evitar disputas ou facilitar sua resolução e uso de mecanismos privados e informais de resolução de conflitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Ao analisar as finalidades do sistema jurídico expostas por Cappelletti e Garth (1988), isto é, o acesso ao sistema como o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos, verifica-se que o primeiro aspecto constituiu uma tendência que marcou os sistemas jurídicos mais modernos no século XX, na medida em que as Constituições passaram a prever uma série de direitos fundamentais, bem como a própria garantia desses direitos, evidenciando a problemática da inclusão.

No Brasil, o princípio da proteção judiciária está esculpido no texto constitucional, no art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXXVIII, uma vez que, segundo Silva (2011), este princípio abarca diversas garantias: as de independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou cons-

33 Trabalho liderado por Mauro Cappelletti para diagnosticar as causas da ineficiência da Justiça, o qual é conhecido como Projeto Florença e cujos principais resultados foram expostos na obra Acesso à Justiça. Neste livro é possível constatar a preocupação dos autores, já nos anos 1970, com o problema do acesso dos indivíduos mais pobres ao Poder Judiciário, à respectiva representatividade, por meio de advogados públicos ou privados, bem como a uma decisão justa e efetiva.

titucional, a do direito de ação de defesa e a garantia de uma duração razoável do processo, de maneira que, em consonância com a doutrina constitucional internacional, no Brasil, o acesso à justiça também deve ser visto sob a ótica, não somente do acesso aos órgãos judiciais, mais de uma série de garantias decorrentes do princípio de acesso à ordem jurídica justa.

1.3 (Des) Igualdade das armas

A efetividade perfeita, assim entendida como a "igualdade de armas" entre os litigantes, nunca é de todo atingível. Igualdade de armas, por sua vez, seria a garantia de que a condução final do litígio dependeria apenas dos méritos jurídicos das partes adversas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Cappelletti e Garth (1988) ponderam que as grandes questões das barreiras para o acesso à justiça estão centradas em dois pontos: nas pequenas causas e nas ações para os indivíduos isolados, em especial para os pobres. Para os ricos, por outro lado, sobram grandes vantagens, vantagens que obtêm os grandes litigantes aptos para utilizar o sistema judiciário e aproveitá-lo em benefício próprio.

No que tange à "possibilidade das partes", Cappelletti e Garth (1988) apontam algumas das vantagens e desvantagens estratégicas para determinados litigantes. A primeira vantagem diz respeito aos recursos financeiros. Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens ao propor ou defender demandas, já que podem pagar para litigar, além de suportar a demora do processo. O mesmo não ocorre com os economicamente desfavorecidos.

A questão econômica opõe-se fortemente ao pleno acesso à justiça sobretudo quando se observa a eventual (des) igualdade material entre as partes. A onerosidade de um processo judicial pode ser alta quando se consideram os honorários advocatícios, despesas processuais, incluindo perícias, diligências, e, eventualmente, sucumbência processual. A au-

sência de recursos econômicos para suportar estes custos pode ser fator determinante para que o lesado ou ameaçado em seu direito abandone a ideia de buscar a prestação jurisdicional, nomeadamente se o litígio versar sobre valor pecuniário pequeno. Isso porque, nestes casos, o valor gasto com o processo pode superar o próprio valor da controvérsia a ser discutida em juízo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; SOUZA, 2013; GONÇALVES, 2014; TAVARES, 2018).

A falta de recursos também pode gerar dificuldades no emprego da técnica jurídica mais adequada, seja pela falta de advogado, incluindo a pouca quantidade de Defensores Públicos, além de obstáculos para produção de provas referentes aos fatos constitutivos do direito alegado. Os obstáculos econômicos vão além das custas relacionadas aos atos processuais e honorários e podem envolver, por exemplo, óbices geográficos em razão de dificuldades financeiras para locomoção do jurisdicionado ao local da prática dos atos processuais, principalmente em municípios onde não haja representação judiciária, ou para moradores de áreas rurais. (AMORIM, 2017).

Outra (des) vantagem se refere a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Para os autores, muitas das pessoas comuns, senão a maior parte, não estão aptas a reconhecer a existência de direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, embora não afete apenas os pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Trata-se do plano educacional e da informação apta a conferir capacidade jurídica pessoal, a qual vai além dos recursos financeiros, envolve também o meio em que se vive e status social (CAPPELLETTI; GARTH, 1988; MATTOS, 2009). A falta ou insuficiência da capacidade jurídica pessoal contribui para que indivíduos deixem de buscar a tutela de direitos violados em razão do desconhecimento da existência deste direito ou, ainda, dos meios para tutelá-los jurisdicionalmente quando violados. Tal dificuldade, de igual modo, se verifica no momento de defender-se em uma ação. (MATTOS, 2009; SOUZA, 2013; GONÇALVES, 2014; TAVARES, 2018).

Grandes discrepâncias dentro do próprio processo podem ser geradas em razão da igualdade jurídico-formal e desigualdade socioe-

conômica, sobretudo em países de modernidade tardia, incluindo o Brasil, com sua massa de analfabetos e analfabetos funcionais, ausência de educação para a cidadania, e com sua distribuição de renda altamente desigual (MATTOS, 2009; SOUZA, 2013; GONÇALVES, 2014; AMORIM, 2017). Estas características contribuem para gerar desproteção aos direitos não somente pelo desconhecimento legal, mas também pela desconfiança no sistema judiciário e seus operadores, agravado pelo formalismo procedimental que permeia o judiciário. (SANTOS, 2003; MATTOS, 2009; GONÇALVES, 2014; TAVARES, 2018).

Souza (2013) aponta que o tecnicismo e a complexidade do ambiente jurídico, a expedição contínua de novos atos normativos, contribuem para uma opacidade em sentido técnico, com advogados eventualmente prestando orientações defeituosas aos clientes, deixando de postular direitos violados ou fazendo pedidos manifestamente descabidos, por mera ausência de conhecimento. Tais razões colaboram para diminuir o acesso à justiça por criarem barreiras psicológicas e culturais.

Os órgãos judiciais, com seu linguajar rebuscado, tecnocrático e complexo, incompreensível aos homens simples, são vistos como ambientes opressores, de maneira que a maior parte das pessoas se sente intimidada e busca, tanto quanto possível, evitar o ambiente forense pelo desconforto psicológico que ele causa. (SANTOS, 2003; MATTOS, 2009; GONÇALVES, 2014).

Outro ponto a avaliar quanto a (des) vantagem no acesso à justiça apontada por Cappelletti e Garth (1988) expõe um dos estudos considerados clássicos do movimento norte-americano, "Direito e sociedade", de autoria do professor Marc Galanter, no qual este chama a atenção para a importante distinção entre o que denominou *repeat players* (litigantes habituais) e *one shotters litigants* (litigantes ocasionais).

Em sua análise, Galanter contrapôs os litigantes habituais, organizações ou demandantes comerciais com experiência regular do sistema judiciário, capazes de posicioná-lo estrategicamente, aos litigantes ocasionais, invariavelmente consumidores individuais com pouca, ou nenhuma, experiência regular da justiça e dos serviços jurídicos

(CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Neste cenário, os litigantes ocasionais estão em clara desvantagem pois lhes falta "competência legal", que é mais do que o mero controle dos recursos econômicos, lhes falta a habilidade de aplicar compreensão estratégica de modo a administrar o sistema judiciário para assegurar vantagens de longo prazo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Por outro lado, os litigantes habituais possuem diversas vantagens, dentre as quais Galanter (*apud* CAPPELLETTI; GARTH, 1988) destaca: (1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; (2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; (3) tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (4) o litigante habitual pode dissolver os riscos da demanda por maior número de casos; e (5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

Outra barreira no acesso à justiça que merece atenção diz respeito ao tempo envolvido para a solução do litígio. O acesso à ordem jurídica justa implica em proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada (CANOTILHO, 2003; SOUZA, 2013; GONÇALVES, 2014). A morosidade processual está diretamente ligada à barreira socioeconômica e traz, obviamente, maiores desvantagens para os mais pobres que, com frequência, precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Tal demora aumenta os custos para as partes e pressiona ou induz os economicamente hipossuficientes a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

De acordo com Canotilho (2003, p. 652), aos demandantes em um processo judicial "deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (adequação temporal, justiça temporalmente adequada), obter uma sentença executória com força de caso julgado — a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça". O direito a uma razoável duração processual é, portanto, direito fundamental instrumental, além de direito público subjetivo, sendo o meio pelo qual os demais direitos de caráter substancial se materializam no plano concreto. Dessa maneira, a intempestividade da prestação jurisdicional pode acarretar na negação de todos os demais direitos. (CANOTILHO, 2003; MATTOS, 2009).

Cumpre ressaltar que não se defende a "aceleração" processual em detrimento das garantias processuais e materiais, o que poderia gerar uma prestação célere, contudo injusta (CANOTILHO, 2003; GONÇALVES, 2014). A problemática surge a partir de dilações indevidas, sobretudo quando uma das partes, geralmente quem possui maior poder socioeconômico e capacidade jurídica, faz uso de "chicanas processuais"[34] com intenção clara de retardar ou até mesmo impedir que o cumprimento efetivo da decisão prolatada. (MATTOS, 2009; TAVARES, 2018).

Fainha (*apud* GONÇALVES, 2014, p. 56) afirma que em todos os processos contenciosos existe ao menos um litigante não tem interesse no andamento da lide e se beneficia da morosidade dos julgadores. Ademais, a possibilidade financeira de contar com o patrocínio processual de grandes escritórios de advocacia contribui para que se prolongue indefinidamente o tempo transcorrido entre a protocolização da petição inicial e a satisfação efetiva do litígio, já que muitos advogados organizam e rentabilizam a sua atividade com base na demora dos processos. (SANTOS, 2003).

No Brasil, a morosidade do judiciário é vista como incentivo a grupos de interesses que visam apenas explorar a lentidão do sistema para adiar o cumprimento de uma decisão, fazendo uso da possibilidade de recorrer a diversas instâncias superiores. (FERRANTE; YEUNG, 2012).

34 De acordo com Silva (*apud* MATTOS, 2009, p. 79-80), chicana processual é: "expressão vulgarizada na linguagem forense, para indicar os meios cavilosos de que se utiliza o advogado para protelar ou criar embaraços ao andamento do processo ajuizado. Caracteriza-se a chicana, que se revela em abuso de direito, nos ardis postos em prática pelo advogado de uma das partes litigantes, seja pela apresentação ou provocação de incidentes inúteis, seja pelo engenho com que arquiteta outros meios protelatórios ou embaraçosos ao andamento da ação, criando figuras jurídicas que não encontram amparo em lei ou na jurisprudência, ou tramando toda espécie de obstáculos para o pronunciamento célere da justiça. Qualquer embaraço ao andamento do processo, seja porque meio for, mostra-se chicana, que ela se integra, segundo a técnica de nossa lei processual, em qualquer manejo protelatório da ação, ou da resistência injustificada a seu regular andamento."

Neste cenário, é notório que a intempestividade na prestação de tutela jurisdicional causa grandes prejuízos, sobretudo para a parte hipossuficiente, afastando o cidadão de seu direito e, consequentemente, impedindo o acesso à justiça. O uso destes mecanismos de pressão evidencia um jogo de poder em níveis econômico, social, cultural, no qual o poder do capital prevalece e constitui terrível fator de injustiça social. (MATTOS, 2009; TAVARES, 2018).

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até meados do século XX a atuação do Poder Judiciário não revelava evidência como Poder autônomo, uma vez que sequer podia-se falar em acesso efetivo aos órgãos jurisdicionais. Anteriormente, nos séculos XVIII e XIX, período dos estados liberais burgueses, típicos do sistema do *laissez faire*, a justiça estava no patamar de outros bens, isto é, acessível àqueles que pudessem arcar com seus custos. Aqueles que não pudessem adquirir este "bem" eram condenados por sua sorte ao acesso formal, mas não acesso efetivo à justiça. Situação que correspondia à igualdade formal, somente, não material.

Contudo, as reformas advindas com o *welfare state* aparelharam os indivíduos com novos direitos em suas capacidades como consumidores, inquilinos, empregados e como cidadãos, em virtude do movimento do direito ao acesso efetivo à justiça ter-se tornado mais intenso. Neste momento, em tese, o Estado se aproximou de seus cidadãos com o desígnio de lhes garantir um mínimo de direitos, aos quais se atribuiu a nomenclatura de direitos fundamentais. Assim, superada a visão individualista dos direitos, o acesso à justiça passou a ser encarado como o requisito fundamental, direito humano mais básico, garantia das garantias, de um sistema jurídico moderno e igualitário, o qual se propôs a garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O Estado Democrático de Direito trouxe consigo o ideal de acesso à justiça como a garantia de "acesso a uma ordem jurídica justa", sendo dever do Estado a garantia da prestação de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, atentando para o resultado da demanda e, também, para as desigualdades existentes entre partes, mediante

um processo capaz de resolver o conflito de interesses colocado sob o exame do judiciário.

Destarte, uma igualdade material entre todas as pessoas é um ideal distante, quiçá, impossível de ser alcançado. O mundo social é moldado e construído mediante antagonismos e conflitos. Uma sociedade equilibrada e justa não é isenta de tensões, haja vista que a liberdade garante aos homens o direito de buscar seus próprios interesses, satisfazer suas necessidades e tomar decisões que os levem a alcançar essas realizações. Esta liberdade suscita conflitos porque os recursos são escassos e os interesses individuais buscam mais vantagens.

Por fim, ao avocar para si a prerrogativa de exercer o seu poder para, quase que com exclusividade, tentar solucionar ou extirpar litígios surgidos no seio social, o Estado Democrático de Direito, por meio do Poder Judiciário, não pode se presumir que, garantindo o mero acesso aos órgãos judiciários, isentar-se-ia da responsabilidade de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à Justiça como Direito Fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988) da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 31 maio, 2020.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 31 maio, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. ***Acesso à justiça***. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de decisões do TJSP sobre quebras de contratos privados. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 1, p. 148, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, dez. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 23 fev. 2017.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais multiportas.** [S.l.]: Juruá Editora, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 5. ed., (rev. e ampl.). São Paulo: Malheiros, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATTOS, Fernando Pagani, **Acesso à justiça**. [S.l.]: Juruá Editora, 2009.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2006.

RODRIGUES. Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e o princípio da igualdade no Estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 27

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça**. Salvador, 370 p. 2 jul. 2013.

SOUZA, Renato Gobetti de. **O direito fundamental à comunicação no Estado Democrático de Direito brasileiro**. Orientador: Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. 2017. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha, Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. (rev. e atual.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, Luiz Claudio Assis, **Poder Judiciário**. [S.l.]: Juruá Editora, 2018.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

MORTE DIGNA: CRIME OU DIREITO?

Marciana Magni

1 INTRODUÇÃO

A morte e as questões lhe são inerentes, embora de inquestionável importância, tratam-se de assuntos de difícil abordagem. É comum se deparar com situações em que a sobrevivência de pacientes desenganados é prolongada, ainda que sem o seu consentimento ou contra sua vontade. Em situações menos corriqueiras, também se encontram pessoas que, embora não estejam à beira da morte, já não desejam viver. São indivíduos que não conseguem mais perceber a vida como um direto a ser exercido, mas como um dever a ser suportado, cuja existência se torna um verdadeiro tormento.

Diante desse panorama, o presente trabalho tem por escopo analisar o direito à vida e seu exercício indissociável do princípio da dignidade humana, verificando se nesses casos onde, mesmo contra a sua vontade, o indivíduo tem imposto o dever permanecer vivo, há, ou não, afronta à sua dignidade.

Para tanto, será feita uma explanação acerca do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. A seguir, será abordado o tema relativo à interrupção da vida e/ou postergação da morte, trabalhando as condutas relevantes ao estudo sob a ótica do tema proposto, qual seja: o direito à morte digna, averiguando-se se referido direito se encontra assegurado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo decorrência do próprio direito à vida digna.

Buscar-se-á, ainda, esclarecer se o direito à vida pode ser relativizado a fim de que seja preservada a dignidade da pessoa.

O artigo foi desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e documental, com coleta de dados disponíveis em meio impresso e eletrônico como livros, artigos de periódicos, material disponibilizado na internet e legislação, com abordagem qualitativa.

2 O DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à vida faz parte do rol dos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 2020a). Trata-se do mais fundamental dos direitos, pressuposto para a existência e exercício de todos os outros. Vai além do simples respirar, devendo ser entendido em sua dupla acepção, que compreende tanto o aspecto biológico, quanto o direito de ter uma vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2010).

A dignidade humana é "um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental" (BARROSO; MARTEL, 2010, p.248). Trata-se de uma finalidade a ser buscada, mesmo quando não esteja expressamente prevista nos textos constitucionais, visto que não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida em que este a reconhecer, mas constitui dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa (SARLET, 2006).

No Brasil, a dignidade humana é de tamanha importância que se constitui em fundamento da República, elencada no art. 1º, III da Constituição Federal (BRASIL, 2020a). Pode-se, portanto, afirmar que o "respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares." (NERY JUNIOR; NERY, 2012, p. 179). Mais do que norma fundamental do Estado, a dignidade da pessoa humana alicerça a sociedade já constituída e a que está por se constituir, impondo reconhecer que o valor do indivíduo, enquanto ser humano, prevalece sobre os demais, sendo o eixo em torno do qual gira o sistema normativo, mormente os direitos fundamentais, inclusive o direito à vida.

A dignidade possui alguns componentes mínimos. Na sua expressão mais essencial, significa que toda pessoa é um fim em si mesma. Em outra acepção, pode-se dizer que é a responsabilidade de cada indivíduo por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos, expressando-se, no plano dos direitos individuais, como autonomia privada, e no plano dos direitos políticos, como autonomia pública (BARROSO; MARTEL, 2010).

Na esfera da dignidade como autonomia, como poder individual, destacam-se quatro aspectos essenciais: "a) a capacidade de autodeterminação; b) as condições para o exercício da autodeterminação; c) a universalidade; e d) a inerência da dignidade ao ser humano" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 252). Significa dizer que o indivíduo tem o direito de fazer as escolhas relativas à sua vida, livre de coerções externas, sendo-lhe dadas condições mínimas, pelo menos, para que as exerça. Tais escolhas devem ser garantidas a todos e, na mesma medida, respeitadas por todos, visto que "sem liberdade (negativa e positiva) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada" (SARLET, 2006, p. 85).

É justamente na esfera da dignidade como autonomia, onde se reconhece ao indivíduo o direito de fazer as escolhas inerentes à sua vida, que a discussão relativa ao direito de morrer dignamente ganha relevo. Sobre o tema, há quem defenda que a vida é um bem indisponível, independentemente da vontade e da condição em que se encontre seu titular. Um dos argumentos utilizados em defesa dessa ideia é o de que "Sendo um direito, e não se confundindo com uma liberdade, não se inclui no direito à vida a opção por não viver. Na medida em que os poderes públicos devem proteger esse bem, a vida há de ser preservada, apesar da vontade em contrário de seu titular." (MENDES; BRANCO, 2011, p. 292).

Em sentido diverso há, porém, quem entenda que sendo o direito à vida uma decorrência do principio da dignidade da pessoa humana, a qual também é um vetor de interpretação, configura-se o direito a ter uma existência com um mínimo de qualidade. Para Sarlet (2006, p. 124), "o princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais".

A partir disso, e compreendendo a dignidade como autonomia individual, onde incumbe ao indivíduo fazer as escolhas relativas à sua vida, caberia a ele deliberar, inclusive sobre a própria morte, mormente em casos extremos, podendo, optar por uma morte digna, ou com intervenção, como fruto de uma escolha individual.

A discussão acerca de um direito de opção por uma morte digna, como fruto de uma escolha pessoal fundamentada no conceito de dignidade como autonomia, é deveras delicada. O direito à vida merece tratamento especial, e a sua relativização, embora admitida em hipóteses excepcionais, deve ser precedida de imensa cautela, seja pelas consequências que dela advém; seja pelo fato de que o mesmo, embora não seja absoluto, tem como característica, assim como os demais direitos fundamentais, a indisponibilidade.

Contudo, em casos extremos como, por exemplo, de pacientes em estado terminal e/ou acometidos de intenso sofrimento, os quais já não vislumbrem qualquer indício de dignidade na vida que lhe resta, deve lhes ser imposto que permaneçam vivos e, por vezes, submetidos a tratamentos que lhe prolonguem a existência, ainda que contra sua vontade? Ou, adotando-se ideia da dignidade como autonomia, esses pacientes podem ter reconhecido direito à morte digna ou com intervenção, sendo-lhe facultado, inclusive, deliberarem acerca das possíveis condutas a serem adotadas ao final da vida?

2 O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

Para fins do presente estudo, adotando-se como prevalente ideia de dignidade como autonomia, faz-se necessária a abordagem relativa às condutas interventivas possíveis nos momentos derradeiros da vida, quais sejam: eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

No Brasil, a eutanásia é capitulada como crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal, podendo, no entanto, incidir a causa de diminuição de pena prevista no §1º do dispositivo citado. Para Barroso; Martel (2010), o conceito é restrito à conduta comissiva, praticada pelo médico, com finalidade benevolente e com a intenção apressar ou causar a morte de paciente que, gravemente doente e sem

possibilidade de cura, esteja a intenso sofrimento intenso. Trata-se, pois, pela antecipação da morte de uma pessoa, mediante intervenção direta, com o intuito de liberá-la de sofrimentos inúteis, quando se encontrar em situação considerada irreversível e incurável.

O termo eutanásia é de origem grega, e significa boa morte ou morte digna. Consiste na "ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana." (ROXIN, 2006, p. 189).

Dentre todas as formas de interrupção da vida inerentes a esse estudo, a eutanásia é mais turbulenta e a que mais encontra resistência. Os argumentos utilizados por quem se manifeste contrário à sua regulação legislativa da eutanásia são bastante subsistentes. Pondera-se que a legalização da eutanásia poderia fazer com que pessoas, que no seu íntimo preferissem continuar vivas, venham a ser mortas, induzidas ou forçadas a fazerem uma opção pela prática, quando, na verdade, não a desejam. Outro argumento utilizado é o de que o paciente poderia se recuperar, ainda que o prognóstico seja todo em sentido contrário, bem como o fato de que, mesmo que a eutanásia fosse autorizada para casos determinados caso, correr-se-ia o risco de que esse leque de casos determinados fosse ampliado. Os opositores à eutanásia manifestam, ainda, que, segundo relatam os médicos, são raros os casos em que os pacientes pedem a própria morte, e esses podem ser ainda mais reduzidos se os cuidados paliativos que amenizem a dor e o sofrimento forem eficazes.

Contudo, dentro da concepção de dignidade adotada, são igualmente plausíveis os argumentos utilizados pelos defensores da legalização da eutanásia, no sentido de que se o desejo de morrer do paciente for racional, manifestado no exercício da sua autonomia e autodeterminação, dever ser respeitado. Como bem observado por Jakobs (2003), a eutanásia, embora seja uma permissão para matar, não se trata somente disso. É, na verdade, de um ato que visa satisfazer os fins do solicitante, ou seja, aquele que pede ao outro que o mate não renuncia a uma decisão pessoal sobre a vida, mas sim ajusta a conduta de outro a seus fins, empregando-o para que realize suas próprias decisões.

Logo, embora o impasse e os argumentos consistentes manifestados, tanto contra quanto em prol da eutanásia, tem-se que, diante do reconhecimento da dignidade como autonomia, a omissão em regulamentar a prática da eutanásia é mais danosa do que a sua regulação, por mais complexo que isso seja, haja vista que muitas pessoas consideram indigno ou cruel viver ou serem mantidas vivas sob determinadas circunstâncias. Para essas, ao invés de um direito, a vida pode passar a ser um dever insuportável, e a imposição de viver fere sua dignidade, não se coadunando, portanto, com o preceituado na Constituição brasileira.

O suicídio não é punível por si; contudo, as condutas acessórias, quais sejam, a instigação, o induzimento e o auxílio para a sua prática encontram-se tipificadas no art. 122, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 2020b), estando abrangido nessas hipóteses o chamado suicídio assistido.

O suicídio assistido ocorre quando uma pessoa, incapaz de cometer, sozinha, os atos necessários à prática do suicídio, obtém, para tal, a ajuda de outra pessoa. A morte, nesse caso, é consequência de uma ação do próprio paciente, mediante orientação ou auxilio de terceiro, diferente do que ocorre na prática da eutanásia e da ortotanásia, onde a morte deriva, respectivamente, da ação ou omissão de pessoa diversa. Outra diferença em relação à eutanásia e a ortotanásia é que, no caso do suicídio assistido, o enfermo está sempre consciente; nas demais hipóteses, não necessariamente.

Considerando que se está a tratar da autonomia como reflexo da dignidade humana, há de reconhecer legítima conduta assessória ao suicídio que encontra fundamento e se coaduna com a ideia de compaixão, piedade e respeito pela dignidade da vida. Logo, no que se concerne ao auxílio, é possível aventar acerca não punibilidade quando se estiver a tratar dos suicídios responsáveis, ou seja, aqueles em que uma pessoa gravemente doente, em seu juízo perfeito e consciente da situação, tendo feito uma ponderação cuidadosa das circunstâncias decisivas resolva, mediante o exercício de sua própria autonomia, dar fim à sua vida. O mesmo não se pode dizer quando tratamos de pessoas que, por exemplo, tenham sua consciência e ca-

pacidade de discernimento reduzida. Nestes casos, a conduta deve ser sempre punível (ROXIN, 2006).

Outra situação a ser ponderada é aquela acerca de quem possui o domínio sobre o ato que leva à morte. Se o ato derradeiro for do próprio suicida, a contribuição do terceiro, consistente no auxílio, deve ser impunível; no entanto, se o domínio do ato que der fim à vida do suicida for de terceira pessoa, poderá haver punição.

Trata-se de uma distinção pertinente, pois tendo o suicida o domínio do ato, poderá desistir de dar fim à própria vida até o último instante antes da concretização do mesmo; já nos casos em que o domínio do ato que culminará com a interrupção da vida pertencer a pessoa diversa do suicida, a responsabilidade pela morte da vítima será deste, devendo-se perquirir, oportunamente, acerca de eventual punição, no caso de ser constatada a existência do crime de homicídio, ou então, dos caminhos possíveis no caso de ser constatada a ocorrência de eutanásia.

A ortotanásia, por sua vez, tradicionalmente, foi tratada como homicídio na modalidade omissiva, e não houve mudança na legislação penal no sentido de descriminalizar a conduta. Entretanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.805/2006 (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, 2020b), cuja legitimidade foi reconhecida nos autos Ação Civil Púbica nº 2007.34.00.014809-3 que tramitou perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO,2020), regulamentou a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, desde que com autorização expressa do mesmo ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020b). Assim, atualmente, a ortotanásia, embora longe de ser um tema pacífico, já possui, no Brasil, alguma regulamentação, ainda que por meio de norma infralegal.

Ortonatásia significa morte correta, no seu devido tempo, sem que haja antecipação do evento mediante ato externo, como ocorre na eutanásia ou no suicídio assistido, nem retardamento, mediante a utilização de meios excepcionais que, mesmo a custo de sofrimento

do paciente, posterguem a vida no seu sentido biológico, mesmo sem quaisquer perspectivas de cura. Consiste na aceitação do quadro clínico irreversível do paciente e na omissão de determinados procedimentos que poderiam manter o indivíduo vivo, fazendo com que a morte siga seu curso natural. Sua finalidade primordial é "não promover o adiamento da morte, sem, entretanto, provocá-la; é evitar a utilização de procedimentos que aviltem a dignidade humana na finitude da vida." (FELIX et al., 2013).

Na ortotanásia, o evento morte é certo, iminente e inevitável, tratando-se que uma questão de horas ou dias. É aqui que se inserem a limitação consentida de tratamento - que abrange a retirada de suporte vital, a não-oferta de suporte vital e as ordens de não-ressuscitação ou de não-reanimação - e os cuidados paliativos.

A limitação consentida de tratamento consiste na recusa em iniciar ou em manter tratamento médico em situações onde, mesmo com a intervenção, não há possibilidade de recuperação da saúde. A conduta decorre da ideia de que não se há que infligir a um paciente o início de um tratamento, a ser realizado contra a sua vontade, da mesma forma que não lhe deve ser imposta a continuidade de um tratamento que já tenha iniciado, se este não for mais seu desejo, manifestado de forma segura e inequívoca.

Os cuidados paliativos, por sua vez, têm por escopo fazer uso de todos os meios possíveis, mediante consentimento do paciente ou de seus familiares, no intuito de que o doente terminal tenha amenizados a dor e do sofrimento. Esses cuidados, conquanto controlem o sofrimento, poderão, por via reversa, ainda que não seja esse o desejo, antecipar a morte do paciente. Para Roxin (2006, p. 195): "No caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, que seja permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável." A morte, nesse caso, é consequência assessória, e não a meta de quem está a aplicar os cuidados paliativos com a intenção de minorar o sofrimento do paciente. Ou seja, não se admite a existência de dolo de matar.

A prática da ortotanásia deve ser sempre precedida do livre consentimento informado, ou seja, o paciente terminal, ou seus responsá-

veis, deve decidir, no exercício de sua autonomia e após o devido processo de informação, acerca da adoção, ou não, das condutas possíveis, com a firmatura do respectivo termo.

Por fim, tem-se o que se conhece por distanásia, que consiste na postergação, ao máximo, do evento morte. Trata-se de um prolongamento artificial da vida biológica do paciente, mediante a utilização de quaisquer meios disponíveis, mesmo que não haja quaisquer chances de cura e não importando que as condutas praticadas causem ao paciente maior dor e padecimento.

À distanásia estão associadas a obstinação terapêutica e o tratamento fútil. A primeira consiste na conduta médica voltada para o fim de combater a morte de todas as formas, não considerando os padecimentos e custos humanos gerados; o segundo, por sua vez, dá-se dá mediante o emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento hábeis a prolongar a vida do paciente, embora não ensejem a cura e agravem o sofrimento do indivíduo (BARROSO; MARTEL, 2010). A prática dessa conduta prolonga, na verdade, o processo de morrer, e não a vida propriamente dita. Como tal, acarreta uma morte prolongada, lenta, e não raro acompanhada de sofrimento, dor e agonia. Para Pessini (2003, p. 392), "a distanásia (obstinação terapêutica) começou a se tornar um problema ético de primeira grandeza na medida em que o progresso técnico científico começou a interferir de forma decisiva na fase final da vida humana."

Conquanto a distanásia seja uma conduta tradicional, vem perdendo força diante da ideia de que o prolongamento do sofrimento do paciente, sobretudo quando este manifeste desejo em sentido contrário, se traduz em afronta à dignidade humana.

A concepção tradicional, de que o foco da medicina seja concentrado na luta para garantir o prolongamento máximo da existência, havendo pouca preocupação com a qualidade dessa vida prolongada, fez com que se propagassem as condutas distanásicas. No entanto, essa ideia de que se atue no sentido de aumentar o tempo de vida do paciente sem que a qualidade seja o foco da questão já vem sendo contestada há alguns anos. No Brasil, houve uma mudança paradigmática com a entrada em vigor Código de Ética Médica de 1988 (CONSELHO FE-

DERAL DE MEDICINA, 2020a), onde se estabeleceu que o objetivo da medicina não é apenas o de estender ao máximo a vida do paciente, mas sim a saúde da pessoa. É esse compromisso com a saúde do indivíduo, entendida essa como o bem-estar global e não somente como ausência de doença, que abre a possibilidade para outras questões, além das curativas, no tratamento do paciente terminal.

Há, pois, um movimento crescente no sentido de reconhecer legítima a valorização da boa morte, como reflexo do enaltecimento da pessoa na sua totalidade, e não apenas no seu aspecto físico. Trata-se de decorrência da valorização do princípio da dignidade humana e da autonomia individual, que se ocupa dos direitos da pessoa enquanto indivíduo, e com o seu poder de decisão em relação à sua vida, inclusive quanto a um eventual direito de morrer de forma digna.

Os conflitos relativos à terminalidade da vida clamam por uma compreensão mais humanitária, em prol da valorização da boa morte., inclusive com a readequação das normas legais para que se proteja não apenas a vida biológica, mas sim, a vida com dignidade, inclusive na hora derradeira.

Conforme Dworkin (2009, p. 281):

> Não podemos compreender o que a morte significa para as pessoas – porque algumas preferem morrer a continuar existindo, permanentemente sedados ou incompetentes; porque outros preferem lutar "até o fim", mesmo quando em meio a sofrimentos terríveis ou quando já perderam a consciência e não têm como saborear a luta; por que tão poucas pessoas acham que uma vez inconscientes para sempre, morrer ou viver não faz absolutamente qualquer diferença – não conseguiremos compreender nada disso, ou muitas outras coisas que as pessoas pensam sobre a morte, enquanto não a pusermos de lado e nos voltarmos para a vida.

São as próprias concepções das pessoas acerca de como viver que lhes traduzirão a convicção de quando e como morrer. Na medida do possível, as pessoas querem que a sua morte expresse e confirme os valores que acreditam serem importantes para a vida, e que sua

vida termine de acordo com os parâmetros que sempre a nortearam (DWORKIN, 2009). E para que se alcance esse objetivo, e com isso se atenda ao princípio da dignidade humana, é necessário que liberdade, a autonomia do indivíduo, seja respeitada.

A morte nada mais é do que uma dimensão da existência humana. Considerando que a todos é assegurado o direito de ter uma existência, uma vida digna, parece plausível afirmar que também existe o direito de morrer com dignidade. E, exatamente em nome dessa dignidade, há que se buscar medidas que sejam ponderadas, visando a beneficência para o paciente, ao invés do mero prolongamento da vida biológica. A autonomia individual nada mais é do que uma decorrência da observância e valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, e como tal deve prevalecer, inclusive, no âmbito da morte com intervenção. Com isso, deve-se permitir ao paciente que faça suas escolhas acerca de quando e como morrer ou, não tendo ele possibilidade de fazê-lo, consentir que terceiros o façam.

3. CONCLUSÃO

O direito fundamental à vida vai muito além do aspecto biológico, do simples respirar, compreendendo, também o direito de ter uma existência digna.

Embora sua importância ímpar - sem ele os demais direitos perderiam a razão de existir - o direito à vida não é um fim em si mesmo. Viver ultrapassa a manutenção dos sinais vitais do corpo físico, devendo, numa dimensão mais elevada, seu exercício ser conjugado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a qual, mais que um princípio, é um pilar do Estado Democrático de Direito, justificando inúmeras escolhas do legislador constitucional. Nada mais natural, portanto, que o direito fundamental à vida também seja atingido por ele.

Nesta senda, entende-se que o direito à vida, a luz da dignidade humana, abarca, também, o direito à morte digna, mesmo porque a morte nada mais é do que uma consequência certa e inevitável da própria vida. A partir disso, entende-se que existe um direito de morrer

dignamente, cuja concretização depende, no mais das vezes, do atendimento da vontade livre e consciente da pessoa, manifestada no exercício de sua autonomia privada, ainda que existam certas limitações em relação ao exercício desse direito.

Logo, se a vontade do paciente for no sentido da adoção de condutas distanásicas, esgotando-se todos os meios possíveis para protelar o tempo de vida que lhe resta, essa deverá ser a conduta adotada. No entanto, o inverso também é verdadeiro, ou seja, havendo manifestação expressa, livre e consciente de que para o paciente é mais digno morrer a viver sob determinadas condições, também deverá ser respeitado.

Algumas vezes, simplesmente é mais digno deixar morrer. Obrigar a permanência da pessoa viva, ainda que em sofrimento, colide frontalmente com direito da pessoa humana de que sua vida seja digna. Há, por assim dizer, uma ambivalência no conceito de dignidade da pessoa humana associada ao conceito de vida, compreendendo a vida e a morte dignas.

A partir dessa conclusão, parece-nos ser o caso de repensar o sistema normativo nacional no que concerne às questões ligadas à terminalidade da vida. Embora viver seja um bem ímpar e mereça o máximo de proteção jurídica, não deve, de direito, passar a ser um dever imposto e, por vezes, insuportável. As normas devem ser adequadas ao disposto na Constituição Federal, assegurando-se às pessoas, ainda que com critérios a serem definidos, o exercício da autonomia e da autodeterminação no que se refere às decisões inerentes à sua vida e, inclusive, no se refere ao término da mesma, para que, com isso, também nesse aspecto, se assegure uma existência pautada na dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 38: 235-274, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 12 jul. 2020a.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 jul. 2020b.

CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução C.F.M nº 1.805/2006**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805. Acesso em 12 jul. 2020a.

Conselho Federal De Medicina. **Resolução n 1.995, de 09 de agosto de 2012**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1988/1246 Acesso em: 12 jun. 2020b.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Editora EMF Martins Fontes, 2009.

FELIX, Zirleide Carlos et al . Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura. In: **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 18, n. 9, p. 2733-2746, set. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900029&lng=pt&nrm=iso. Acessado em 10 Mar. 2017.

JAKOBS, Günther. Suícidio, Eutanásia e Direito Penal. In: **Coleção Estudos de Direito Penal** – vol. 10; tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paul: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PESSINI, Leo. Questões éticas-chave no debate hodierno sobre a distanásia. In: Garrafa V, Pessini L (Org.). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Edições Loyola; 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRIBUNAL Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal. 14ª Vara Federal. **Processo n° 2007.34.00.14809-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Conselho Federal de Medicina. 2010. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf. Acessado em 12 jul. 2020.

A IMPORTÂNCIA DA ALTERAÇÃO DO NOME NO REGISTRO CIVIL PARA OS INDIVÍDUOS TRANSGÊNEROS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Polliana Peron
Fabiane Dottore

1. INTRODUÇÃO

O STF proferiu na ADI 4.275 e no Resp 670.422, entendimentos que trouxeram benefícios à sociedade, de modo geral, sobretudo a pessoa transgênero. Representando o direito ao nome um direito fundamental e da personalidade atinente a todo ser humano, poderia ele ser negado à retificação quando inexistir correlação entre o prenome registrado nos documentos oficiais e a identidade psíquica de seu titular? Seria correto condicionar a mudança do nome a tratamentos hormonais ou procedimento cirúrgico, ou, então, eternizar a tristeza de uma pessoa que não reconhece a titularidade de seus próprios documentos?

Por certo, o nome individualiza e atribui reconhecimento social a cada ser humano. É através dele que se identifica alguém mesmo que ausente, que nos reconhecemos, chamamos e nos respeitamos. Não competiria, pois, ao ente estatal condicionar ou negar o referido direito aos transgêneros que não passaram pela cirurgia de transgenitalização.

Para fundamentar o presente trabalho, serão utilizadas coletas de dados, através de documentação indireta, ou seja, pesquisas documen-

tais (fonte primária) e pesquisas bibliográficas (fonte secundária). O material a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa está disponível em livros, revistas, artigos científicos, dissertações e teses referentes ao assunto em questão.

O método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, já que parte do geral para o particular. E o tipo de procedimento, ou seja, o meio ao qual a investigação se dará será através do método expositivo, mencionando diversos conceitos doutrinários, bem como jurisprudência, em alguns dos diversos casos ocorridos na prática forense.

Cumpre frisar quer, adentrando-se do contexto apresentado, presente trabalho não objetiva finalizar o assunto, com apontamentos resolutivos, mas sim tocar em aspectos relevantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre o tema.

2. PESSOA TRANSGÊNERO E DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

O termo transgênero é designado para aqueles indivíduos que não se identificam com o gênero feminino ou masculino impostos pela sociedade. O sistema social clássico é engessado e binário, isto é, formado exclusivamente pela mulher (que possui a vagina como órgão genital) e pelo homem (que possui o pênis como órgão genital). Nesse cenário, quando se verifica uma criança do gênero feminino jogando bola, ou outra do gênero masculino brincando de casinha, isso desperta a atenção. Em razão de uma visão arcaica, aprende-se que o gênero atribui a cada pessoa (dependendo de sua genitália) um padrão de comportamento que ela deverá seguir, sob pena de violação de conduta moral, imposta socialmente e extremamente ultrapassada.

Portanto, o transgênero é a pessoa que não se identifica com o gênero feminino ou masculino imposto pela sociedade, sendo essa auto identificação independente de sua orientação sexual (homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade e etc.) e variável de acordo com a percepção individual que cada um tem de si.

Nessa ótica, segundo Spizzirri; de Abreu Pereira e Najjar Abdo (2014, p. 42-44), "transgênero refere-se ao amplo espectro de indiví-

duos que transitoriamente ou persistentemente não se identificam com o seu sexo de nascimento".

A terminologia é empregada como termo guarda-chuva, sendo que a categoria trans engloba transexuais, travestis, drag queens, drag kings, e quaisquer outras formas de manifestação da sexualidade humana não condizente com o sistema binário, e que não se adeque ao sexo biológico (DIAS, 2016).

Subsiste, erroneamente, um pensamento de que o transgênero é o indivíduo que obrigatoriamente se submeteu ao procedimento cirúrgico de mudança de sexo. Como ressaltado anteriormente, transgeneridade é um termo abrangente que engloba vários subgrupos e não necessita da realização da cirurgia em comento.

Observe-se, a título de exemplo, a hipótese daqueles que se travestem por satisfação própria (travestis), eles guardam uma boa relação com o seu órgão genital e com o seu corpo, não necessitando passar por procedimento cirúrgico, sendo classificados como transgêneros porque transpõem a barreira pênis/masculino/homem ou vagina/feminino/mulher.

Diversamente é o sujeito transexual que normalmente não tem uma boa aceitação do seu órgão genital, querendo a qualquer custo modificá-lo. Neste contexto, é possível que ele opte, ou não, pela cirurgia de mudança de sexo.

No ano de 2008, o Sistema Único de Saúde instituiu o processo transexualizador, sendo estruturado em duas bases: a) Atenção Básica: via de entrada do usuário na rede; b) Atenção Especializada: é "[...] um conjunto de diversos pontos de atenção com diferentes densidades tecnológicas para a realização de ações e serviços de urgência, ambulatorial especializado e hospitalar, apoiando e complementando os serviços de atenção básica de forma resolutiva e em tempo oportuno" (BRASIL, 2013).

Vale destacar que a Atenção Especializada possui duas espécies: i) a Ambulatorial (com acompanhamento clínico pré/pós-cirúrgico e hormonioterapia); ii) a Hospitalar (que possibilita a realização da cirurgia e acompanhamento pré/pós cirúrgico).

No ano de 2018, a Organização Mundial da Saúde (OMS) eliminou a transexualidade do capítulo de enfermidades mentais da Classi-

ficação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID). Não obstante, o processo transexualizador possuir alta complexidade, indo além do procedimento cirúrgico, incluindo o tratamento hormonal (hormonioterapia).

Diante disso, e das particularidade de cada caso concreto, deve ser rechaçada a obrigatoriedade do indivíduo transgênero ter que se submeter a procedimento cirúrgico para fins de mudança de prenome e gênero no registro civil.

Cabe salientar que, em 2009, o STJ, em sede de julgamento do Recurso Especial 1.008.398/SP (STJ, 2009), de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, vinculou a possibilidade da alteração do prenome somente para o transexual que passou por cirurgia de transgenitalização.

Contudo, em 2017, o posicionamento do STJ evoluiu e, com o julgamento do Recurso Especial 1.626.739/RS (STJ, 2017), de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, constatou a possibilidade de alteração do prenome do transexual, sem a exigência de prévia realização de procedimento cirúrgico de mudança de sexo.

No ano de 2018, esse entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal tanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, quanto no Recurso Extraordinário 670.722, quando foi firmada tese reconhecendo a desnecessidade de prévia cirurgia de transgenitalização ou realização de tratamentos hormonais como condição para mudança do prenome ou do gênero no registro civil. Ademais, a expressão transexual foi ampliada para transgênero (termo guarda-chuva), resguardando o direito humano-fundamental à alteração de nome e de gênero para todos aqueles que não se adequem no sistema binário e estão para além dos gêneros impostos pela sociedade.

3. A TRANSEXUALIDADE SOB O PRISMA DA DESCONSTRUÇÃO DA NOÇÃO ESTRITA DE SEXO E GÊNERO

É importante a análise da discussão específica a respeito da tutela dos transexuais enquanto minorias protegidas constitucionalmente. A proteção das minorias pode ser justificada a partir das classificações pautadas em discriminações ou preconceitos constitucionalmente im-

portantes. Assim, uma primeira análise busca responder sob qual prisma os transexuais devem ser enquadrados como minorias. Para tanto, uma primeira distinção imprescindível é aquela traçada entre sexo, gênero e orientação.

O termo sexo, conforme já apontado, encontra-se atrelado a características e questões biológicas, tais como cromossomos, órgão genital e níveis hormonais. A dicotomia estrita "macho-fêmea" pautada no sexo, ao longo da história, serviu como plano de fundo para a propagação de discursos cuja finalidade era a criação de funções preconcebidas para as pessoas em uma sociedade; abrindo espaço para interiorização de um sexo frente ao outro de acordo com os papéis impostos a cada grupo (DE JESUS, 2012).

Por outro lado, o gênero pode ser compreendido como resultado das vivências sociais e culturais da pessoa. É, portanto, consequência de uma construção social, pela qual o indivíduo se identifica como mulher ou homem, sem levar em consideração suas características biológicas. Por fim, a orientação sexual se refere às questões de inclinações ou preferências íntimas que resultarão no envolvimento amoroso e/ou sexual com outros indivíduos. Manifesta a vivencia interna de cada pessoa concernente à sua sexualidade e desemboca nas definições de heterossexualidade, homossexualidade, assexualidade, bissexualidade e etc. Levando em consideração os fins da discussão jurídica que aqui se pretende abordar, é importante a análise crítica acerca da distinção entre sexo e gênero. Deste modo, Sarmento defende que ambas as características são resultado de um processo de construção social, de modo que a definição do sexo de uma pessoa necessariamente consubstancia um processo construtivo e cognitivo sob o prisma do discurso social em torno do que se tem por mulher e homem. Desta forma, é impossível dissociar gênero de sexo, visto que estão vinculados e são reflexo de uma construção cultural (SARMENTO, 2012).

Nesta esteira, passa-se deliberadamente ao largo do debate traçado na esfera das ciências sociais a respeito de questões relacionadas à sexualidade e gênero. Isto porque, sob a ótica das promessas emancipatórias esculpidas na Carta Constitucional de 1988, qualquer interpretação restritiva do termo "sexo" que viesse a incluir um determinado grupo

marginalizado, na esfera da proteção em face da discriminação, estaria em contradição com a unidade da Constituição (SARMENTO, 2012). Para além disso, é preciso lembrar que os temos adotados pela Carta Magna não devem ser compreendidos no sentido estritamente técnico-jurídico, mas na realidade no sentido em que as palavras são utilizadas no cotidiano. Portanto, deve-se conceber o termo "sexo" da forma como significa esta confluência entre características biológicas e sociais vinculadas às atribuições de "homem" e de "mulher" (MENDES; BRANCO, 2012).

Nesse diapasão, é possível compreender a transexualidade (ao menos sob o olhar jurídico-constitucional), como a não identificação do sujeito com este papel ou características que lhe são determinadas pela sociedade ou, biologicamente. Logo, a objeção do indivíduo não se refere tão somente ao seu órgão genital, mas ao reconhecimento e ao papel que o meio social tem a respeito de sua pessoa. Assim, a transexualidade não representa uma questão de simples incompatibilidade com o gênero ou com o sexo, mas de incompatibilidade com o gênero e o sexo, o que possibilita também incluir travestis nesse grupo vulnerável que se busca tutelar.

No decorrer dos anos, a falta de identificação dos transexuais com seu gênero/sexo foi compreendida sob o viés de um discurso de patologização da transexualidade, entre os anos 60 e 80, a comunidade acadêmica estava voltada para a produção de uma conceituação do "fenômeno transexual" (SARMENTO, 2012).

Segundo alguns documentos produzidos na época (DSM-IV, CID-10, SOC), os transexuais eram considerados portadores de enfermidades ligadas ao transtorno mental com tendência à automutilação. A ideia de que a transexualidade é uma patologia se prolifera até os presentes dias. De acordo com Zambrano (2003, p. 92):

> Percebe-se o discurso da medicina em patologizar o que não está dentro dos seus parâmetros classificatórios. Em relação ao sexo, o padrão dicotômico, e em relação a sexualidade, a prescrição da heterossexualidade. O que se afasta dos parâmetros é visto como desvio.

Ora, à luz do direito à autonomia que advém do princípio da dignidade da pessoa humana, é inadmissível reconhecer a transexualidade como algo catalogável, curável, ou que exige "normalização". Ao contrário, o gênero e o sexo (com as ressalvas explanadas anteriormente) são características fundamentais da formação da identidade da pessoa, inexistindo motivo que impeça seu livre exercício nas mais variadas tonalidades possíveis. Adotando gradativamente esta concepção, as organizações internacionais têm concentrado esforços para retirar a transexualidade do CID e do DSM, o que possibilitará, finalmente, a abordagem do problema que atinge os transexuais não como um problema médico, mas sim como uma matéria de direitos humanos (DE JESUS, 2012).

4. DIREITO AO NOME COMO FUNDAMENTAL ATINENTE À CONDIÇÃO DE PESSOA HUMANA

O Estado Democrático de Direito encontra sua base no princípio da dignidade humana e, por tal razão, tal preceito deve ser observado e respeitado em todas as esferas da sociedade e do Direito. A dignidade da pessoa humana proporciona a todo ser humano uma vida digna. A Constituição Federal, em seu art. 1º estabelece que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III -a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana confere a qualquer pessoa o direito a ser respeitada como é, não devendo ser prejudicada de modo algum em sua existência, em nada atingindo seu corpo, sua saúde, sua vida. Todo ser humano tem o direito de existir e se expressar como se enxerga e se sente, isto é, tem direito ao âmbito de existência individualizado. A respeito do princípio constitucional da dignidade humana, Moraes (2002, p. 129) preceitua que:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao

> respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa constitui um dos direitos basilares mais importantes e merece ser assegurado e protegido, tem como desdobramento o direito à imagem, à honra, à isonomia e à privacidade, dentre outros direitos essenciais para se viver dignamente. A honra consubstancia o conjunto de valores que caracterizam a personalidade, estando protegida pela Constituição. Por conseguinte, resguarda-se a dignidade da pessoa humana. O direito à imagem, em síntese, é o direito à proteção do aspecto físico do sujeito. A aparência externa reflete diretamente a personalidade (honra) da pessoa.

Quando a imagem do indivíduo transexual não é tutelada, sua honra estará transgredida, visto que seu nome e sua identidade civil não correspondem à sua aparência física. Deste modo, sua dignidade também é afetada. No Brasil, a pessoa transexual deve pleitear seu direito ao sexo e ao nome que se adéqua ao seu ser no âmbito jurídico. Como se não bastasse os desafios enfrentados para ter seus direitos assegurados, deve justificar seu pedido com base no princípio da dignidade humana, tão utilizado e até mesmo difundido nas demandas judiciais. Ora, se o Poder Legislativo apresenta-se silente em regrar inúmeras condutas sociais, é lançado mão de um preceito constitucional para fazer valer um direito de suma importância: o direito ao ser, o direito de ter um nome.

O direito ao nome é expressamente previsto no art. 16 do CC e no art. 58 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), constituindo um direito que integra a personalidade por duas razões: i) pelo local escolhido pelo legislador dentro da sistemática legal do Código Civil, isto é, estar inserido no Capítulo II (cuja denominação é "Dos Direitos

da Personalidade"); ii) por determinar a relação da pessoa com o meio social em que ela vive; afinal, é por meio do nome que o indivíduo se torna reconhecido e passa a ser identificado como único em suas relações sociais (BITTAR, 2015).

O direito ao nome é imprescindível à tutela da dignidade da pessoa humana, que além de representar um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, CF), sedimenta também um elemento de interpretação das regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais (MORAES, 2012).

Ademais, o direito ao nome é um direito humano fundamental que advém, especialmente, do Pacto de São José da Costa Rica, o que protege o direito ao nome (art. 18), o reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º), a liberdade pessoal (art. 7º, 1) e a honra e a dignidade (art. 11, 1). O Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cujo rol de direitos foi incorporado pelo art. 5º, § 2 º, da Constituição Federal, que também protege, expressamente, a igualdade (incluindo à identidade ou expressão de gênero sem qualquer tipo de discriminação, art. 5º, caput, da CF) e a vida privada, intimidade, imagem e honra (art. 5º, X, CF).

A respeito da identidade de gênero, Guerra (2010, p. 60) a conceitua como sendo um "complexo sistema de crenças, percepções ou sentimentos do indivíduo a respeito de si mesmo: a percepção de sua própria masculinidade, feminilidade ou intersexualidade".

Nesta esteira, a identidade de gênero estabelece, socialmente falando, dois gêneros: ou se é do feminino ou do gênero masculino, o que aponta novamente sua construção social em virtude das expectativas que cada gênero possui na sociedade. A autopercepção da pessoa deve se inclinar para um ou outro gênero, culminando, como no caso dos transgêneros, estranheza e discriminação, uma vez que o transgênero não se enquadra nesse binário, como visto anteriormente.

O Decreto 8.727/2016, que trata sobre a utilização do nome social e o reconhecimento de gênero dos transgêneros (leia-se transexuais e travestis), na esfera da Administração Pública Federal Direita, Autárquica e Fundacional prevê em seu art. 1º parágrafo único, II, a identidade de gênero como

> [...] dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento". É preciso chamar atenção para o termo prática social acima citado, para reafirmar a noção o gênero como sendo uma construção social (BRASIL, 2016).

Desta forma, o mero fato de ser pessoa já lhe dá o direito de ter um nome, compreendendo tanto o prenome quanto o sobrenome. Na situação dos transgêneros (que não se identificam com o nome do seu registro civil) a impossibilidade de mudança do nome seria capaz de causar constrangimentos diários, de modo a comprometer a sua paz interna e a sua relação com o meio social.

O direito ao nome possui íntima relação com os direitos humanos, pois esses últimos, segundo o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, correspondem a todos as pessoas pelo simples fato de terem nascido, ou seja, não podem ser limitados a membros de uma nação ou uma classe. É, também, um direito da personalidade estendido ao ser humano como um todo e daquele oriundo.

Se é através do nome que a pessoa tem seu reconhecimento na sociedade, já que ele reserva um atributo especial ao indivíduo, qual seja, a individualização e a própria identidade do ser humano, não é adequado e nem razoável impedir que o sujeito transgênero possa alterar seu nome em virtude da não existência de uma regra específica no ordenamento jurídico pátrio (CAMBI, 2018).

5. LEI DE REGISTROS PÚBLICOS –LEI Nº 6.015/1973 E O TRANSEXUAL

Ao analisar-se a Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o procedimento para qualquer tipo de alteração no registro civil é altamente rígido, fazendo-se imperioso uma avaliação detalhada acerca do que motivou tal mudança. A Lei de Registros Públicos objetiva preservar e assegurar o direito ao nome, assim como sua proteção em face de terceiros. Desde sua instituição, o propósito desta lei era

proibir eventuais ocorrências que colocassem a segurança jurídica em perigo, impedindo também fraudes. Assim estabelece os arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos:

> Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. 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. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. 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, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2013).

A Lei nº 6.015/1973 foi implementada durante a Ditadura Militar (1964-1985), em uma sociedade extremamente repressiva e reprimida, onde os "preceitos morais" não admitiam qualquer expressão de gênero ou conduta distintas daquelas reconhecidas como aceitáveis ou normais. Em uma sociedade considerada na época primitiva e conservadora, não se colocava em pauta a questão da transexualidade e, por conseguinte, não se discutia seus desdobramentos. O Direito apenas existe e se justifica se for ferramenta para tutelar e assegurar direitos e obrigações.

Ora, com a evolução social, os direitos e obrigações também passam por transformações, em consonância com os avanços tecnológicos, culturais, étnicos, éticos e médicos. Ao criar leis ou julgar, compete ao operador do direito levar em consideração a sociedade atual, respeitando os princípios em vigor e as ações humanas que norteiam o caminhar da sociedade, deixando de lado qualquer tipo de discriminação, bem como questões religiosas e motivos pessoais e íntimos.

6. BREVE ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 670.422

No ano de 2018, o STF sedimentou, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, e do Recurso Extraordinário 670.422, com repercussão geral reconhecida, uma nova fase pró-dignidade ao indivíduo transgênero.

Nesse sentido, vale colacionar a decisão do STF decidiu, sede da ADI n.4.275, vejamos:

> O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018 (STF, 2018, p.01).

A decisão da ADI 4.275/DF atribui interpretação de acordo com o texto constitucional ao art. 58, da Lei 6.015/1973 e conferiu aos transgêneros a possibilidade de alteração do prenome e sexo em seu registro civil sem a necessidade de processo judicial, bem como de cirurgia para mudança de sexo, laudos médicos e tratamentos hormonais.

Fundamentada no art. 102, § 2º, do texto constitucional, a eficácia dessa decisão prolatada pelo STF é *erga omnes*, isto é, produz efeitos contra todos, indiscriminadamente, vinculando todos os demais órgãos do Poder Judiciário (art. 927, inc. I, CPC), assim como a administração pública direta e indireta em todas os campos.

Outro julgado importante e igualmente significativo ocorreu no Recurso Extraordinário 670.422, oriundo do Rio Grande do Sul, que

teve repercussão geral reconhecida e visou questionar decisão prolatada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condicionou a modificação do assento sexual de nascimento do transexual à realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização, bem como determinou o uso do termo transexual no registro civil (MASSON, 2018).

O julgamento desse Recurso foi iniciado em novembro de 2017, mas foi suspenso após pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. Retomado em 15 de agosto de 2018, o Plenário decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao Recurso Extraordinário 670.422.

Como o objeto da ADI 4.275/DF, basicamente tratou da mesma questão, a decisão do STF não foi diversa, tendo o Tribunal sedimentado o seguinte entendimento:

> i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo "transgênero"; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos". Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.08.2018 (STF, 2018, p.01).

Verifica-se que a tese formulada guarda íntima relação com o julgamento prolatado em sede da ADI 4.275, ficando sedimentado pelo STF o direito subjetivo do indivíduo transgênero poder retificar seu prenome civil e gênero em seu registro civil de nascimento, sem condicionar tal direito à realização de cirurgia de transgenitalização, não se exigindo, tampouco, autorização judicial para tal retificação. Também foi estabelecido a proibição da inserção do termo transgênero no registro civil, ressalvado requerimento do próprio interessado ou decisão judicial.

Posteriormente, o CNJ disciplinou a alteração de sexo e nome nos assentos de nascimento dos sujeitos trans diretamente nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, editando o Provimento 73/2018, permitindo que as pessoas maiores de 18 anos possam solicitar a alteração do prenome e do gênero, com o objetivo de ajustá-los à identidade que se reconhece, independentemente de prévia autorização judicial (devendo, ao contrário, declarar que não há um processo judicial em andamento com a finalidade de modificar o nome e/ou o sexo do documento) e de realização de cirurgia de transgenitalização (BRASIL, 2018).

No entanto, caso o interessando já tenha uma demanda judicial em trâmite, deverá desistir do pleito, para que possa requerer a alteração diretamente no Cartório em que foi realizado o seu registro de nascimento.

A tese consolidada, resultado da repercussão geral, como já sinalizado, vincula todos os entes federados, inclusive, a Administração Pública. Nesta esteira, é obrigatória a observância do que foi decidido pela Suprema Corte. Logo, restou sedimentado, por duas vezes, via decisões do STF, o reconhecimento da dignidade dos transgêneros como indivíduos que, independentemente de qualquer condição, devem ser respeitados acima de tudo pelo simples fato de serem iguais a todos os demais cidadãos.

7. CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que são transgêneros os seres humanos que não se adequam ao sistema binário (homem-pênis/mulher-

-vagina), sendo o termo empregado como guarda-chuva para englobar qualquer indivíduo que não se enquadre nas regras de gênero (como transexuais, travestis, drag kids e drag queens), inexistindo relação necessária entre transgênero e obrigatoriedade de submissão ao procedimento cirúrgico para a retificação do registro civil.

Por certo, o direito ao nome representa um direito humano fundamental inerente à personalidade, e sua tutela é imprescindível para o reconhecimento social de cada ser humano, devendo, por esta razão, condizer com a realidade psíquica e não biológica do indivíduo, assim, cada uma das pessoas por ser única, deve ser reconhecida de acordo com suas especificidades e necessita ser respeitada enquanto tal, por esta razão, o prenome e o gênero do registro civil devem exteriorizar a real identidade do indivíduo, não podendo deixar de ser modificados em virtude do sexo biológico (de nascimento).

Nesse contexto, em 2018, O STF, ao julgar a ADI 4.275 e o RE 670.422, cristalizou a possibilidade de alteração do prenome ao indivíduo transgênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de submissão a tratamentos hormonais, reconhecendo ser seu direito fundamental subjetivo proceder à mudança do nome e do gênero, bastando apenas sua declaração de vontade, sendo a tutela desse direito fortalecido pelo Provimento 73/2018 do CNJ, que disciplinou as mudanças de nome e gênero no registro civil para o indivíduo transgênero.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. **Provimento 73/2018.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/cnj-regulamenta-alteracoes-nome-sexo.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** Brasília, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e direitos LGBTI.** 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. GUERRA, Andréa Trevas Maciel; JÚNIOR, Gil Guerra (Org.). **Menino ou menina? Distúrbios da diferenciação do sexo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Rubio, 2010.

MASSON, Nathália. **Manual de direito constitucional.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPIZZIRRI, Giancarlo; PEREIRA, Carla Maria de Abreu; ABDO, Carmita Helena Najjar. **O termo gênero e suas contextualizações.** Programa de Estudos em Sexualidade (ProSex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Diagn Tratamento. 2014.

STF. **ADI 4275.** Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 08 mar. 2020.

STJ. **Recurso Especial: Resp. 1.008.398/SP.** Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe: 18.11.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=nome+civil+transexual&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 02 mar. 2020.

STF. **Recurso Extraordinário: RExt. 670.422.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4192182&numeroProcesso=670422&classeProcesso=RE&numeroTema=761>. Acesso em: 06 mar. 2020.

STJ. **Recurso Especial: REsp 1.626.739/RS.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 01.08.2017. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602455869&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 02 mar. 2020.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Trocando os documentos: um estudo antropológico sobre a cirurgia de troca de sexo.** Dissertação de mestrado, Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2003.

A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA POR MEIO DA CONCRETIZAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Darlan Alves Moulin

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais como forma de garantir a efetivação da dignidade humana. Questiona-se, como problemática, se o princípio da dignidade da pessoa humana é, de fato, efetivado, principalmente para aqueles que se encontram em situação e vulnerabilidade social. Cogita-se que há uma verdadeira violação a esse princípio, hipótese confirmada por meio de diversos estudos que demonstram que grande parte dos direitos fundamentais sociais não são efetivados pelo Poder Público, o que acaba por impedir que as pessoas possam ter as mínimas condições para uma vida digna.

Desta forma, objetiva-se demonstrar que é necessário o Poder Público garantir a efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, de modo a efetivar o princípio da dignidade humana, garantindo a todos às mínimas condições para terem uma digna. Para tanto, utilizou-se os métodos crítico de revisão bibliográfica e análise documental para se demonstrar que o princípio da dignidade humana somente será efetivado quando hou-

ver a concretização, no mínimo, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

2. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: CONCEITOS E BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, é importante esclarecer algumas dúvidas que giram em torno dos conceitos sobre direitos humanos e fundamentais. Um dos grandes problemas em relação a isso é a confusão terminológica existente em torno de tais conceitos, uma vez que existem diversas denominações utilizadas para definir os direitos humanos e fundamentais, tais como "direitos naturais", "direitos do homem", "direitos humanos", "direitos fundamentais do homem", "liberdades públicas", "direitos individuais", "direitos públicos subjetivos", dentre outros (SILVA, 2014, p. 172).

Assim, verifica-se que existe uma relação entre os conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, observa-se que os direitos humanos "podem ser definidos como o conjunto de direitos imprescindíveis à subsistência do ser humano" (SERRANO, 2017, p. 179), enquanto que os direitos fundamentais são "aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado". (SERRANO, 2017, p. 181).

Observa-se, então, que os direitos humanos e os direitos fundamentais visam resguardar a efetivação da dignidade humana. Tais direitos estão relacionados às necessidades básicas de cada indivíduo, motivo pelo qual devem ser atendidas para que as pessoas possam viver com a dignidade que deve ser assegurada a todos os indivíduos (SERRANO, 2017, p. 179).

Desta forma, percebe-se que os direitos humanos estão relacionados à proteção que é dada ao indivíduo, enquanto ser humano, de forma natural e universal, estando relacionada ao plano internacional; enquanto a noção de direitos fundamentais está relaciona aos direitos humanos que foram positivados no ordenamento jurídico interno de cada Estado (NUNES JÚNIOR, 2009).

Assim, observa-se que a teoria dos direitos fundamentais é construída de acordo com o contexto histórico, o qual demonstra uma evo-

lução para o aperfeiçoamento da proteção a ser dada ao conteúdo de tais direitos, no decorrer do espaço e do tempo.

Quanto a esse tema, verifica-se, como exemplo, que a Constituição Federal do Brasil utiliza a expressão "direitos fundamentais" para se referir aos direitos que nela estão positivados no título II (Dos direitos e garantias fundamentais), e se utiliza da expressão "direitos humanos" para tratar dos direitos que estão relacionados aos tratados e convenções internacionais (NOVELINO, 2014, p. 378).

É importante esclarecer que, apesar da distinção terminológica, os direitos fundamentais serão sempre direitos humanos, uma vez que o seu titular será sempre o ser humano (SARLET, 2015, p. 29).

Uma das maiores conquistas político-jurídicas da história da humanidade foi, sem dúvida, o reconhecimento dos direitos fundamentais, uma vez que, após os movimentos revolucionários burgueses do século XVIII, ocorreu a positivação de diversos direitos inerentes à natureza humana, os quais não eram universais e legitimados até aquele momento. Assim, verifica-se que a declaração solene dos direitos fundamentais é o fundamento por meio do qual se apoia a unidade política de um povo (SCHIMITT, 2003, p.167).

Pode-se citar como marco inicial deste movimento de positivação de direitos a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, e ainda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 (NOVELINO, 2014, p. 377). Em seguida, ocorreu uma proliferação das declarações de direitos, as quais serviram de base para a elaboração das constituições estatais.

Essa busca por direitos visava, sobretudo, à limitação do poder do Estado, bem como a garantia dos direitos individuais. Assim, o alcance e a natureza dos direitos fundamentais seguiram, inicialmente, a ordem histórica de sua institucionalização, da mesma forma que os ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

3. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

O processo de evolução dos direitos humanos e fundamentais deve ser analisado com observância das lutas, transformações e revoluções

que ocorreram ao longo da história da humanidade, na qual muitas sociedades se organizaram e buscaram proteção para alguns bens jurídicos de fundamental importância para que as pessoas pudessem viver de forma harmoniosa dentro da sociedade, equilibrando, assim, as relações sociais. Nesse sentido, verifica-se que:

> Os Direitos Humanos podem ser compreendidos como aqueles que são comuns a todos os seres humanos, sem que haja qualquer distinção quanto à orientação sexual, religiosa, ideológica, étnica, dentre outras. É importante esclarecer que os direitos humanos são direitos históricos, os quais foram conquistados em todo o mundo após intensas lutas das classes menos favorecidas. Assim, verifica-se que os direitos humanos estão relacionados com o ideal do princípio da igualdade, o qual afirma que tais direitos devem ser aplicados a todas as pessoas, sem que haja qualquer distinção, uma vez que esses direitos se encontram interligados por serem de extrema importância para que o ser humano possa ter uma vida digna. (MOULIN; ARBEX; SILVA, 2017, p. 06).

Desta forma, verifica-se que é possível, por meio de um estudo histórico, conhecer o anseio de uma sociedade pela proteção de cada grupo de direito fundamental, objetivando a total proteção à dignidade da pessoa humana, a qual fora conquistada de forma distinta em cada momento histórico. Essa proteção vai se agregando a cada período para uma proteção ainda mais completa na atualidade.

Inicialmente, a doutrina classificou esse processo de evolução como gerações de direitos (BONAVIDES, 2007, p. 561). No entanto, deve-se esclarecer que a preferência dos autores modernos é pelo termo de dimensões de direitos, uma vez que o termo anteriormente adotado pela doutrina trazia noção errônea de fragmentação, isto é uma geração iria evoluir e substituir as conquistas realizadas anteriormente, o que não é verdade, já que a evolução dos direitos fundamentais deve ser compreendida em caráter de complementaridade (SARLET, 2015, p. 55).

Os direitos de primeira dimensão são caracterizados, principalmente, pela intervenção mínima do Estado, ou seja, pelo absenteís-

mo estatal, sendo denominados de direitos negativos, pois limitava o autoritarismo do Estado, o que acarretou o surgimento do Estado de Direito. Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão foram concebidos como limitação à atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. (SARMENTO, 2006, p. 12-13). A primeira dimensão dos direitos fundamentais está relacionada aos "direitos civis e políticos relativos à liberdade, são os direitos de garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas)". (SERRANO, 2017, p. 186).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram e se consagraram na Revolução Industrial que ocorreu na Europa no século XIX, estando relacionados à ideia de concretização da igualdade material. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, esses direitos exigem uma atuação positiva do Poder Estatal por meio de políticas públicas, que devem dar efetividade aos direitos sociais, econômicos e culturais, ou seja, aqueles direitos diretamente relacionados com educação, saúde, habitação, segurança, trabalho, assistência e previdência social, dentre outros.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 57) esclarece que os direitos de segunda dimensão

> [...] são uma densificação do princípio da justiça social, sendo que correspondem invariavelmente, a reivindicação das classes menos favorecidas, sobretudo a operária, a título de compensação em decorrência da extrema desigualdade que caracteriza suas relações com a classe empregadora, detentora do maior poderio econômico.

Os direitos de terceira dimensão são aqueles que buscam efetivar os postulados da fraternidade ou solidariedade, os quais surgiram por meio das profundas transformações sociais, principalmente no âmbito internacional, por meio da consciência ambiental, do capitalismo e do desenvolvimento científico e tecnológico.

Vale ressaltar que o rol dos direitos de terceira dimensão não é taxativo, uma vez que a solidariedade admite a existência de diversos outros direitos que visem proteger o gênero humano. Pablo

Jiménez Serrano (2017, p. 187) leciona que os direitos de terceira dimensão são:

> [...] os direitos de titularidade coletiva, atribuídos às formações sociais, atualmente protegidos constitucionalmente, como direitos de solidariedade ou fraternidade, por exemplo, o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...]

Verifica-se que os direitos de terceira dimensão estão relacionados com a necessidade de preservação da vida sadia para todos os indivíduos, já que essa dimensão de direitos não se refere apenas aos direitos de um indivíduo, de forma isolada, mas pertencem a toda a coletividade.

O processo de evolução dos direitos fundamentais fez surgir à quarta dimensão de tais direitos. Observa-se que a concretização dos direitos de terceira dimensão como o desenvolvimento sustentável por meio de um meio ambiente equilibrado, somente será possível, se houver uma sociedade consciente, razão pela qual se faz necessário "[...] incluir o direito de viver numa sociedade consciente (consciência social: jurídica e moral), aquela que permitirá uma real convivência, como um dos direitos de quarta geração". (SERRANO, 2017, p. 187).

Norberto Bobbio (2004, p. 05) leciona sobre a existência de outros direitos de quarta dimensão, os quais são decorrentes dos avanços da engenharia genética, visto que esses avanços podem comprometer a existência da humanidade. Nesse sentido, observa-se que:

> Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para assim dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da

> pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Paulo Bonavides (2017, p. 572), por sua vez, sustenta a existência de uma quarta dimensão de direitos, mas em outro viés. Afirma que essa dimensão foi introduzida pela globalização política, estando relacionada à ideia de democracia, de pluralismo e de informação. Para o autor (2007, p. 579), os direitos de quinta dimensão estão relacionados ao direito à paz devido a sua relevância, razão pela qual necessita de uma proteção especial e reconhecimento por parte do Estado.

Portanto, verifica-se a extrema relevância dos direitos fundamentais, os quais são oriundos de diversas lutas e conflitos históricos que acabaram por impor ao Estado o dever de prestações positivas ao mesmo tempo em que visavam resguardar a liberdade e defesa dos direitos individuais e coletivos das pessoas, resguardando, desta forma, os valores mais importantes para as sociedades ditas democráticas (CANOTILHO, 2003, p. 541-542).

Por tais razões, é necessário que haja uma proteção aos direitos fundamentais, tendo em vista a sua importância, para que as pessoas possam viver com dignidade, motivo pelo qual é necessário que todos, Poder Público e sociedade, se unam na busca pela concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões para todos os indivíduos, com o objetivo de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Os direitos fundamentais podem ser entendidos como a positivação dos direitos humanos nas Constituições dos Estados Soberanos. São direitos e garantias ideologicamente presentes nos ordenamentos jurídicos e acabam por designar situações jurídicas, ou seja, direitos não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente realizáveis e efetiváveis (SILVA, 2014, p. 179-180).

A Constituição brasileira de 1988 proporcionou um grande avanço na proteção dos direitos e garantias fundamentais ao instaurar um regime democrático no Brasil e positivar vários direitos humanos que

já estavam sendo discutidos e tutelados em âmbito internacional, por meio das convenções e tratados internacionais. A atual Constituição Federal brasileira traz em seu bojo o reconhecimento dos direitos sociais, civis e políticos, sendo considerada um marco jurídico da ruptura do regime militar autoritário que dominou o Brasil por mais de 20 (vinte) anos. Nesse sentido,

> A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevos extraordinários, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil. (PIOVESAN, 2013, p. 84).

Corroborando esse entendimento, Melina Girardi Fachin (2015, p. 485-486) leciona que

> [...] é apenas no pós-88, com a ruptura e superação da ordem totalitária no Brasil, que o direito constitucional se abre para a proteção dos direitos fundamentais o âmbito interno e internacional. A nova ordem constitucional promoveu, no cenário jurídico pátrio, a reinvenção do marco protetivo dos direitos humanos; no plano internacional esse novo paradigma se traduz na assunção de postura proativa em relação aos direitos humanos, com a ratificação dos principais tratados sobre a matéria.

O Estado Democrático de Direito no Brasil possui diversos fundamentos, dentre os quais merecem destaque a dignidade da pessoa humana e a cidadania, conforme dispõe o artigo 1º, II e III, da Constituição Federal de 1988, uma vez que "[...] os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora". (PIOVESAN, 2013, p. 86).

Ratificando esse entendimento, percebe-se que "a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado". (PIOVESAN, 2013, p. 86).

Logo, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 escolheu a dignidade humana como o valor essencial responsável para lhe atribuir unidade de sentido. Por essas razões, verifica-se que a ordem constitucional de 1988 é fundamentada no valor da dignidade humana.

O princípio da dignidade humana tornou-se o responsável por conferir unidade material à Constituição, tendo em vista que foi eleito como norte orientador tanto para o direito interno como para o direito internacional, uma vez que centraliza e unifica todo o sistema jurídico, passando a assumir uma função importante nesse processo. Quanto a este tema,

> [...] luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN, 2013, p. 90).

A Constituição Federal de 1988 deu especial atenção à temática dos direitos fundamentais, motivo pelo qual os elegeu como cláusulas pétreas, demonstrando, assim, seu objetivo de proteger os direitos e garantias fundamentais. O artigo 60, § 4º, da Lei Maior apresenta as hipóteses que não poderão ser suprimidas nem por emendas constitucionais, sendo consideradas cláusulas pétreas do Texto Constitucional e, portanto, inatingíveis. Essas cláusulas podem ser conhecidas como: a) a forma federativa de Estado, b) o voto direto, secreto, universal e periódico, c) a separação dos Poderes e d) os direitos e garantias individuais.

É importante esclarecer que as Constituições brasileiras anteriores priorizavam o tratamento e a regulamentação do Estado para só depois disciplinarem os direitos. Naquelas Constituições, as cláusulas pétreas se referiam somente a temas que eram relacionados ao Estado e não a

direitos. Nelas, os direitos eram fundamentos sob a ótica do Estado, enfatizando os deveres dos súditos. Na nova Ordem Constitucional, os direitos são pensados para a efetivação da cidadania, tendo em vista que "a nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte príncipe* para a lente *ex parte populi"*. (PIOVESAN, 2013, p. 90, grifos da autora).

Flávia Piovesan (2013, p. 84) sustenta que "a consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito [...]". Desta forma, verifica-se que houve grande repercussão no âmbito internacional quanto a essas transformações internas, o que acabou por resultar na imposição dos debates sobre direitos humanos na agenda internacional do Estado Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a dimensão dos direitos e garantias constitucionais ao incluir em seu catálogo de direitos fundamentais não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais que encontram-se positivados no Capítulo II, Título II da Lei Maior. É importante esclarecer que os direitos sociais somente ganharam o status de direito fundamental com a Constituição de 1988, tendo em vista que nas Constituições anteriores os dispositivos relativos a esses direitos estavam distribuídos no capítulo dedicado à ordem econômica e social, não possuindo um título reservado a esses direitos e garantias.

Salienta-se que o atual Texto Constitucional é baseado nos princípios da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, os quais sustentam que os valores constitucionais da liberdade e da igualdade devem se complementar, não havendo possibilidade de separá-los por ocasião da concretização desses direitos.

Desta forma, verifica-se que o atual texto constitucional é o mais abrangente visando à tutela da dignidade humana, tendo em vista que:

> [...] O texto constitucional atual é, no que tange à matéria dos direitos humanos e fundamentais, o mais generoso. A primazia

> e centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, a alteração topográfica do capítulo concernente à matéria para o início do texto constitucional, o incremento substancial do rol, a inclusão dos direitos sociais, a petrificação dos direitos fundamentais, dentre outras características, figuram como exemplo desse giro humanista perfilhado pela Constituição promulgada em 1988. (FACHIN, 2015, p. 489).

O atual Texto Constitucional prevê, além dos direitos individuais, os direitos de titularidade difusa e coletiva. Estes se referem à determinada classe social ou categoria, enquanto que aqueles pertencem a cada um e a todos ao mesmo tempo. Essa ampliação de direitos se deu porque "a Carta de 1988, ao mesmo tempo que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando para a existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, por meio da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais". (PIOVESAN, 2013, p. 91).

Desta forma, verifica-se que os direitos e garantias fundamentais devem ser utilizados como critérios interpretativos de todas as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a força expansiva pela qual são dotados.

É importante esclarecer, ainda, que a Constituição Federal de 1988 positivou os direitos e garantias fundamentais do Estado brasileiro em seu Título II, subdividindo tais direitos em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Logo, percebe-se que a classificação utilizada pelo constituinte demonstra a existência de cinco espécies para o gênero direitos e garantias fundamentais que podem ser classificadas como: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Apesar de serem utilizados diversos termos pelo Constituinte de 1988 para se referir aos Direitos Fundamentais, sua intenção nunca foi a de dificultar ou confundir a compreensão dos valores fundamentais ali contidos, nem violar o manto protetor que se pretendia conceder aos direitos do homem. Pelo contrário, o constituinte visava conceder

a maior amplitude possível aos direitos fundamentais consagrados no Texto Constitucional para a proteção da dignidade humana.

5. MÍNIMO EXISTENCIAL: O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Mínimo existencial pode ser compreendido como aquela parcela dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, que são indispensáveis para que os indivíduos possam ter uma vida digna, uma vez que "há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas". (TORRES, 2009, p. 35).

De acordo com Luis Roberto Barroso (2013, p. 165-166), o Estado Democrático de Direito se baseia nos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais. O autor afirma, ainda, que esses direitos incluem a liberdade, que está relacionada com a autonomia privada, e a igualdade, que pode ser entendida como o direito ao tratamento digno de todas as pessoas; bem como o mínimo existencial, que seriam as condições básicas de saúde e educação, responsáveis por permitir que os indivíduos tenham acesso aos valores civilizatórios e à participação consciente no processo político e no debate público.

Darlan Alves Moulin e Yasmin Arbex (2018, p. 105) afirmam que:

> [...] o mínimo existencial está intimamente relacionado com as condições mínimas que cada indivíduo precisa ter para usufruir de uma vida digna. O direito ao mínimo existencial faz com que o Estado venha agir, de forma direta, através de prestações positivas e negativas, de modo a concretizar o núcleo mínimo dos direitos necessários para que cada indivíduo possa ter uma vida digna.

Importante esclarecer que o mínimo existencial, no Brasil, não seria um êxito da Constituição Federal de 1988, uma vez que algumas Constituições anteriores, tais como 1824 e 1934, já haviam efetivado

de forma basilar algumas garantias do mínimo existencial, especialmente quanto aos direitos à saúde e educação (MYAMOTO; COURA, 2015, p. 83-84).

Essas condições básicas para que as pessoas possam ter uma vida digna, positivadas expressamente ou não em um texto constitucional, devem ser analisadas e interpretadas de acordo com o conteúdo material do Texto Constitucional e dos direitos fundamentais. Por tais razões, percebe-se que não seria viável que fosse fixado de modo taxativo uma lista de componentes nucleares do mínimo existencial, por se tratar de um rol fechado de posições subjetivas positivas e negativas, referentes a esse mínimo, uma vez que o entendimento do mínimo existencial está relacionado com uma atribuição prestacional (positiva) e defensiva (negativa) quanto aos direitos fundamentais sociais (MYAMOTO; COURA, 2015, p. 84).

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 37-38) sustenta que o mínimo existencial é direito de dupla face, ou seja, é protegido negativamente contra as intervenções do Estado, sendo certo que o direito ao mínimo existencial deve ser garantido positivamente pelas prestações estatais, por meio de políticas públicas. O referido autor sustenta, ainda, que o mínimo existencial possui status *positivus* e status *negativus,* motivo pelo qual diversas vezes essas prestações positivas e negativas acabam se complementando reciprocamente.

Claudia Toledo (2016, p. 830-831), por sua vez, leciona que o mínimo existencial é o único direito fundamental definitivo existente, motivo pelo qual goza de exigência imediata. Para a autora, todos os demais direitos fundamentais são *prima facie*, ou seja, esses direitos podem sofrer ponderações para suas concretizações. Sustenta, ainda, que o mínimo existencial não exclui a ponderação, mas se sobrepõe a ela, uma vez que possui certa estabilidade temporal, transformando-se no único direito fundamental definitivo.

É importante esclarecer que o mínimo existencial é o agrupamento dos diversos direitos fundamentais sociais, cujo núcleo essencial pode ser garantido por meio do Poder Judiciário que tem o dever constitucional de concretizar o núcleo essencial de tais direitos, já que estão diretamente relacionados com a dignidade humana.

A noção de mínimo existencial ganhou força na Teoria dos Princípios, de Robert Alexy (2008); nela o autor afirmou que o mínimo existencial é formado pelo conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos que visam garantir as condições básicas, para que todos os indivíduos tenham uma vida digna. O autor registrou, ainda, que na Alemanha o mínimo existencial compreende os núcleos essenciais dos direitos fundamentais sociais à saúde, educação e moradia, ou seja, um nível mínimo de assistência médica, uma educação fundamental, média e profissionalizante e uma moradia simples a todos os indivíduos.

Nesse sentido, percebe-se que na realidade contemporânea brasileira, o mínimo existencial é composto pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais relacionados à saúde e educação.

> Isso porque tem-se como (i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público (uma vez que este deve ser planejado mediante ordem de prioridade de investimento dos recursos financeiros), a garantia de educação no nível infantil e ensino fundamental e de um nível básico de assistência médica. (TOLEDO, 2016, p. 832).

Ana Paula de Barcellos (2008, p. 323) sustenta que, de acordo com o princípio da dignidade humana, o mínimo existencial seria composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental. Esses elementos podem ser identificados como a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça, os quais correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana, possuindo eficácia jurídica positiva e status de direito púbico subjetivo que pode ser exigido perante o Poder Judiciário.

Ingo Sarlet (2012, p. 320) atesta que o mínimo existencial é diferente do mínimo vital, uma vez que este pode ser compreendido como aquelas condições que visam à garantia da sobrevivência física da pessoa, enquanto aquele compreende a concretização mínima de todos os direitos fundamentais sociais, motivo pelo qual designou de "mínimo existencial sociocultural", incluindo, desta forma, o direito à educação.

Importante salientar que o mínimo existencial somente se completa com o mínimo existencial sociocultural, visto que ele não pode

ser confundido com o mínimo vital, já que o mínimo existencial é a garantia de que todos os indivíduos terão condições básicas para ter uma sobrevivência física em condições mínimas. Portanto, verifica-se que o mínimo existencial pode ser compreendido como a reunião dos direitos fundamentais sociais necessários para ter uma vida digna, cujo núcleo essencial pode ser garantido judicialmente (MYAMOTO; COURA, 2015, P. 81).

Quanto ao núcleo essencial do mínimo existencial, este deve ser entendido como parcela do direito fundamental que é intangível. É importante esclarecer que esse núcleo essencial não é idêntico em cada direito social, motivo por que se torna necessário uma maior contextualização para a sua identificação (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 185).

Desta forma, verifica-se que para uma melhor compreensão do significado de mínimo existencial torna-se imprescindível a definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que dele fazem parte. Para tanto, se faz necessário analisar duas teorias, quais sejam: a absoluta e a relativa. Para essa teoria, cada direito fundamental possui um núcleo intangível que não é passível de intervenção em hipótese alguma. Além disso, os direitos fundamentais não serão variáveis e não dependerá da análise de cada caso concreto (FREITAS, 2007, p. 198).

Já a teoria relativa afirma que o núcleo essencial será identificado a partir da ponderação dos princípios que estiverem em colisão em determinado caso concreto (ALEXY, 2012, p. 296). Por tais razões, verifica-se que o conteúdo dos direitos fundamentais poderá ser restringido ou expandido de acordo com a análise do caso concreto, após uma ponderação dos princípios em colisão, uma vez que para a teoria relativa, o núcleo essencial de um direito fundamental pode sofrer variações, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Portanto, verifica-se que, no Brasil, a teoria que predomina para a identificação do núcleo essencial de um direito fundamental é a teoria relativa, uma vez que a descoberta desse núcleo dependerá da análise de cada caso concreto. Essa análise de cada caso é de suma importância para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que as necessidades básicas dos indivíduos são distintas e poderão variar de acordo

com a realidade de cada caso concreto, motivo pelo qual se faz necessário o debate e a argumentação racional pública quanto à concretização de tais direitos.

6. CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, constatou-se que a dignidade humana somente será efetivada quando houver a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social, já que estes são responsáveis pela realização da igualdade material, garantindo às pessoas em situação de vulnerabilidade às condições mínimas necessárias para desfrutarem de uma vida digna.

Desta forma, observa-se que o Estado tem um papel de fundamental importância para a concretização desses direitos, não podendo utilizar desculpas como a falta de recursos públicos ou restrição orçamentária para se abster de efetivar os direitos fundamentais sociais. Registre-se que o STF já declarou que contra o núcleo mínimo dos direitos fundamentais não cabe a utilização do argumento da reserva do possível, uma vez que o mínimo existencial está diretamente relacionado com a dignidade humana, motivo pelo qual deve ser concretizado pelo Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Law, morality and the existence of human rights. In: **Ratio Juris**. Hoboken: John Wiley & Sons Inc, v. 25, n. 1, p. 02-14, 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9337.2011.00499.x>. Acesso em 01 jul. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **Direitos sociais em debate.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 159-187.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

FACHIN, Milena Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FREITAS, Luiz Fernando Calil. **Direitos Fundamentais:** limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOULIN, Darlan Alves; ARBEX, Yasmin Juventino Alves. A solidariedade latino americana como instrumento de concretização da dignidade humana e do estado de bem-estar social. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 27, 2018, Salvador/BA, **Anais do XXVII Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux. ISBN: 978-85-5505-599-7.

MOULIN, Darlan Alves; ARBEX, Yasmin Juventino Alves; SILVA, Daisy Rafaeda da. Cidade educadora: o papel da sociedade civil no processo de formação para a educação em Direitos Humanos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL SALESIANO DE EDUCAÇÃO, 03, 2017, Lorena/SP, **Anais do III Congresso Internacional Salesiano de Educação.** Lorena, UNISAL. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/sistemas/conise/anais/205_13500772_ID.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

MYAMOTO, Yumi Maria Helena; COURA, Alexandre de Castro. Controle jurisdicional de políticas públicas e mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi, STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 77-90.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição de 1988:** Estratégias de Positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14° ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 32, outubro, novembro e dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-dezembro-2012-Ingo-Sarlet.pdf> Acesso em: 01 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n.1, out./dez. 2007, p. 171- 213.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SCHIMITT, Carl. **Teoría de La Constitución.** Madrid: Alianza Editorial SA, 2003.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Teoria do direito:** contribuição ao pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37 ed, São Paulo: Malheiros, 2014.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Núria Belloso. **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2016, p. 821-834.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FAKE NEWS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

Rafael Rodrigues Soares
Danilo Ikeda Caetano
Keila Dara Castaldeli Pereira

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais estão sujeitos a um processo de contínuo desenvolvimento, tendo sofrido transformações ao longo da história humana. Hoje é caracterizado por diversas dimensões. Três delas possuem reconhecimento sem maiores divergências: primeira, segunda e terceira. Respectivamente, correspondem aos valores da liberdade, igualdade e fraternidade.

No entanto, a era da informação apresenta riscos imprevisíveis, disseminados por meio de mídias sociais, expondo ainda mais os indivíduos à cultura do consumo, no intuito de colher informações e identificar padrões, transformando usuários em mercadorias a serem oferecidas às empresas para direcionarem sua publicidade.

Com as revoluções ocorrendo de maneira altamente velozes impulsionadas pelos avanços tecnológicos, temas tradicionais, como por exemplo, direitos fundamentais de expressão e informação, ganham contornos tecnológicos e digitais, na medida em que influenciam o comportamento em sociedade.

Neste contexto, o presente trabalho tem o singelo objetivo de abordar a temática do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão no atual cenário de relações sociais impulsionadas pela *internet* e os efeitos causados na sociedade de risco.

A partir da abordagem dedutiva, através da revisão bibliográfica, o artigo visita definições trazidas pela doutrina jurídica com o propósito de ressaltar a importância da responsabilidade do indivíduo no exercício dos direitos no contexto atual da sociedade.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A partir das primeiras Constituições, os direitos fundamentais sofreram diversas transformações, seja em relação ao seu conteúdo e titularidade, seja em relação a sua eficácia e efetivação.

Sem maiores divergências, são concebidas três dimensões de direitos fundamentais, como prefere a doutrina moderna ao invés do termo "gerações", que remete a uma impressão errônea de que tais direitos se substituem gradativamente.

Do contrário, os direitos fundamentais possuem um caráter de desenvolvimento progressivo, de complementariedade, pois se encontram em processo de constante transformação, recepcionando variados posicionamentos jurídicos oriundos de mudanças sociais, políticas, culturais e econômicas no decorrer dos tempos (SARLET, 2001, p. 48-49).

As primeiras Constituições escritas, decorrentes da ideologia liberal-burguesa, positivaram alguns direitos fundamentais, denominados de primeira dimensão, onde a individualidade tinha primado.

Buscava-se a afirmação do indivíduo perante o Estado, exigindo que este atuasse de forma negativa, abstendo-se de intervir no âmbito da autonomia individual. São os direitos à liberdade (de expressão, de imprensa, de reunião, etc.), à vida, à propriedade e à igualdade perante a lei (SARLET, 2001, p. 50).

Os direitos de primeira dimensão consagravam uma liberdade e igualdade apenas formais, que se mostrou distante de uma concretização efetiva após os problemas sociais e econômicos trazidos pela revolução industrial.

Portanto, era preciso que o Estado atuasse para a realização de justiça social, já que a atuação livre dos indivíduos gerava desigualdade. Neste momento histórico, não se tratava mais de liberdade perante o Estado, mas de liberdade por meio deste, uma atuação positiva do Estado.

O direito a prestações estatais consubstancia a forma clássica dessa dimensão (assistência social, saúde, educação, previdência, etc.) demonstra a transformação das liberdades formalmente abstratas em liberdades materialmente concretas.

Tais direitos englobam também as liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos dos trabalhadores (férias, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho), porém, estes direitos fundamentais são destinados ao indivíduo e não à coletividade, objeto dos direitos de terceira dimensão (SARLET, 2001, p. 52).

A segunda dimensão é o pressuposto para a realização da liberdade como valor moral substantivo, descrita por Sen (2000, p. 32), já que possibilita condições mínimas para a satisfação humana e social, removendo mecanismos de privação da liberdade ao propiciar garantias para o seu efetivo gozo.

Com a consciência de que o mundo estava dividido entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento, em um momento de pós segunda guerra mundial, impactado pela descolonização e por novas tecnologias, permeado por outras reinvindicações fundamentais do ser humano, foi necessário buscar amparo em uma nova e desconhecida dimensão de direitos fundamentais, assentada nos valores da fraternidade (BONAVIDES, 2011, p. 569).

1.2. DIREITO DE INFORMAÇÃO E RESPONSABILIDADE

A Constituição Federal de 1988, de maneira abrangente, garante o acesso à informação. Entretanto, historicamente, durante muito tempo, a normalidade consistia na ausência de informações, tanto no aspecto pessoal, quanto coletivo, com base no Aviso nº 83 de 1837 que consistia em: "Nº 83: Aviso ao Presidente da Província do Espírito Santo, declarando-lhe que deve mandar passar Certidões de tudo

aquilo, que não envolver matéria de segredo, ou comprometimento alheio.". (BRASIL, 2019)

Tal dispositivo foi reproduzido na Constituição de 1946, no artigo 141, §36 e de certa forma na Constituição de 1967, no artigo 153, §35.

Já no texto da Constituição Federal de 1988, o direito à informação que trata o artigo 5º, inciso XXXIII refere-se ao direito de acesso de todos à informações perante os órgãos públicos, seja de interesse pessoal, coletivo ou geral.

No prisma dos Tratados e Convenções Internacionais, é encarado como fundamental o direito à liberdade de opinião e de expressão, compreendido aqui também o direito de o cidadão receber e transmitir informação, de procurar e difundir ideias de qualquer natureza (GAIO JÚNIOR; MAURMO; SANTOS, 2018, p. 233), por qualquer meio de comunicação e qualquer forma de expressão.

Neste sentido, nas lições de Bobbio trazidas por Cueva:

> É preciso que os cidadãos saibam distinguir as proposições verdadeiras das proposições falsas e que reconheçam aqueles que querem enganá-los, evitando cair nas armadilhas retóricas dos demagogos. Não é a toa que, na ágora, o arauto amaldiçoava quem quer que procurasse enganar o povo e a assembleia permanecia o tempo todo sob o olhar de Deus para que os demagogos não abusassem de suas artes oratórias (BOBBIO apud CAMPOS, 2018, p. 168)

De modo que caso o exercício da liberdade de informar e ser informado seja contagiado pela viralidade das *fake news*, a capacidade cognitiva de uma parcela da sociedade resta comprometida e o expediente passa a ser visto como uma ameaça, dado ao ambiente em que se prolifera, gerando a insegurança a ser combatida.

2. FAKE NEWS COMO AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No contexto atual da sociedade de informação, é inegável que uma das preocupações que mais inquietam e influenciam os debates,

seja no âmbito social, econômico e, nos últimos anos, na seara eleitoral abordam a temática das *fake news* e sua disseminação tem ganhado atenção, principalmente pelos seus efeitos práticos potencializados pela utilização das mídias sociais.

De modo que, no âmbito da sociedade em que vivemos, a principal dificuldade é a mensuração do impacto – seja positivo, seja negativo – das notícias veiculadas sobre os mais diversos temas que tem potenciais de influenciar nosso comportamento relacional, de consumidor e até mesmo democrático, na medida em que tomamos decisões com base nas informações que recebemos.

Assim, quando se busca combater as chamadas *fake news* a primeira celeuma enfrentada pelo judiciário aborda o cotejo entre a amplitude da liberdade de expressão e a liberdade de informação como pedra angular do Estado Democrático de Direito, de modo que a supressão de uma pode ocasionar um dano à integridade da outra, gerando um conflito entre os direitos fundamentais.

Entretanto, para a efetivação da democracia no país, com a materialização dos direitos fundamentais, a preservação da democracia deve empunhar o mastro da responsabilidade para equacionar a complementariedade entre os princípios da liberdade de expressão e da informação.

De modo que, quando há a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na rede mundial de computadores, deve-se destacar o papel do Poder Judiciário no sentido de coibir a propagação de tal conteúdo irregular. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1316921/RJ.

De modo que, para que não haja sobrestamento dos direitos fundamentais, faz-se necessário que os receptores de informações atuem de maneira preventiva, com a devida checagem da veracidade das informações, para mitigar os resultados nocivos de tais práticas cada vez mais abominadas, porém, cada vez mais praticadas no âmbito da sociedade de risco.

Neste contexto, a liberdade de informação também é essencial a vida em sociedade e deve ser exercida com responsabilidade, tal como direito fundamental que é, consoante reconhecimento da Organização

das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1946, mencionado alhures e conforme dispõe Mendel (2009, p. 17):

> A noção de "liberdade de informação", foi reconhecida, inicialmente, pela ONU. Em 1946, durante sua primeira sessão, a Assembleia Geral da ONU adotou a Resolução 59 que afirmava: "A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU".

Assim, mesmo que a há tempos se garanta o direito à informação, ao livre fluxo da informação na sociedade (MENDEL, 2009, p. 17), para que haja a consolidação da democracia, tal informação deve ocorrer através do exercício da liberdade de expressar opiniões sem interferência e da busca e transmissão de informações e ideias sem limitações, desde que de maneira responsável.

Partindo da premissa que a informação representa uma das colunas para construção da democracia, podendo se manifestar sob diversos aspectos, como, por exemplo, participação da sociedade na definição de políticas públicas, fiscalização das verbas públicas, escolha popular dos representantes, plebiscitos e referendos, apoio público para implementação de políticas públicas tomadas como importantes pelo Executivo ou Legislativo, etc.

Neste contexto, portanto, a informação é um instrumento de suma importância na consolidação da responsabilidade, não só a política, como também a social, visando a efetivação da democracia a partir de cidadãos livres para transitar no fluxo de informações dentro do contexto dos rumos do Estado.

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, geralmente, é considerada a declaração primordial dos direitos humanos internacionais. Seu Artigo 19, que tem efeito vinculante e obriga todos os Estados como direito internacional consuetudinário, garante o direito a liberdade de expressão e informação nos seguintes termos: "Todos têm o direito a liberdade de opinião e

> expressão"; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras". (MENDEL, 2009, p. 17)

Assim, a partir do momento em que se considera o direito à liberdade também como a liberdade do exercício do voto do eleitor, a partir de suas próprias convicções formadas de maneira igualmente livre, é preciso defender a informação com responsabilidade e combater os excessos dentro dos instrumentos democráticos.

Ainda sob o contexto da informação, esta também se traduz em válvula propulsora da democracia na medida em que alimenta a tomada de decisões dos cidadãos diante do impacto que a informação exerce sobre suas convicções.

De modo que para efetivação da democracia nas sociedades atuais é primordial que o eleitor possa estar munido das informações corretas, para guia-lo nas posições assumidas, na promoção de ideias e debates, além da defesa dos valores e do próprio Estado democrático, ao escolher seus representantes.

3. O COMPORTAMENTO DA SOCIEDADE DE RISCO PELO POTENCIAL DAS REDES SOCIAIS

No contexto atual em que encontra-se a evolução humana da vida em sociedade, muitas relações sociais se iniciam e são mantidas através das interações nas redes sociais, algo cada dia mais comum no mundo da internet.

Entrementes, a sociedade contemporânea experimenta diversos riscos, que não estão isolados a um país ou classe social, mas atingem todos os seres humanos de forma igual sem distinções por classes.

Tal fato pode ser imputado aos avanços tecnológicos e ao fenômeno da globalização, pois o mundo globalizado atinge praticamente todos os aspectos da vida, seja de forma negativa ou positiva, nos aspectos da política, tecnologia e cultura, em um processo de transferência de imagens e informação entre indivíduos de todo o mundo, que são diferentes na forma de viver e pensar entre si (GIDDENS, 2002, p. 15-21).

A palavra risco é empregada para designar um grande volume de incertezas, quando não se sabe ao certo o resultado de uma atividade. Risco não seria necessariamente uma adversidade, mas se refere aos infortúnios relacionados a possibilidades ulteriores, numa avaliação do futuro como um território a ser conquistado ou colonizado.

Acerca dos tipos de risco, Giddens (2002, p. 36-38) estabelece que existe o risco externo, procedente das tradições e da natureza, e o risco fabricado, que é criado pelo próprio homem, estando muito influenciado pela globalização e pelos avanços da tecnologia, onde há um grande campo de incertezas não decifradas, não sendo certo qual perigo que poderia ser proporcionado por novas descobertas.

A sociedade de risco também é a sociedade do consumo, em um contexto de pós-modernidade, na qual a vida é líquida, sendo precária e vivida em condições de incertezas constantes, e a modernidade é uma realidade ambígua, multiforme, sendo, pois, também líquida, já que tudo flui de modo muito rápido, transformando aquilo que era considerado correto em um dia em errado no outro, conforme concepção de Bauman (2001, p. 93).

A sociedade pós-moderna é marcada pela individualização, na medida em que ninguém quer gastar mais o seu tempo para que os valores sociais sejam alcançados e realizados, o que vale é somente o interesse individual.

É a lógica do mercado que afeta a vida política e a vida banal, estando intimamente ligada à cultura do consumo. A sociedade pós-moderna é marcada pelo consumismo que é a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar (BAUMAN, 2001, p. 93).

Esteves (2000, p. 23) considera o atual momento como sociedade da informação, que também está estritamente ligada ao consumo, ou seja, às características do capitalismo e da globalização, pois:

> O que aqui se joga são afinal técnicas comunicacionais sofisticadas, com um forte suporte tecnológico e que se destinam a exercer um estrito controlo instrumental sobre o consumo (através da manipulação dos seus agentes, os consumidores, que nesta altura coincidem já com a totalidade da população.

Na sociedade contemporânea de consumo, o homem foi convertido em mercadoria (BAUMAN, 2008, p. 13), em que a generalização do consumo, transformado em espetáculo, atinge a imagem e a própria alma do homem, tendo suas reflexões abolidas pela emissão e recepção de signos. Este homem, ao qual só interessa o consumo, não se preocupa com as próprias necessidades e a própria imagem. É a imagem dos signos que ordena (BAUDRILLARD, 2010, p. 261-264).

Da Rocha e Santiago (2017, p. 128), constatam a existência de um paradoxo: de um lado a responsabilidade pela mercantilização do homem; de outro o dever de agir para reverter ou, ao menos, minimizar esse processo. Este paradoxo da sociedade pós-moderna não demanda apenas responsabilidades do Estado – e não poderia ser diferente perante o paradigma da solidariedade –, mas também das empresas, em cumprimento da função social, ante aos ditames da justiça social.

O risco demanda administração, principalmente por conta da expansão do risco fabricado, sobretudo em razão dos avanços tecnológicos, cabendo ao Estado, às empresas e aos cidadãos a administração de tal risco de forma colaborativa, com vistas a solidariedade. Ao direito o risco também não pode passar incólume, sempre considerando o paradigma da solidariedade, não apenas para coibir os impactos dos riscos na sociedade, mas para conduzir um verdadeiro fenômeno global (SANTIAGO; CAMPELLO, 2015, p. 174-175).

Sob a alcunha de fantasmas digitais, Han (2018, p. 95), ao citar Franz Kafka, diz que as cartas se relacionam com fantasmas, na medida em que os beijos quando escritos não chegam ao destinatário, pois "no meio do caminho, eles são presos e esvaziados por fantasmas".

Ao trazer as cartas, o telefone e a telegrafia de maneira preambular, Han (2018, p. 96) menciona como fantasmas ainda mais vorazes, audazes e barulhentos as formas tecnológicas atuais de comunicação – a *internet*, o *smartphone*, o *e-mail*, além das redes sociais, como Instagram, Facebook, Twitter, etc.

Ainda, assevera que

> A comunicação digital toma não apenas a forma espectral, mas também viral. Ela é contagiante na medida em que ela ocorre

> imediatamente em planos emocionais ou afetivos. O contágio é uma comunicação pós-hermenêutica, que não dá verdadeiramente nada a ler ou pensar. Ela não pressupõe nenhuma leitura, que se deixa acelerar apenas de maneira limitada. Uma informação ou um conteúdo, mesmo com significância muito pequena, se espalha rapidamente na internet como uma epidemia ou uma pandemia. Nenhuma outra mídia é capaz desse contágio viral. (HAN, 2018, p. 98-99)

Neste diapasão, no contexto da sociedade de informação, com o enxame de informações pulverizadas ao mesmo tempo, seja nos ambientes virtuais, impressos ou audiovisuais, muitas das vezes, esses fantasmas ocasionam um outro fenômeno: o "cansaço da informação" (HAN, 2018, p. 104).

Uma vez que a enxurrada de notícias – sejam elas falsas ou não – sobre um determinado assunto começa a tomar a pauta dos noticiários e até mesmo chegar aos receptores direcionadas através dos algoritmos, surge no indivíduo o que Han (2018, p. 104) denomina de reação imunológica.

De modo que no âmbito da sociedade de risco, um exemplo singelo do aspecto fantasmagórico citado por Han que reflete imediatamente na sociedade de risco através das *fake news* é o exemplo do caso denominado de "baleia azul", que teve considerável destaque na imprensa no ano de 2017.

Em matéria reproduzida pelo Jornal da Record noticiava um jogo divulgado através de grupos em aplicativos de mensagens instantâneas – como, por exemplo o *whatsapp* – onde o jogo consistia numa lista de tarefas ou missões designadas aos seus participantes, tais como, se arriscar no topo de um edifício, desenhar uma baleia no corpo utilizando uma faca, assistir filmes de terror durante a madrugada, etc. (FAMÍLIAS, 2017).

O jogo contava ao todo com 50 (cinquenta) tarefas, onde a última delas consistia no participante pular de um prédio e retirar a própria vida. Ainda, segundo noticiava o jornal, o número de casos de suicídio em razão do jogo já passava dos cem (JOGO EM REDE, 2017), sendo que o assunto tomou a atenção de pais e familiares por algum tempo,

na medida em que as notícias foram replicadas também por veículos de imprensa dotados de credibilidade.

Mais recentemente, outra pauta desta natureza ganhou as redes sociais numa onda retroalimentar muito mais contundente através da boneca "Momo", chegando ao ponto de intervenção do Ministério Público, no sentido de solicitar ao Google e WhatsApp a retirada das imagens da boneca assustadora e retomando os contornos jurídicos sobre o tema (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019)

A boneca assustadora foi associada a uma série de correntes e histórias diferentes sobre a natureza e objetivo do mais novo fantasma das redes sociais, já que as teorias se assemelhavam com aquelas vinculadas à baleia azul.

Entretanto, por envolver fatores como a proliferação instantânea de teorias diversas, bem como o prejuízo da utilização correta das redes sociais, o Whatsapp adotou medidas preventivas para auxiliar no combate às *Fake News* e mitigar a disseminação de boatos ou falsificação de notícias, já que essa prática é comum envolvendo pautas de saúde e eleitorais. (WHATSAPP, 2018)

Neste diapasão, a utilização de algoritmos para a pulverização das *fake news* é cada vez mais frequente, na medida em que os avanços tecnológicos proporcionam a potencialização do alcance das informações sem a que haja necessariamente o rastreamento da origem da informação veiculada, fazendo ao mesmo tempo que alcance um número inimaginável de receptores.

Nesse sentido, sobre a utilização de algoritmos, Gillespie (2018, p. 97) ressalta que

> Os algoritmos não são necessariamente softwares: em seu sentido mais amplo, são procedimentos codificados que, com base em cálculos específicos, transformam dados em resultados desejados. Os procedimentos dão nome tanto ao problema quanto aos passos pelos quais ele precisa passar para ser resolvido. Podemos considerar como algoritmos, por exemplo, instruções de navegação ou fórmulas matemáticas usadas para prever o movimento de um corpo celestial.

Na medida em que as pessoas têm adotado as ferramentas computacionais como principal meio de se expressar, sujeitando o discurso e o próprio conhecimento humano às lógicas dos procedimentos da computação, o interstício entre a propagação da informação e da checagem, pode resultar em consequências diversas.

Isso porque quando se usa dos algoritmos para escolher o que é relevante, há implicações, já que a relevância é determinada por dados armazenados acerca das atividade, preferência e expressões individuais das pessoas (GILLESPIE, 2018, p. 97).

Por isso, Gillespie (2018, p. 97) afirma que "o fato de estarmos recorrendo a algoritmos para identificar o que precisamos saber é tão marcante quanto termos recorrido aos especialistas credenciados, ao método científico, ao senso comum ou à palavra de Deus".

As dimensões dos algoritmos propostas por Gillespie traz clareza para o fato de que algoritmos são programados pelo homem, de forma a inclusão ou exclusão de determinado dado, a avaliação da relevância desses dados, o direcionamento para certo público, são previamente determinadas pelo homem, de modo que, então, o algoritmo não pode ser imparcial.

Dessa forma, como constata Silveira (2017, p. 271-272), "nem softwares, nem algoritmos nele contidos são neutros. Eles geram efeitos e foram criados e desenvolvidos para determinadas finalidades". Algoritmos são imateriais e, portanto, invisíveis aos nossos olhos, no entanto, possuem um ponto do qual partiram e ponto para o qual se destinam, embora a finalidade possa ser alterada pelos usuários ou pelo próprio algoritmos, caso seja dotado de códigos de autocorreção e aprendizagem. "Algoritmos são invenções e, como toda invenção, guarda as intenções dos seus criadores" (SILVEIRA, 2017, p. 271-272).

Por essa razão, Gillespie (2018, p. 98) defende que os algoritmos devem ser submetidos a uma análise sociológica, para que estes não sejam concebidos como realizações técnicas abstratas, mas para que se desvende as escolhas humanas e institucionais que orientam tais mecanismos. Tal autor prossegue com a seguinte afirmação "suspeito que uma abordagem mais frutífera seria nos voltarmos tanto para a sociologia do conhecimento, quanto para a sociologia da tecnologia". A fina-

lidade dessa abordagem seria desvendar como "como essas ferramentas são convocadas, alistadas como parte de, e negociadas em torno de esforços coletivos para conhecer e se tornar conhecido. Isso pode nos ajudar a revelar que algoritmos aparentemente sólidos são, de fato, realizações frágeis" (GILLESPIE, 2018, p. 98).

Silveira (2017, p. 272) destaca uma outra questão, a de que os algoritmos são "invisíveis, complexos e escritos em linguagem matemática. Por serem invisíveis, para muitos, os algoritmos não são percebidos, na prática é como se não existissem".

Diante disso, mesmo que se utilize de algoritmos para difusão das *fake news*, estudos demonstram que a atividade humana é mais prejudicial à proliferação de tais notícias falsas do que os robôs comandados por algoritmos (VOSOUGHI; ROY; ARAL, 2018). Isso porque as *fake news* tornam-se virais respaldadas no comportamento do usuário da *internet*, principalmente daqueles usuários que se julgam sempre atentos às informações novas que podem auxiliar nos processos de tomadas de decisões.

De modo que, inegável o papel importante que a *internet* e as redes sociais de possuem na influência das tomadas de decisões no âmbito da sociedade moderna, sendo que, portanto, no contexto da sociedade de risco, a dimensão desafiadora do combate às *fake news* pode encontrar respaldo na liberdade de expressão e tomar contornos de regulação, na medida em que a *internet* "inagura uma nova forma de influência e configuração da esfera pública". (CAMPOS, 2017)

CONCLUSÃO

No atual contexto das sociedades de risco, liberdades são relativizadas e a possibilidade de regulação é cada vez mais iminente, pois muitos são os desafios relacionados às liberdades, principalmente quando se trata de sua manifestação coligada com as novas tecnologias, já que é possível observar o crescente avanço das tecnologias, como, por exemplo a *internet* tomando contornos mais relevantes ao ambiente virtual do que mesmo ao espectro real, o que acentua os desafios.

É certo que alguns desses desafios vinculam-se à incompreensão dos receptores das mensagens recebidas, fazendo com que haja a necessidade de separar os casos em que as *fake news* são de fácil apuração daquelas em que a demanda por apuração se faz na mesma velocidade em que se prolifera, como, por exemplo, nas notícias relacionadas com pleitos eleitorais e saúde, de um modo geral.

Na medida em que há situações em que o receptor tem a necessidade de interpretar o conteúdo ou alguma dúvida sobre a informação, a difusão da notícia se torna tão nociva quanto a sua produção, maximizando o efeito devastador.

Entretanto, fator prejudicial ao exercício das liberdades, neste caso, de expressão e de informação, repousa nas mazelas das sociedades consistentes na difusão de notícias falsificadas que, quando ocorrem no sentido de prejudicar outrem, também reforçam o anseio por regulação.

As comunicações e interações entre os indivíduos estão cada vez mais otimizados e dinamizados pela *internet*, ao passo que toda e qualquer interação neste sentido deve estar revestida de responsabilidade entre os usuários, pois, do contrário, a participação do Estado será cada vez mais solicitada.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. M. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. M. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. São Paulo: Edições 70, 2010.

BRASIL. Lei. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Nacional, 2011.

BRASIL. Decreto nº 01 de 02 de junho de 1.838. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18467. Acesso em: 12.out.2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

CAMPOS, Ricardo. Transformação da esfera pública motivou nova lei alemã de internet. *Consultor Jurídico*, em 04.abr.2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/opiniao--transformacao-social-motivou-lei-alema-internet. Acesso em 14.out.2019.

CUEVA, R. V. B. **Alternativas para remoção de *fake news* das redes sociais.** In: Fake News e regulação. Georges Abbod, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Coord.) – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

FAMÍLIAS ficam em alerta após mortes com jogo Baleia Azul. Programa *Cidade Alerta*. Rede Record, 2017. Disponível em: https://recordtv.r7.com/cidade-alerta/videos/familias-ficam-em-alerta-apos-mortes-com-o-jogo-baleia-azul-20102018. Acesso em 14.out.2019.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MAURMO, Julia Gomes Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes. **Curso de direito constitucional.** Eduardo Arruda Alvim, George Salomão Leite e Lenio Streck (Coords.) 1. ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GILLESPIE, Tarleton. A relevância dos algoritmos. **Revista Parágrafo**, v. 6, n. 1, p. 95-121, 2018.

HAN, Byung-Chul. **No enxame : perspectivas do digital**. tradução de Lucas Machado. – Petrópolis : Vozes, 2018.

JOGO do suicídio: nossas recomendações para a imprensa e alerta aos pais. *Safernet Brasil*. Facebook. 19.abr.2017. Disponível em: ht-

tps://www.facebook.com/SafernetBR/posts/1317178101663414. Acesso em: 14.out.2019.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão.** In: Fake News e regulação. Georges Abbod, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos (Coord.) – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2. ed. – Brasília : Unesco, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO pede que Google e WhatsApp removam imagens de Momo. CanalTech. 19.03.2019. Disponível em: https://canaltech.com.br/redes-sociais/ministerio-publico-pede-que-google-e-whatsapp-removam-imagens-de-momo-135111/. Acesso em 14.out.2019.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; DE OLIVEIRA MACHADO, Pedro Antonio. Empresa, Sustentabilidade e Responsabilidade Social: Origens, Motivações, Críticas e Aspectos Práticos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 1, n. 1, p. 95-118, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. Governo dos Algoritmos. **Revista de Políticas Públicas**, v. 21, n. 1, p. 267-281, 2017.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. The Spread of true and false news online. *Science*, v. 359, n. 6380, p. 1146-1.151, 9.mar.2018.

WHATSAPP em julho: combate às fake news e polêmica da Momo. **Tech tudo**. Disponível em: https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/07/whatsapp-em-julho-combate-as-fake-news-e-polemica-da-momo.ghtml. Acesso em: 14 out 2019.

OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DE ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS

Danilo Ikeda Caetano
Keila Dara Castaldeli Pereira
Rafael Rodrigues Soares

INTRODUÇÃO

É comum no ciberespaço, principalmente em mídias sociais, a existência de pessoas proferindo ideias agressivas e intolerantes com um determinado grupo, em geral, minorias. O espaço social virtual também trouxe a facilidade de criação, manutenção e propagação de discursos de ódio, haja vista as inúmeras ferramentas disponíveis e o alcance imenso da internet na atualidade.

Todavia, a liberdade – qualquer uma delas, mas, aqui, especialmente a de expressão – não detém exercício absoluto, encontra limites impostos pelo ordenamento jurídico, decorrência do Estado Democrático de Direito. Assim, tem-se como questão central: o discurso de ódio promovido nas mídias sociais pode ser um limitador da liberdade de expressão?

Buscando o esclarecimento da questão, propõe-se a análise do ciberespaço e das mídias sociais, bem como a investigação do discurso de ódio promovidos nas mídias sociais, da maneira como se torna banal, e, por fim, a relação entre discurso de ódio e liberdade expressão,

com vistas a verificar as possíveis limitações ao exercício desse direito fundamental.

O alcance do resultado pretendido no presente estudo se dará pela utilização do método dedutivo na abordagem, partindo de regras gerais para a compreensão de casos específicos, com recurso à pesquisa bibliográfica e documental.

1. CIBERESPAÇO E MÍDIAS SOCIAIS

Com a popularização da internet, surge um novo espaço social, o ciberespaço. Lemos e Levy (2010, p. 41) mencionam que "em meados do século XX, os avanços tecnológicos no campo da tecnologia da informação e comunicação permitiram a popularização da internet e a construção de um novo espaço social, o Ciberespaço.". Esse inovador espaço social, reproduz diversas formas de relações, de sociabilidade entre as pessoas, por meio das inúmeras ferramentas ofertadas.

Para Lévy (2000, p. 94), ciberespaço é um recente local onde informações são disponibilizadas, proporcionado pelas novas tecnologias. Autor afirma que se trata de "uma nova mídia que absorve todas as outras e oferece recursos inimagináveis [...]". Para o referido autor, é um "[...] espaço aberto, virtual, fluido, navegável. Um espaço que se constrói em cima de sistemas, e, por esse mesmo fato, é também o sistema de caos.".

Como menciona Lemos e Levy (2010, p. 43), o ciberespaço é provavelmente o sistema de comunicação que se expandiu com mais rapidez em escala global em toda a história da humanidade. É notável o impacto desse meio de comunicação, que inseriu uma incrível agilidade nas relações sociais. O que antes era em torno de atos totalmente físicos e palpáveis, passou por uma evolução, sendo transferido para um ambiente virtual, tecnológico. Como afirma Ramal:

> As letras – concretas e palpáveis- transformaram-se em bytes digitais; a página em branco é o campo do monitor; a caneta é o teclado. Há, agora, uma estranha separação entre o nosso corpo (real) e o texto (virtual) (2002, p. 78).

Nota-se que o ciberespaço é um espaço social vasto, que engloba intrinsicamente vários ambientes virtuais, como as mídias sociais. Lampe (2011, p. 2) considera as mídias sociais como instrumentos cujas conexões mais usuais facilitam a interação no ciberespaço, de modo que "o termo 'mídias sociais' inclui uma variedade de ferramentas e serviços que viabilizam interação direta do usuário em ambientes mediados por computador.". Por sua vez, Fontoura (2008, p. 2), entende as mídias sociais como "tecnologias e práticas on-line usadas por pessoas ou empresas para disseminar conteúdo, provocando o compartilhamento de opiniões, ideias, experiências e perspectivas. [...] engloba textos, imagens, áudio e vídeo [...]"

Nesse contexto, Garcia afirma que

> A evolução das mídias modifica de forma substancial os modos de relacionamento da sociedade. Aliás, este é um dos principais pontos que diferenciam a internet das demais mídias criadas, por propiciar um efetivo modo de que todos os membros da sociedade se comuniquem e recebam informações. (GARCIA, 2013, p. 74)

Pessoas físicas e organizações comerciais utilizam esta tecnologia para disseminar conteúdos, incluindo, por exemplo, experiências e opiniões, produzindo uma interação social instantânea entre os usuários das mídias sociais. Para Castells (2007, p. 29) essa interatividade é "a capacidade de manipular e influenciar diretamente a experiência com o *media*, e de comunicar com outros através desse mesmo *media*". Ainda de acordo com o autor, essa "media" é constituída simultaneamente por um meio para se expressar e por um intermediador, que propaga a mensagem, resultando na interação social.

Com a internet, as distâncias geográficas foram superadas e a vida do homem moderno ganhou inúmeras comodidades. As trocas de informações alcançaram celeridade inimaginável por meio do ciberespaço. Entretanto, a própria facilidade na troca de informações promoveu ambiente fértil para a ascensão de discursos carregados de ódio.

2. O DISCURSO DE ÓDIO

O discurso pode tanto modificar o ambiente em que está inserido, como também definir ou redefinir a relação entre locutor e ouvinte. Nandi (2018, p. 18) desenvolve a ideia que o discurso, como ferramenta de comunicação, converte-se em um agente modificador. De acordo com Fairclough (2001, p. 316), "implica ser o discurso um modo de ação, uma forma em que as pessoas podem agir sobre o mundo e especialmente sobre os outros, como também um modo de representação".

A linguagem é a forma como cada sujeito expressa seus pensamentos, por meio dela também deixa marcas no processo ideológico existente na sociedade. O discurso articula a linguagem, como afirma Guerra (2009, p. 5): "o discurso é o ponto de articulação dos processos ideológicos e dos fenômenos linguísticos. E a linguagem como interação é um modo de produção social, que não é neutra nem natural.". Para Foucault (2008, p. 61), "o discurso, assim concebido, não é a manifestação, majestosamente desenvolvida, de um sujeito que pensa, que conhece, e que o diz: é, ao contrário, um conjunto em que podem ser determinadas a dispersão do sujeito".

Discursos podem carregar o sentimento de ódio, presente na sociedade desde os seus primórdios, como afirma Carcará (2017, p. 490). Para Glucksmann (2007, p. 27) "[...] o ódio existe, todos nós já nos deparamos com ele, tanto na escala microscópica dos indivíduos como no cerne de coletividades gigantescas.". Segundo o autor, basta uma circunstância favorável, "simples ocasiões, raramente ausentes, de liberar a vontade de simplesmente destruir.".

A manifestação discursiva do ódio, como afirma Carcará (2017, p. 507), ocorre principalmente por meio da incitação à violência contra grupos considerados minorias, através de símbolos, discursos, gestos, textos e entre outros, configurando o que se caracteriza como discurso de ódio. Para Meyer-Pflug discurso de ódio é a

> [...] manifestação de idéias [sic] que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na

> maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial. (2010, p. 97)

O discurso de ódio possui claramente a intenção de menosprezar ou até mesmo instigar terceiros aos atos de ódio, como descreve Brugger:

> [...] o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião ou que tem capacidade de instigar a violência, ódio ou disseminação contra tais pessoas. (2007, p. 118)

O discurso de ódio traz como consequências, segundo Moura (2016, p. 13), o insulto e a instigação. De acordo com o autor, o insulto "diz respeito à pessoa da vítima, o destinatário inicial da agressão, que de forma pertence a algum grupo que teve sua dignidade violada". Já a instigação, ainda conforme o citado autor, se refere aos efeitos relacionados a terceiros, que são leitores da manifestação do discurso de ódio, não sendo suas vítimas, mas que são convocados a participar desse discurso, e amplificando seu alcance. Para o autor, "[...] combinadas estas duas fases, a que insulta e a que instiga, tem-se que este discurso, além de expressar o ódio, procura ainda aumentar a discriminação, conduzindo a uma realidade onde impera a intolerância.".

Vale ressaltar que o discurso de ódio não é uma simples conversa em tons mais exasperados. Diaz (2011, p. 575) destaca que o discurso de ódio deve ser mais que uma simples manifestação de antipatia, deve apontar a hostilidade contra determinado grupo. De acordo com Silva (2015, p. 44), o discurso de ódio é composto por dois elementos: a discriminação e a externalidade. A autora entende que o discurso de ódio é necessariamente discriminatório, uma vez que "é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor.". A citada autora desta-

ca que a externalidade é requisito elementar ao discurso de ódio, pois "exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, [...] não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor.".

Os discursos de ódio, com a evolução tecnológica, a implementação da internet e o surgimento do ciberespaço, passaram a ser emitidos também no ambiente virtual. O ciberespaço trouxe interatividade s e aproximação entre os membros da sociedade. Porém, se tornou-se também um campo fértil para projeções e ampliações de discursos conflituosos, violentos e ilícitos.

2.1. CIBERESPAÇO, MÍDIAS SOCIAIS E A DISSEMINAÇÃO DO ÓDIO

A palavra "social" agregada à "mídia" cria uma terminologia enunciativa de que nesse ciberespaço sempre ocorrerá uma socialização contínua. Primo (2007, p. 629) enfatiza que o "social" não é indicativo de um ambiente permeado apenas por encontros e reencontros amistosos e cheios de amor e respeito, ainda que essa seja a promessa de muitos dos serviços.

É fato que a celeridade nas propagações oferecidas pela mídia social traz consigo notáveis vantagens, porém, isso não se realiza em um mundo de pura amabilidade e afetos. O ciberespaço também é território para os discursos de ódio.

Discursos de ódio existem desde muito antes do ciberespaço, da internet. Todavia, no ambiente virtual a propagação dos discursos de ódio teve um incremento de força, pois foi revivescido de forma ampla, haja vista a transformação sofrida na maneira de se comunicar, como expõem Perrone e Pfitscher:

> As peculiaridades estruturais do ciberespaço, seu caráter transnacional, sua neutralidade ou ausência de censura para o acesso aos usuários, sua universalidade, neutralização e permanente desenvolvimento, o definem como um novo âmbito de oportunidade, distinto dos espaços físicos. (2016, p. 147).

Entretanto, Feltrin e Raminelli (2012, p. 4) destacam que essa nova dimensão da liberdade possibilitada pelo ambiente virtual, nem sempre se volta para a construção de uma comunidade melhor ou em prol de alguma causa social. Muitas vezes, a liberdade conferida nos ciberespaços culmina em discursos de ódio:

> As manifestações de ódio perpetradas no ciberespaço, por meio de suas características peculiares de disseminação das informações, atingem grande extensão e amplitude quanto a seus efeitos. A exclusão de fronteiras temporais e espaciais possibilitada pela Internet, permitindo o acesso aos dados inseridos na rede a qualquer pessoa que esteja conectada, além de sua característica de espaço cultural interativo, onde as informações podem ser apropriadas e republicadas inúmeras vezes, em um espaço de tempo curtíssimo, amplia o poder do discurso de ódio, em especial quanto à possibilidade de violação à dignidade de um número exponencialmente maior de vítimas, comparada até mesmo à mídia de radiodifusão e televisiva. (PAZZELA, 2015, p. 488)

A disseminação oral de opiniões, direcionada a um determinado público, trará impacto no mesmo instante, mas, se impressa e distribuída, ou publicada através de mídias sociais, poderá acarretar em um dano que subsistirá ao longo do tempo. Por conseguinte, é perfeitamente plausível afirmar que um discurso consoante o meio de divulgação escolhido promoverá maior impacto, como expresso por Silva (2011, p. 445). Nesses casos tem-se com o advento das novas tecnologias (internet), a viabilidade de um prejuízo em escala mundial, trazendo ainda uma dificuldade maior no que se refere à questão do anonimato e sua investigação de autoria. (MACHADO, 2002, p. 21).

O ambiente virtual proporciona meios para que o discurso de ódio seja revestido de banalidade, como expõe Arendt (1999), um local com uma sensação de liberdade tal que o indivíduo percebe-se autorizado a exprimir qualquer pensamento, por mais discriminatório que seja. A destruição do outro se torna comum, banal, algo supérfluo, sem profundidade. As palavras proferidas, que no conjunto formam um

discurso, não parecem ter a capacidade de atingir o outro. O ódio é expressado como mera opinião, como singela forma de externar uma opinião. A opinião se expressa sem qualquer reflexão, apenas se reproduz. O ambiente virtual possibilita que os sujeitos pratiquem atos sem interrogar sobre o sentido da sua ação ou dos acontecimentos ao seu redor. O mal, de fato, se torna banal, pois, como já observou Arendt (2008), aquele que pensa resiste a prática do mal.

Entretanto, mesmo que banalizados, os discursos de ódio não podem ser proferidos sob a invocação do direito à liberdade de expressão, pois violam a esfera de direitos fundamentais das pessoas por ele atingidas, como observa Waldron:

> O problema se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada. Nessa situação, o discurso existe, está ao alcance daqueles a quem busca denegrir e daqueles a quem busca incitar contra os denegridos, e está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos. Em suma, dessa manifestação pública advêm o dano e a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle, dentre elas, o Direito. (WALDRON, 2010, p. 1601)

Assim, a interatividade inerente ao ciberespaço, viabilizadora de uma amplitude inovadora da liberdade de se expressar, permite a qualquer indivíduo com acesso à rede tornar pública sua opinião. Opinião por vezes disseminadora de discursos de ódio. O ciberespaço ampliou as possibilidades de discursos de ódio se disseminarem e atingirem vítimas de uma maneira nunca antes vista.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEUS LIMITES

A liberdade configura-se como um dos maiores bens do ser humano. Sem liberdade não há a possibilidade de se falar em dignidade e sem sua proteção muitos outros direitos perdem sua razão de ser. Trata-se

de um direito fundamental intrínseco a pessoa humana, classificado como de primeira dimensão, sendo de suma importância para a democracia de um Estado, em que reconhece a autonomia dos particulares e dá à garantia da independência do indivíduo perante a sociedade na qual ele está inserido.

Paixão, Silva e Cabral (2018, p. 25) retratam que tal liberdade de se expressar abrange a referida liberdade de pensamento e suas derivações (crença, culto, consciência, acesso à informação jornalística, científica, etc.) e conjuntamente a manifestação, os sentimentos e as sensações do pensar. Todavia, somente as manifestações exteriores deste direito podem se subordinar ao controle e consequentemente à tutela jurídica, assim o pensamento, como livre e absoluto, mantém-se resguardado.

Conforme Martins (2019, p. 744), o direito fundamental à liberdade de pensamento compreende a comunicação:

> O direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento compreende a comunicação: a) entre presentes (numa conversa, numa aula, numa palestra, num discurso); b) entre ausentes conhecidos (numa carta, num e-mail, numa mensagem eletrônica enviada pelo celular); c) entre ausentes desconhecidos (num artigo de jornal, numa mensagem postada em uma rede social, blog ou qualquer outro sítio da internet). É corolário da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e também da cidadania (art. 1º, II, CF). Ora, inimaginável seria um cidadão que é obrigado constitucionalmente a permanecer calado, ou que sofre severas restrições à liberdade de se manifestar. (MARTINS, 2019, p. 744)

O direito à liberdade de expressão se encontra também garantido por normas internacionais, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 19), do Pacto dos direitos Civis e Políticos (artigo 19), da Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 10), bem como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 13).

Como dispõe Aranha e Martins (2009, p. 215), é importante destacar que os atos são limitados pela simples realidade de que o ser

humano não está sozinho, vive numa sociedade e integra um corpo social, na qual cada indivíduo convive com outros, e qualquer ato gera consequências, afetando aqueles que se encontram a sua volta. De acordo com Aranha e Martins (2009, p. 244), "a liberdade de cada um é limitada unicamente pela liberdade dos demais".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 protege claramente a liberdade, dando uma ampla garantia à expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, bem como a manifestação de pensamento em geral. Em que pese a previsão constitucional da liberdade como direito fundamental, esta não pode ser exercida ilimitadamente, conforme expõe Freitas e Castro:

> Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento, estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. (2013, p. 334)

O artigo 5º a Constituição Federal garante o exercício da liberdade de expressão, contudo, igualmente, prevê determinados limites, alguns previstos de maneira expressa, como a vedação ao anonimato. O inciso X traz clara limitação a liberdade de expressão, deixando certo que se violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, é assegurada a indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação. Por sua vez, o inciso XLI prevê a punição por qualquer ato discriminatório (como os casos de disseminações de ódio), atos esses que atentem dos direitos e liberdades fundamentais.

Do mesmo modo, existem limitações infraconstitucionais e limitações implícitas no texto constitucional, decorrentes do próprio exercício dos direitos fundamentais, que se concretizam em ponderação com os demais, em forma de equilíbrio, para que não violem reciprocamente suas esferas de atuação. Tal imposição decorre do sobreprincípio da dignidade da pessoa, como preceitua Sarlet (2008, p. 101), a qual se trata de valor natural, inalienável e incondicionado a todo ser humano.

3.1. DISCURSO DE ÓDIO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição Federal em seu texto protege claramente o direito à liberdade de expressão. Todavia, imprescindível ressaltar que a mesma remete proteção igualitária aos outros direitos fundamentais. Dessa maneira, Silva, Monteiro e Gregori (2017, p. 05) afirmam que é totalmente significativo haver a distinção de quando o exercício de um direito passa a tornar-se abusivo, violando outros direitos fundamentais.

As mensagens compartilhadas nas mídias sociais, segundo Silva, Monteiro e Gregori (2017, p. 06) são exemplos de violação a direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, haja vista que transmitem discriminação, preconceito e incitam a violência. Veja-se que o cerceamento de um direito está atrelado ao seu uso abusivo, a linha entre moderado e o inadequado pode ser muito tênue.

O Supremo Tribunal Federal já abordou o tema quando do julgamento do Habeas Corpus 82.424 /RS, conhecido como "Caso Ellwanger", o mais emblemático caso de discurso de ódio enfrentado pela corte suprema, conforme descreve Martins (2019, p. 748). Tratava-se da propagação de discurso de ódio antissemita, por meio livros que negavam a ocorrência do holocausto, atribuindo inúmeras características de cunho negativo aos judeus. Em um dos votos, o Ministro Celso de Melo afirma que "aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós" (STF, 2013, HC82424).

Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso são particularmente interessantes, pois tratam da colisão entre direitos fundamentais, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, a dignidade humana, onde prevalece a dignidade humana. Ambos afirmaram que a liberdade de expressão em momento algum pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana (STF, 2013, HC82424).

Em 2010, uma estudante de Direito, as eleições presidenciais, utilizou uma mídia social, o "Twitter", para propagar a seguinte mensagem: "Nordestisto (sic) não é gente. Faça um favor a Sp: mate

um nordestino afogado! ". O caso foi levado a juízo, sendo considerado "incitação à discriminação ou ao preconceito de procedência nacional", o que se adequa ao tipo penal descrito no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei 7.716/89. De acordo com Lima (2015, p.42), a citada conduta se enquadra como discurso de ódio, por se tratar de "manifestação de descrédito em face de um determinado grupo de pessoas, no caso identificadas por sua região de origem.". A autora afirma que "cuida-se de atuação discriminatória, pejorativa e que incita à violência quanto ao referido grupo, atentando contra a dimensão social da dignidade de suas vítimas.".

Recentemente as mídias sociais "Facebook", "Instagram", "YouTube", "Snapchat" e "WhatsApp" sofreram boicotes de cerca de 160 empresas de todo o mundo para que intensificassem os esforços no combate ao discurso de ódio. Várias multinacionais participaram do ato, retirando anúncios das plataformas virtuais por períodos variados, mas que podem se estender até o final do ano de 2020. Isso afetou diretamente a precificação das ações do Facebook, que sofreram queda de 8,3% (NOGUEIRA, 2020). O movimento ficou conhecido como "Stop Hate For Profit", "Pare de dar lucro ao ódio", em tradução livre, e teve início por meio de seis grupos norte-americanos de direitos civis, a exigência é que as mídias sociais sejam menos complacentes com discursos de ódio (PEZZOTTI, 2020).

Portanto, discursos de ódio não se configuram como mero exercício do direito à liberdade de expressão. A disseminação do ódio por meio das mídias sociais carregam desprezo e repúdio contra grupos considerados minorias, violando a dignidade humana, não sendo, pois, admissíveis pelo Estado Democrático de Direito.

Diante disso, tem-se a liberdade de expressão como um direito não absoluto, sendo ponderado por outros direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana, norteadora de todo ordenamento jurídico pátrio. Assim, o discurso de ódio é um limite ao exercício da liberdade de expressão, haja vista que esse direito não comporta a propagação de discriminação, menosprezo e hostilidade contra minorias.

Nestes termos, os discursos de ódio perpetrados nas mídias sociais integrantes do ciberespaço, extrapolam a guarida da liberdade de expres-

são, violando a esfera de direitos fundamentais das vítimas. Deve, com isso, serem repelidos, seja por normas inibitivas emanadas pelo Poder Público, pela atuação repressiva judicial ou mesmo por iniciativa de particulares, como o caso do movimento "Stop Hate For Profit", que mobilizou empresas a suspenderem anúncios em diversas mídias sociais no intuito de cobrar maior rigidez no combate ao discurso de ódio.

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea foi impactada pelo surgimento da internet, do ciberespaço e das mídias sociais. A ideia de interação social foi o propulsor dessas inovações tecnológicas. Contudo, ante a sua dinâmica, tornarem-se solo fértil para propagação de discursos de ódio.

O ambiente virtual se torna cada vez mais imprescindível como meio de comunicação na sociedade atual. A interação social se transformou definitivamente, o ambiente virtual é espaço de socialização contínua, totalmente agregado à vida humana. Como tal, é local de proliferação de opiniões diversas, muitas carregadas de hostilidade contra grupos sociais, se configurando como discursos de ódio.

A liberdade de expressão, como direito fundamental, possui resguardo na Constituição Federal, porém, isso não a torna absoluta, sempre haverá um limitador. A própria Constituição Federal impõe limites expressos, permitindo também que normas infraconstitucionais estabeleçam limitações. Igualmente, os limites implícitos trazidos pela carta constitucional possuem força normativa limitadora, haja vista que os direitos fundamentais se ponderam entre si, criando uma forma de equilíbrio.

Sempre que um direito fundamental violar a operacionalidade de outro direito fundamental haverá limitação em sua aplicabilidade. Nesse contexto, a liberdade de expressão não pode ser utilizada como fundamento para a propagação de discursos de ódio, pois violam a dignidade humana das vítimas.

Dessa maneira, verifica-se que o discurso de ódio em si impõe limite ao exercício da liberdade de expressão, pois hostilizar, inferiorizar, discriminar minorias não se trata de liberdade de

se expressar. Portanto, os discursos de ódio devem ser repelidos pelos Estados, seja pela atuação legislativa na criação de normas proibitivas ou pela repressão judicial. Os particulares também não podem se furtar a esse dever, cabendo se mobilizar contra mídias sociais e cobrar posturas mais eficazes contra a disseminação de discursos de ódios, tal como ocorreu com movimento "Stop Hate For Profit", posto que tais plataformas virtuais dependem dos próprios usuários para existirem.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando - Introdução à Filosofia.** São Paulo: Editora Moderna, 4ª edição, volume único, 2009,p. 214-244.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Editora Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. **Compreender: formação, exílio e totalitarismo**. Belo Horizonte: Companhia das Letras/Editora UFMG, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424** RS. Habeas-corpus. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-0214403 PP-00524.Disponívelem : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 04 mai. 2020. BRUGGER, Winfried. **Proibição e proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** *Revista de direito público*, 2007, p.118.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio e democracia: participação das minorias na busca pela tolerância.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 5, n. 1, p.

489-530, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rds-pp.v5i1.218>. Acesso em: 14 jan. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede - a era da informação**. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012. v. 1, p. 29.

_____. **Comunicação, poder e contra-poder na sociedade em rede.** Jornal Internacional de Comunicação, v. 1, n. 1, p. 29, 2007.

DIAZ, Álvaro Paul. **A penalização da incitação ao ódio a luz da jurisprudência comparada.** Revista Chilena de Derecho, v. 38, n. 2, p. 503-609, 2011.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social.** Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 316.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão.** Sequência (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552013000100014&script=sci_arttext Acesso em: 24 jan. 2020.

FELTRIN, Lohana Pinheiro e RAMINELLI, Francieli Puntel. **Conflito entre liberdade de expressão e direito à honra na web: poder judiciário e o seu papel como harmonizador de direitos fundamentais.** 2012,p.4. Disponível: <www.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/13.pdf>. Acesso: 24/02/2020.

FONTOURA, Wagner. **A Hora e a Vez das Mídias Sociais.** 2008, p. 02 Disponível em: <http://www.boombust.com.br/a-hora-e-a-vez-das-midias-sociais/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber.** Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2008P. 60-61.

GARCIA, Bruna Pinotti. **Ética na internet: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos.**

2013, p. 74. 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2013. Disponível-em:<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/938/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20%20Bruna%20Pinotti%20Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 mar. 2020.

GLUCKSMANN, André. **O Discurso do Ódio**. Rio de Janeiro: Difel, 2007. p. 27

GUERRA, Vânia Maria Lescano. **Uma reflexão sobre alguns conceitos da análise do discurso da linha francesa.** An .Sciencult, v.1, n.1, Paranaíba, 2009.

KELLNER, Douglas. **Como mapear o presente a partir do futuro: de Baudrillard ao cyberpunk.** In:_____.A cultura da mídia. Bauru: EDUSC, 2001. p.377-419.

LAMPE, C. et al. **Inherent Barriers to the Use of Social Media for Public Policy Informatics**.The Innovation Journal: The Public Sector Innovation Journal,v. 16, n. 1, p. 2-17, 2011.

LEÃO, Lucia. **O labirinto da hipermídia: arquitetura e navegação no ciberespaço.** 2. ed. São Paulo: Iluminuras/FAPESP, 2001, p. 64.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária.** São Paulo: Paulus, v. 13,2010, p. 41- 43.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Ed.34, 2000, p. 94.

LIMA, Raísa Mafra de. **Liberdade de expressão x os discursos de ódio na internet**. 2016. 53 f. Monografia – Universidade Federal de Roraima. Disponível em: <http://www.ufrr.br> Acesso em: 24 de fev. de 2020.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 21.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** Saraiva jur,3º edição, 2019, p. 744.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, p. 97.

MOURA, Marco Aurélio. ***O discurso de ódio em redes sociais*.** Lura editorial, 2016, p. 32.

NANDI, José Andelmo Becker. **O combate ao discurso de ódio nas redes sociais.** Araranguá: UFSC,2018, p.18-20. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/187510/O_Combate_ao_Discurso_de_Odio_nas_Redes_Sociais.pdf?sequence=1 Acesso em: 20 abr. 2020.

NOGUEIRA, Luiz. Empresas deixam de anunciar no Facebook para combater discurso de ódio. **Olhar Digital**, 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/empresas-deixam-de-anunciar-no-facebook-para-combater-discurso-de-odio/102748>. Acesso em 09 jul. 2020.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 5ª ed. São Paulos: Atlas, 2012, p. 8-9.

PAIXÃO, Alessandro Gonçalves; SILVA, Debora Pereira; CABRAL, Nuria Micheline Meneses. Liberdade de expressão e hate speech no estado democrático de direito. **Revista de Direito**, v. 10, n. 1, 2018, p. 25. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1478>. Acesso em: 26 jan. 2020.

PERRONE, Cláudia Maria; PFITSCHER, Mariana. **Discurso do ódio na internet: algumas questões.** Redisco, Vitória da Conquista, v. 10,n. 2, p.146-154, 2016. Disponível:<http://periodicos.uesb.br/index.php/redisco/article/viewFile/6146/5888>. Acesso em: 21 jan. de 2020.

PEZZOTTI, Renato. Contra discurso de ódio, movimento pede que marcas não anunciem no Facebook. **UOL**, 2020. Disponível

em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/23/stophateforprofit-movimento-pede-que-marcas-nao-anunciem-no-facebook.htm>. Acesso em 09 de jul. de 2020.

PRIMO, Alex. **Interação mediada por computador: comunicação, cibercultura, cognição.** Porto Alegre: Sulina, 2007,p. 629.

RAMAL, Andrea Cecilia. **Educação na cibercultura: hipertextualidade, leitura,escrita e aprendizagem.** Porto alegre: Artmed, 2002, p. 78.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Rosane Leal da et al. **Discurso do ódio em redes sociais:** jurisprudência brasileira. Rev. direito GV, São Paulo, v.7, n. 2, p. 445, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a04v7n2>. Acesso em: 10 jan. 2020.

SILVA, Marina. **As redes sociais e seus impactos nas relações pessoais.** Administradores,[S.l.], 19 dez. 2015. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/carreira/as-redes-sociais-e-seus-impactos-nas-relacoes-pessoais/92344/>. Acesso em: 02.02.2020.

SILVA,Camila Morás da; MONTEIRO, Paola Woters; GREGORI,Isabel Christine Silva de. **Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio na mídia atual.** Santa Maria – RS,2017,P. 05-06. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/1-8.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: the Visibility of Hate.** Harvard Law Review, v.123, n.1596 (2010), p. 1597-1657.

AGROECOLOGIA: CAMINHO PARA REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIOAMBIENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Thaisa Toscano Tanus

INTRODUÇÃO

Surgida na década de 1970, a Agroecologia é ciência interdisciplinar resultante das ciências naturais e sociais, buscando aproximar agricultura e ecologia, de modo a desenvolver uma agricultura sustentável e possibilitar o desenvolvimento de um país em seus aspectos econômico, social e ambiental, conectando conhecimentos tradicionais e científicos (ZIEGLER, ROCHA, CAMURÇA *ET AL*, 2015, p. 1).

O século XXI é marcado pela emergência de uma crise ambiental: crescimento populacional, escassez de alimentos, aumento das pressões sobre as terras (com a degradação do solo e a contaminação das águas), intensificação do consumo e perda de biodiversidade compõem este estado de crise (VENÂNCIO, 2014, p. 20). O modelo agrícola moderno vigente produz mais alimentos em menos tempo; entretanto, este aumento não foi distribuído de modo igualitário entre os diversos grupos sociais, inclusive no meio rural, o que aumenta o quadro de desigualdades sociais. Ademais, as tecnologias agrícolas prejudicam o meio ambiente e a saúde da população rural e urbana (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 36-39).

Neste cenário, emerge a Agroecologia, pautada na sustentabilidade, capaz de garantir direitos fundamentais como a alimentação saudável (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 51), proporcionando ao ser humano o exercício de sua plena cidadania, pois possibilita acesso a trabalho, habitação, saúde, educação, cultura e lazer (MACHADO *APUD* FERNANDES, 2015, p. 36). Posto que as desigualdades sociais corroboram a desigual distribuição dos riscos ambientais entre os grupos sociais (LAYRARGUES, 2009, p. 6), este estudo buscou apontar pontos convergentes entre a Agroecologia, como instrumento de redução de desigualdades socioambientais e promoção de Justiça Ambiental, e a garantia dos direitos sociais fundamentais, dentre eles a alimentação saudável.

Este artigo está estruturado da seguinte forma: o item 1 mostra dados sobre a fome e a população mundial e brasileira; o item 2 fala sobre o desenvolvimento sustentável, essencial ao progresso sócio-econômico-ambiental de um país; o item 3 traz a legislação brasileira, tratados internacionais ratificados e documentos internacionais sobre o direito à alimentação. Já o item 4 aponta os prejuízos socioambientais causados pelo agronegócio; o item 5 aponta a Agroecologia como prática sustentável, e por fim, o item 6 mostra como a Agroecologia e a Justiça Ambiental caminham juntas ao reduzir desigualdades socioambientais e concretizar direitos humanos.

1) População x Fome: no mundo e no Brasil

A população mundial encontra-se em crescente expansão. Em 2019, ela se aproximava de 7,5 bilhões de pessoas, significando um aumento de 100% em relação ao início da década de 1960. Em 2018, o número de pessoas que passavam fome aumentou para mais de 820 milhões de pessoas, correspondendo a cerca de 10% da população mundial. A fome é mensurada pela prevalência de subnutrição, que é a incapacidade de acesso a alimentos suficientes que atendam às necessidades energéticas dietéticas. A disponibilidade de alimentos é determinada principalmente pelo nível de produção alimentar, estando associada à prevalência relativamente baixa de subnutrição. Todavia, os conflitos,

os desastres climáticos e as crises econômicas em alguns países têm enfraquecido a disponibilidade de alimentos nos últimos anos, levando ao aumento do problema da fome no mundo (FAO, 2019, p. 2;14).

No Brasil, entre 1997 e 2017, a população saltou de 167 milhões para quase 210 milhões de pessoas. A área florestal reduziu de 63% para 58%, enquanto a área destinada a plantações e colheita saltou de 48 para 78 milhões de hectares. E a prevalência de subnutrição caiu de 12% para menos de 2,5% (FAO, 2019, p. 74). Entretanto, apesar do progresso na produção e acesso a alimentos, crescem os níveis de pobreza e as desigualdades, e um grande número de pessoas ainda não tem acesso à alimentação e nutrição adequadas. Assim, o cenário é de crise ambiental, marcado por sobrecarga das terras, altíssima demanda do consumo e mudanças climáticas, estas últimas com forte impacto sobre as populações humanas. Surgem, pois, como grandes desafios deste milênio: fornecer alimentos a todos *e* de qualidade, o que denota a falência do modelo produtivo adotado até então, emergindo uma necessidade de mudança (VENÂNCIO, 2014, p. 20-26-27-37).

2) O desenvolvimento sustentável como conceito fundamental ao equilíbrio sócio-econômico-ambiental

Em 1972 ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, o primeiro grande evento mundial para discutir a necessidade de união entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Mas foi em 1987 que surgiu o conceito de desenvolvimento sustentável, através do Relatório Brundtland, conhecido como "Nosso Futuro Comum" (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 31-32).

Conforme este relatório, o desenvolvimento sustentável é "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades" (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46), possibilitando crescimento econômico através da conservação e expansão dos recursos ambientais, para mitigar a pobreza no mundo. Em 2002, na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, passou-se a considerar, além da esfera

econômica, as esferas social e ecológica, pois é impossível buscar equilíbrio ecológico onde há pobreza e injustiça socioambiental (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 32-34). Em 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) estabeleceu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável na Agenda 2030 para os próximos anos, dentre os quais: acabar com a fome, alcançar segurança alimentar e promover a agricultura sustentável (objetivo 2); alcançar a igualdade de gênero (objetivo 5); assegurar padrões de consumo e produção sustentáveis (objetivo 12); e promover sociedades pacíficas para o desenvolvimento sustentável, assegurando a todos o acesso à justiça (objetivo 16) (NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 18-19).

Apesar de a preocupação ambiental estar presente nos discursos presidenciais, o que se observa na prática é que alguns governantes não dispensam à ela a devida atenção (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 36-37). Os discursos políticos e jurídicos no âmbito da Agroecologia não têm convergido na mesma direção; e para haver a superação do problema de abastecimento de alimentos e de sua baixa qualidade nutricional, Política e Direito devem estar conexos (VENÂNCIO, 2014, p. 27).

3) Legislação brasileira e tratados internacionais ratificados

O Brasil atribuiu ao meio ambiente o status de direito fundamental no art. 225 da Constituição da República de 1988, prevendo em seu *caput* que: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (BRASIL, 1988). A proteção ambiental "exige cooperação entre os países, pois as consequências e os efeitos naturais desconhecem fronteiras territoriais" (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 35). Para isto, há tratados internacionais assinados pelo Brasil que preveem esta cooperação.

O direito humano à alimentação adequada está previsto no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais

e Culturais, que no art. 11 prevê tal direito. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU definiu, no comentário geral nº 12, que o direito à alimentação saudável não deve ser interpretado em sentido estrito, reduzindo-o à ingestão de nutrientes específicos; mas deve incluir também o acesso físico e econômico à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção (ZIMMERMAN *APUD* BRAUNER E GOMES, 2019, p. 51). Pela ratificação deste pacto, deve o país garantir aos seus cidadãos o direito à alimentação adequada, pois o art. 5º, § 2º da Constituição brasileira determina que os direitos e garantias nela previstos não excluem os decorrentes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

O art. 6º da Constituição traz um rol exemplificativo de direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. E o art. 170 prevê que "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", tendo como princípio, dentre outros, a defesa do meio ambiente (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.171/1991 instituiu a Política Agrícola brasileira, prevendo no art. 3º como objetivos desta política:

> Art. 3º São objetivos da política agrícola:
>
> (...)
>
> IV – proteger o meio ambiente, garantir o seu uso racional e estimular a recuperação dos recursos naturais;
>
> X – prestar apoio institucional ao produtor rural, com prioridade de atendimento ao pequeno produtor e sua família;
>
> (...)
>
> XIII – promover a saúde animal e a sanidade vegetal;
>
> (...)
>
> XVII – melhorar a renda e a qualidade de vida no meio rural.
>
> (BRASIL, 1991)

A Lei n° 6.938/1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, tendo como objetivo, dentre outros, a "compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" (BRASIL, 1981). A Lei 11.346/2006 criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com o intuito de assegurar o direito à alimentação adequada. Os art. 2º e 3º desta lei trazem os conceitos de alimentação adequada e de segurança alimentar e nutricional:

> Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.
>
> § 1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.
>
> § 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.
>
> Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.
>
> (BRASIL, 2006)

Logo, é dever do Poder Público assegurar o direito à alimentação adequada e à segurança alimentar e nutricional, através de práticas sustentáveis que respeitem as dimensões ambientais, culturais, econômi-

cas, regionais e sociais. E para isso, segundo o art. 6ª, "o Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano à alimentação adequada no plano internacional" (BRASIL, 2006).

Por fim, cita-se a Política Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica, o primeiro instrumento normativo em nível federal a disciplinar o assunto (VENÂNCIO, 2014, p. 93-102). Instituída pelo Decreto nº 7.794/2012, objetiva implantar políticas de transição agroecológica e de produção orgânica de base agroecológica, a fim de contribuir para o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida da população, pelo uso sustentável dos recursos naturais e da oferta de alimentos saudáveis (BRASIL, 2012).

Apesar deste forte aparato legal, sua existência não necessariamente concretiza a realização do direito humano à alimentação adequada e à segurança alimentar e nutricional a toda a população brasileira, sendo ainda um desafio a ser superado.

4) O Agronegócio como prática insustentável e causadora de desigualdades socioambientais

No Brasil, práticas insustentáveis são realizadas pela intensa exploração do meio ambiente pelo agronegócio. Este surgiu nos anos 1950 nos Estados Unidos da América como instrumento visando à erradicação da fome no mundo, pelo fornecimento de alimentos mais baratos e nutritivos à população. No entanto, tal promessa não se concretizou, embora as tecnologias do agronegócio possibilitem maior produção de alimentos em menor tempo. Este aumento não gerou uma distribuição igualitária de segurança alimentar entre os diversos grupos sociais, incluindo o meio rural, o que compromete a concretização do direito humano à alimentação adequada e perpetua uma relação econômica insustentável dos pontos de vista ambiental e social. O setor de agronegócios no Brasil está em constante expansão e gera muita riqueza econômica ao país. Contudo, o modo como é praticado acarreta graves prejuízos socioambientais, como desmatamento, contaminação do solo, água e ar, perda da biodiversidade e êxodo rural (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 36-39).

O modelo agrícola vigente caracteriza-se pelo alto nível de especialização (traduzido pelas monoculturas) e pela utilização de insumos inorgânicos (químicos e mecânicos), tecnologia, maquinário, pesticidas, sementes geneticamente modificadas, sendo altamente nocivo ao meio ambiente e ineficaz na produção de alimentos saudáveis e nutritivos, o que vem sendo reconhecido pela política internacional (VENÂNCIO, 2014, p. 129). A modernização do campo trazida pela "Revolução Verde" acarretou uma substancial deterioração dos recursos naturais, tanto pelo uso intensivo de químicos e mecânicos como pelas técnicas inadequadas de cultivo do solo, degradando-o. A biotecnologia no campo serviu para gerar lucros às empresas e não para ofertar alimentos de qualidade à população, pois este modo de produção destrói a biodiversidade natural, além de utilizar indiscriminadamente agroquímicos que são prejudiciais à saúde humana, o que afeta diretamente a qualidade de vida da população rural e urbana (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 38-40).

A agricultura convencional beneficia somente latifundiários e multinacionais, as quais dominam cada vez mais o mercado no Brasil, "um dos países que mais consome veneno na agricultura"; retira do agricultor sua autonomia e sua terra, empobrecendo-o e excluindo-o de um sistema de máxima produção em menos tempo (FERNANDES, 2015, p. 16). Citam-se também a desigualdade e exclusão sociais em razão da concentração de renda e terra nas mãos de grandes produtores e a redução da necessidade de mão de obra devido à mecanização do campo, gerando desemprego e êxodo rural, que por sua vez acarreta o aumento em massa de processos migratórios nos centros urbanos. Ademais, gera destruição das florestas, erosão e produção de alimentos envenenados, não se limitando aos locais de aplicação destas tecnologias, pois em razão dos ventos e das chuvas, disseminam-se universalizando os riscos. Observa-se assim a insustentabilidade deste modo de produção, pois aumenta as desigualdades socioambientais e destrói o meio ambiente (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 42-43-48).

Esta realidade contraria objetivos e princípios estabelecidos pelas Políticas Agrícola e do Meio Ambiente; esta tem como objetivo principal compatibilizar desenvolvimento socioeconômico e preservação

do meio ambiente. Sendo tal política recepcionada pela Constituição de 1988, o agronegócio viola também a Lei Maior. Tais objetivos não estão sendo alcançados, não sendo talvez almejados, pois o agronegócio não busca a proteção ambiental nem o apoio ao pequeno produtor, mas sim um fim meramente econômico (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 41-43).

A agricultura moderna marcada pelo agronegócio não será capaz de fornecer alimentos suficientes para a população mundial, pois destrói as condições ambientais mínimas que possibilitam o cultivo de alimentos. E mesmo com tantas desvantagens, no Brasil ainda se exalta o agronegócio centrado em latifúndios, monoculturas e voltado à exportação. Os discursos governamentais e empresariais passam à população uma falsa ideia de progresso que deve ser ponderada, a fim de conscientizar todos quanto à real situação socioambiental atual (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 42-43). Deste modo,

> (...) observa-se que a agricultura industrial, no âmbito da crise alimentar, contribuiu para estabelecer e perpetuar um sistema produtivo que gera desigualdades sociais, pobreza, violência, monoculturas – da mente e dos solos, contaminação dos recursos naturais e riscos fabricados, sendo verdadeiramente insustentável nos moldes em que é estruturada, visto que as próprias bases que lhe sustentam seguem uma lógica mercadológica, não ecológica. (...) Os ganhos em produtividade vieram acompanhados da degradação da vida, seja esta vegetal, animal ou humana, e do comprometimento da segurança alimentar e nutricional de diversos povos. Isso é exemplificado pela situação de má-nutrição que domina grande parte do mundo rural pobre, o qual produz alimentos, mas nem sempre consegue acessá-los. O direito à alimentação adequada sofre, assim, violações sistêmicas todos os dias, que nem sempre são adequadamente enfrentadas pelos sistemas jurídicos modernos (...) (VENÂNCIO, 2017, p. 113).

Diante da situação exposta, idealizou-se um novo modelo de produção: a Agroecologia, prática que visa desenvolver a produção de ali-

mentos respeitando o meio ambiente e as relações sociais, sem utilizar produtos químicos e sementes transgênicas. Entretanto, há diversos óbices à implantação de técnicas agroecológicas de produção, sendo o principal a busca ilimitada por lucro. Além disso, o setor de agroquímicos no Brasil tem faturamento bilionário, tendo forte apoio político da "Bancada Ruralista" do Congresso Nacional, que defende os interesses econômicos de proprietários rurais. Para que uma política ambiental seja eficientemente implantada, a governança deve ser independente, sem sujeitar-se aos interesses de um determinado grupo (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 38). A Constituição da República deve ser respeitada e um modo de produção sustentável ser implantado; para isto surge como alternativa a Agroecologia.

5) A Agroecologia como prática sustentável:

Surgida na década de 1970, a Agroecologia é um campo de produção científico interdisciplinar resultante da união entre ciências naturais e sociais. Com princípios, conceitos e metodologias, busca estudar, mapear e avaliar agroecossistemas a fim de desenvolver uma agricultura sustentável, socialmente justa e economicamente viável, propondo uma conexão entre conhecimentos tradicionais dos agricultores e conhecimentos científicos (ZIEGLER, ROCHA, CAMURÇA *ET AL*, 2015, p. 1).

A Agroecologia "considera as dimensões ambiental, econômica, social, cultural, política e ética e promove a hibridação de saberes para sustentabilidade da agricultura e do desenvolvimento rural". É ciência transdisciplinar em consonância com diversas áreas do conhecimento, como economia ecológica, ecologia política, justiça ambiental, história ambiental, dentre outras (HAVERROTH, 2011, p. 15-16-19). Busca compreender os agroecossistemas e suas interações, tendo como princípio a manutenção e ampliação da biodiversidade, que gera autorregulação, e por sua vez, sustentabilidade, ao contrário do atual sistema de produção que pode acarretar o esgotamento dos recursos naturais (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 44-46). É um processo de aprendizagem que permite equilibrar as esferas agronômica, am-

biental, econômica e social, e assim alcançar justiça social e ambiental, ao promover o desenvolvimento agrícola sustentável, social e inclusivo (FERNANDES, 2015, p. 7).

Neste modo de produção, o progresso econômico é apenas um dos objetivos a serem alcançados, pois busca o equilíbrio ambiental pela não utilização de agroquímicos, e o desenvolvimento social pela oferta de alimentos saudáveis à população e de relações de trabalho justas. A política agroecológica surge como instrumento do Poder Público para produção de alimentos com quantidade e qualidade, suficientes para atender às demandas das gerações atuais e futuras, além de diversificar a produção e otimizar o aproveitamento dos recursos naturais (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 46-47).

A Revolução Verde, apesar de aumentar a produção de alimentos, fez crescer, paradoxalmente, o número de famintos e excluídos, pois o aumento da produção não garantiu o acesso aos alimentos. Assim, entre o fim dos anos 1980 e o início dos anos 1990, o conceito de segurança alimentar passou a incluir a ideia de acesso a alimentos seguros (sem contaminação química ou biológica) e de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), produzidos de modo sustentável, equilibrado, culturalmente aceitável, além do acesso à informação (BURITY *APUD* VENÂNCIO, 2014, p. 28).

No atual cenário de crise socioeconômica, a Agroecologia ganhou força como movimento, começando por pequenos agricultores excluídos pelo Agronegócio, que passaram a produzir em menor escala, e com isso tiveram sua margem de lucro bastante reduzida. Ela permite aos pequenos e médios agricultores serem donos de suas terras e independentes do mercado, pois não necessitam de insumos químicos, fertilizantes ou energia fóssil para produzirem, o que torna o preço dos produtos mais acessível e com maior produtividade em relação ao Agronegócio. Assim, a Agroecologia passou a ser um caminho, pois confronta o modo de produção vigente; porém, ela só será viável se houver disponibilidade de terras, sendo essencial uma reforma agrária que forneça terras produtivas a pequenos e médios agricultores. Ademais, "nenhum progresso, até a erradicação da pobreza e da fome, a melhora da saúde e a proteção ambiental, será sustentável se a maio-

ria dos recursos e serviços dos ecossistemas seguirem degradando-se" (FERNANDES, 2015, p. 16-17-27).

Um estudo realizado em 2007 pela Universidade de Michigan propôs-se a avaliar a contribuição da agricultura orgânica para a oferta global de alimentos. Seus resultados revelaram que os métodos orgânicos de produção poderiam substancialmente alimentar a população existente naquele momento, e também a futura população com a base atual de terras cultiváveis. Tal estudo causou grande repercussão no âmbito científico, pois contrariou a falácia de que os alimentos produzidos por métodos orgânicos não eram suficientes para alimentar a população mundial (VENÂNCIO, 2014, p. 55).

A Agroecologia vem ganhando cada vez mais adeptos, sendo adotada em diversos países europeus. Contudo, no cenário brasileiro, há dificuldades para consolidá-la em substituição ao atual modelo de produção, como a dependência de tecnologias da agricultura moderna, que elevaram bastante o custo da produção e reduziram o número de empregos no campo. Cita-se também a atuação governamental, que deve desenvolver políticas de produção agroecológica, educação ambiental, capacitação tecnológica à comunidade rural e pesquisas para alcançar maior desenvolvimento sustentável, em nível federal, estadual e municipal (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 55).

6) A Agroecologia como instrumento de concretização de direitos fundamentais e de justiça socioambiental

A Agroecologia, por estar pautada na sustentabilidade, é capaz de possibilitar o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Por não utilizar agroquímicos, produz alimentos saudáveis e com elevado teor nutricional; e ao disponibilizar alimentos à toda a população, cumpre sua função sócio-econômica-ambiental em garantir o exercício do direito humano à alimentação saudável (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 51). Proporciona ao ser humano o exercício de sua plena cidadania, pois possibilita acesso a trabalho, habitação, saúde, educação, cultura e lazer como condições mínimas a serem atendidas (MACHADO *APUD* FERNANDES, 2015, p. 36).

As práticas agroecológicas apresentam resultados em curto e longo prazos. Em curto prazo, fortalecem a agricultura familiar, e com isso reduzem a desigualdade social, melhorando a qualidade de vida dos trabalhadores rurais, além de fortalecer a economia local, ao proporcionar maior renda aos pequenos produtores. Fornece alimentos de qualidade e com ganho nutricional com preços inferiores em relação aos dos produtos do agronegócio, e por isso mais acessíveis, por não estar sujeita às imposições das multinacionais. Em longo prazo, conserva o meio ambiente natural, pois prima pela utilização racional dos recursos naturais e de produtos orgânicos nas plantações, o que dispensa a utilização de produtos químicos (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 48).

Nos anos 1970, pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América revelaram que 75% dos resíduos tóxicos concentravam-se em regiões habitadas pela população afrodescendente, embora esta só representasse 25% da população. Outros grupos sociais vulneráveis também passavam por situação semelhante, considerando classe social, etnia, gênero, etc. Assim, constatou-se uma injustiça ambiental, iniciando-se o movimento por Justiça Ambiental, que denuncia a desigualdade de acesso, uso e distribuição dos bens ambientais entre os diversos grupos sociais humanos, além da desproporcionalidade dos impactos negativos gerados por práticas insustentáveis, recaindo sobre indígenas, quilombolas, pescadores e população rural, desestruturando o uso do território e os modos de vida, e gerando conflitos ambientais (ZIEGLER, ROCHA, CAMURÇA *ET AL*, 2015, p. 1-3). Daí, fala-se em desigualdade ambiental, definida como:

> (…) exposição diferenciada de grupos sociais a amenidades (ar puro, áreas verdes e água limpa) e situações de risco ambiental. Minorias étnicas e grupos de baixa renda estão mais expostos a riscos ambientais como enchentes (inundações), deslizamentos (desmoronamentos), poluição, contaminação, etc. Ou seja, existe uma relação entre baixa condição socioeconômica e alta exposição ao risco ambiental, corroborando a desigual distribuição dos riscos ambientais entre os grupos sociais, causando injustiça ambiental. Outra forma de conceber a desigualdade ambiental é relacioná-la com outras formas de desigual-

> dade, como raça, sexo, renda, etc. Neste caso, os indivíduos são desiguais ambientalmente porque são desiguais de outras maneiras. (…) Assim, a desigualdade social estaria na origem da desigualdade ambiental, já que indivíduos e grupos sociais possuem acesso diferenciado a bens e amenidades ambientais (LAYRARGUES, 2009, p. 6).

Nota-se, pois, que as questões sociais e ambientais são indissociáveis, e que existe uma relação estreita entre a Agroecologia e a Justiça Ambiental, dado o objetivo de ambas em promoverem a justiça social. A justiça ambiental ajuda a compreender como o cenário sociopolítico em todos os níveis (mundial, nacional, regional e local) pode produzir conflitos ambientais, e assim fortalecer a luta por justiça social. A Agroecologia e a Justiça Ambiental usam metodologias participativas e contextualizadas, considerando a realidade de cada região e possibilitando a atuação interdisciplinar entre as partes envolvidas: população rural, trabalhadores, empresários, especialistas, movimentos sociais, etc. Deste modo, suas ações podem se desenvolver conforme as demandas reais de cada localidade, permitindo enfrentar as questões socioambientais de modo mais efetivo (ZIEGLER, ROCHA, CAMURÇA *ET AL*, 2015, p. 4).

Ademais, a Agroecologia concretiza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição, pois proporciona equilíbrio dos ecossistemas e pratica a solidariedade geracional, pelo dever da geração atual de preservar o meio ambiente para as gerações futuras. Outrossim, repercute positivamente no meio ambiente do trabalho e no meio ambiente artificial, pois orienta relações de trabalho mais justas, valoriza o saber local, estimula a geração de empregos rurais, incentiva a pesquisa e promove maior qualidade de vida e das relações sociais na comunidade rural, podendo esta garantir os direitos à saúde, ao trabalho e à educação, previstos no art. 6º da Constituição (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 52).

Quanto ao direito à saúde, já está comprovada a relação entre o uso intensivo de agrotóxicos e o desenvolvimento de doenças: além de causar poluição e intoxicação de trabalhadores e da população em geral, causa riscos à saúde humana como infertilidade, impotência, abor-

to, malformação, desregulação hormonal, efeitos sobre o sistema imunológico, câncer, etc. Por não utilizar agrotóxicos e buscar o equilíbrio ambiental natural, a Agroecologia proporciona o direito social à saúde. Quanto ao direito social ao trabalho, ela pode superar a dependência de tecnologias de países industrializados e valorizar os conhecimentos agrícolas locais, e assim gerar empregos e fortalecer a economia local e a agricultura familiar (BRAUNER E GOMES, 2019, p. 52-53).

A Agroecologia apresenta resultados positivos também na economia, pois necessita de bastante mão de obra para implantar suas técnicas; para o governo é bem menos dispendioso gerar empregos no meio rural do que no meio urbano. Por isso, os maiores investimentos em produção alimentar deveriam estar voltados para o campo, pois haveria maior retorno econômico, social e ambiental, e ao mesmo tempo possibilitando à população rural o pleno exercício de seus direitos e sua participação no progresso do país (FERNANDES, 2015, p. 11-14).

A busca pela sobrevivência da humanidade e da biodiversidade é uma grande preocupação da Agroecologia. O direito à vida é a matriz de todos os demais direitos fundamentais; logo, "todo Estado deve buscar a promoção e proteção dos direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, inclusive o direito ao desenvolvimento, que deve ser alcançado através de uma agricultura ecologicamente correta" (FERNANDES, 2015, p. 51). Desta forma, o direito humano à alimentação adequada está ligado à dignidade da pessoa humana, sendo um pressuposto para o pleno exercício dos demais direitos: civis, políticos, sociais, econômicos, entre outros (VENÂNCIO, 2017, p. 85). Assim, pode-se afirmar que a Agroecologia é mais que o exercício de direitos, sendo garantia de justiça ambiental (FERNANDES, 2015, p. 53).

Portanto, o Direito Ambiental possui papel fundamental a exercer na transição do estado de crise para um modelo de desenvolvimento sustentável, capaz de enfrentar os problemas socioambientais e lidar com os riscos da modernidade. A Agroecologia pode instrumentalizar um direito ecológico "transparente, livre de corrupção, socialmente inclusivo e reconectado com a Natureza" (VENÂNCIO, 2017, p. 114).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo não tem a pretensão de propor a ruptura abrupta com o atual modelo de produção agrícola, visto ser o agronegócio um dos pilares da economia brasileira. O que se almejou foi mostrar as vantagens de um modelo sustentável de produção, apontando pontos convergentes entre uma prática agroecológica e a garantia de direitos fundamentais como a alimentação, sem agredir o meio ambiente como o modelo vigente, que promove um esgotamento dos recursos naturais, inviabilizando a produção suficiente de alimentos, e assim desencadeando uma grave crise global.

Juridicamente, o Brasil possui um aparato de leis suficientes para uma efetiva proteção do meio ambiente, porém, deve haver o real compromisso do Poder Público em desenvolver o país de modo sustentável, que busque a harmonia entre os progressos econômico, ambiental e social. A legislação brasileira pode concretizar uma atividade agrícola sustentável; todavia, enfrenta o grave problema da falta de efetividade.

O desenvolvimento econômico obtido com o agronegócio e as consequentes perdas socioambientais devem ser debatidos em âmbito jurídico, em razão do caráter de transformação social do Direito. Sendo este uma Ciência Social Aplicada, exerce um papel essencial na transição do modelo atual à Agroecologia, pois esta pode concretizar os direitos humanos que o arcabouço jurídico brasileiro prevê em abstrato.

A História mostrou que o progresso econômico não deve ocorrer desvinculado do progresso socioambiental, pois a busca ilimitada por lucros causou níveis alarmantes de degradação ambiental. A natureza não é uma redoma isolada das ações humanas; é a morada de ecossistemas interdependentes, englobando a população humana. Os prejuízos socioambientais vêm assolando a população e não podem ser ignorados, pois descumprem normas constitucionais e de tratados internacionais de cooperação.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: *Vade Mecum*. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2019. p. 3-116.

_____. Decreto nº 7.794, de 20 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7794.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. In: *Vade Mecum*. 17. ed. São Paulo: Rideel, 2019. p. 1.130-1.136.

____. Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRAUNER, M. C. C.; GOMES, C. B. de O. A Agroecologia como instrumento efetivador do desenvolvimento sustentável. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 9, n. 1, jan./abr. 2019. p. 29-57. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/7507>. Acesso em: 12 jul. 2020.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso Futuro Comum. 2. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

[FAO] FOOD AND AGRICULTURE PRGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. World Food and Agriculture Statistical Pocketbook. Roma, 2019. Disponível em: <http://www.fao.org/3/ca6463en/ca6463en.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

FERNANDES, M. F. A atividade agroecológica como instrumento motivador capaz de conciliar meio ambiente, conser-

vação ambiental e justiça social. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/handle/1/7432>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HAVERROTH, C. Agroecologia: o paradigma emergente e o saber ambiental. Revista Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável, Porto Alegre, v. 4, n. 1, set./dez. 2011, p. 15-21. Disponível em: <http://www.emater.tche.br/site/arquivos_pdf/teses/R-Agroec12-11_03_Art-Saber-Amb.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

LAYRARGUES, P. P. Educação ambiental com compromisso social: o desafio da superação das desigualdades. In: LOUREIRO, C. F.B.; LAYRARGUES, P. P. (Orgs.). Repensar a educação ambiental: um olhar crítico. São Paulo: Cortez, 2009. p. 11-31.

NAÇÕES UNIDAS. Objetivos de desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 12 jul. 2020.

VENÂNCIO, M. D. A Agroecoogia no Brasil e seus aspectos jurídicos: caminhos para a consolidação de um modelo produtivo sustentável. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/127469/Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. O Estado de Direito Ecológico e a Agroecologia: a legislação agroecológica na instrumentalização e ecologização do Direito. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/185532/PDPC-1340-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ZIEGLER, H. R. S.; ROCHA, M. M.; CAMURÇA, A. M.; *et al*. Agroecologia e justiça ambiental: um diálogo possível. In: V Congresso Latinoamericano de Agroecologia, 2015. La Plata. *Anais eletrônicos*... Disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59115/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 1-5.

DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO E A RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CNJ

Ana Carolina da Luz Proença

I – INTRODUÇÃO

Mundialmente, está sendo presenciado as consequências decorrentes da atual pandemia oriunda da COVID-19, sendo imperioso e necessário que os países de todos os continentes tomem decisões rápidas e precisas, especialmente nos campos da saúde, econômico, social, urbano e político, em busca de combater essa doença, que já vem causando milhares de mortes.

Dentre outras tomadas de decisões nas áreas de atuação governamental, neste texto é analisada a situação específica do sistema prisional com relação ao direito à saúde como um direito fundamental e a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Ressalta-se que a escrita será realizada através de uma metodologia bibliográfica com procedimento descritivo-analítico.

A organização do artigo divide-se em um primeiro momento apresentando o direito à saúde como um direito fundamental; abordando a matéria constitucional, deixa-se claro que o enfoque dado no presente artigo para discorrer sobre tal garantia, ocorre através da terminologia "Direitos Fundamentais". Visto que, tais direitos constituem uma construção definitiva integrada ao patrimônio comum da humanidade.

Após, reflete-se sobre presos e sistema prisional; percebe-se que as políticas penais abordadas são extremamente repressivas. As prisões são dotadas de regimes disciplinares autoritários, incluindo condições estruturais precárias formando cenários com celas lotadas e extremamente pequenas, construções não conservadas, caracterizando condições insalubres tanto ao indivíduo apenado quanto ao aos servidores que estão em constante contato com os presos e presas.

Somado a todas essas questões estruturais precárias existentes, também há os problemas internos da prisão. Atualmente, devido a pandemia causada pelo vírus da COVID-19, há mais uma discussão que se faz imperiosa: a saúde dos presos em tempo de pandemia.

É um equívoco pensar que o bloqueio total das prisões, com isolamento coletivo dos presos e a limitação de informação sobre a situação nas unidades prisionais permitirão evitar a disseminação da COVID-19 no universo carcerário. São necessárias e eticamente indispensáveis a efetiva implantação de enfrentamento para preservar o direito à vida e à saúde e evitar o risco de um drama humanitário.

II– O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Abordando a Teoria dos Direitos Fundamentais lembra-se, por oportuno, a existência dos conceitos de Direitos do homem, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Essa perspectiva lembra que o contexto é um verdadeiro desenvolvimento da concepção jusnaturalista passando para a positivista até o surgimento do pós-positivismo/neoconstitucionalismo.

Através de um olhar filosófico atenta-se as reflexões trazidas através da tragédia de Antígone (Sófocles, 2001) que contribui sobre a discussão de um combate entre o direito natural e o direito positivo. Pois, o direito natural era resultado do credo na existência de costumes e caracterizado por um direito divino imutável, enquanto o direito positivo caracterizou-se por ser variável e mutável sendo composto por um conjunto de normas jurídicas atribuídas aos humanos com o intuito de regular o convívio entre as pessoas.

Oportuno, ainda, abordar a discussão quanto a classificação e distinção da denominação Direitos Humanos e Direitos Fundamentais que, para Ingo Sarlet (2018,p.29) "[...] os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)".

Reflete-se aqui que, quanto a utilização da terminologia dos direitos humanos e direitos fundamentais, não há um consenso. Pois, é comum ocorrer o uso de um dos termos para tratar do mesmo conteúdo. Porém, frisa-se:

> Em que pese as duas expressões ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que a expressão "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos do direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (Sarlet, 2018,p.29).

Corroborando com a temática sobre o uso da expressão "direitos fundamentais" Rudnicki (2009, p.174) escreveu:

> Atente-se que, no âmbito do ordenamento jurídico, essa diferença significa o reconhecimento, a aplicação, a incorporação; significa a tentativa de a ciência jurídica transformar os direitos humanos em direitos fundamentais, de jurisdicionalizar os direitos humanos; significa que, para os juristas, direitos humanos somente têm valor quando escritos em um papel, quando transformados em norma jurídica. Transformar os direitos hu-

> manos em direitos fundamentais significa também dizer que, no país, o que importa é apenas a ordem interna; somente os direitos constitucionalizados têm vigências e podem ser reivindicados.

Dessa forma, optou-se pela utilização da terminologia "direitos fundamentais" na escrita do artigo. Tais direitos constituem uma construção definitiva integrada ao patrimônio comum da humanidade, ou seja, são sinônimos de lutas e conquistas de longos anos que levou a gradativa consagração no âmbito do direito constitucional.

Nesta acepção, imperioso lembrar que Alexy aborda os Direitos Fundamentais através de um estudo da Constituição Alemã e menciona: "Dizer que determinados direitos fundamentais são válidos significa dizer que as estruturas necessárias e algumas das estruturas possíveis foram realizadas (Alexy, 2011, p.32), ou seja, conquistas de liberdades e direitos foram efetuadas para que tais direitos fossem adquiridos pela Constituição.

Lembrando Canotilho (2003, p.52):

> O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

Os direitos ditos como fundamentais, apresentados na nossa Constituição, devem ser aplicados a todos os indivíduos, pois "Se é verdade que a lei necessita, para a sua vigência, de um corpo, se é possível falar, neste sentido, do "desejo da lei de ter um corpo", a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo" (Agamben, 2007, p. 130).

Em harmonia, "A comunidade política é assim constituída, e o político designa a esfera em que os interesses particulares se encontram e devem ser harmonizados com uma preocupação de justiça e de igualdade [...] (Rawls,2000,p.XXVIII). Neste sentido, válido mencionar que não há Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos

internacionais sobre os Direitos Humanos ou que não tenham sido reconhecidos ao menos um núcleo de direitos fundamentais por suas Constituicões.

É sempre atual a abordagem reflexiva de que "Os direitos a [sic] proteção dizem respeito sobretudo à delimitação entre as posições de direitos fundamentais [...]" (Agamben, 2007, p.466) que assumem frente à moderna teoria da Constituição, adotando-se o entendimento de que os direitos sociais se constituem em direitos fundamentais.

Aceitando a perspectiva histórica de que tais direitos são parte de realizações positivas e graduais, cabe validar que o ocorrido se deu conforme a da própria vivência humana em sociedade e por isso são divididos em dimensões cumulativas. De encontro com esse pensamento:

> Segundo, os direitos sociais (prestações do Estado) foram garantidos já nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX, muito antes da chamada crise do Estado liberal da primeira metade do século XX, apontada pelos adeptos da terminologia das gerações como a responsável histórica pelo surgimento da suposta era de tais direitos. Os documentos históricos consubstanciados nas primeiras constituições europeias provam a inconsistência da terminologia (Dimoulis; Martins, 2014, p.23).

Encontra-se o direito à saúde marcado na segunda dimensão dos direitos fundamentais que ficou caracterizada por consagrar a dignidade da pessoa humana através de imposições positivas para o Estado com o intuito de obter uma justiça social, lembrando que "[...] os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reinvidicações das classes menos favorecidas [...]" (Sarlet, 2018, p. 48).

Imperioso lembrar que "A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas" (Bobbio, 2003 p.34) e o direito à vida baseia-se, também, no direito primitivo do ser humano, já que dele resultam outros direitos; vai mais além da ideia de se manter vivo, o direito à vida tem o intuito de oferecer a pessoa humana condições necessárias para o

seu pleno desenvolvimento. Sendo possível atingir de maneira digna as faculdades mentais, físicas e sociais de cada indivíduo.

Nesse contexto, o direito à saúde pode ser compreendido como um dos deveres do Estado perante a todo cidadão, objetivando impedir qualquer dano e assegurando uma evolução saudável. Ademais, com relação ao direito à saúde é possível observar que ele existe como um direito humano fundamental e universal.

Assim, torna-se um direito fundamental porque está condicionado à vida, de modo que, sem o direito à saúde, a integridade física ou psíquica e a própria vida estarão comprometidas. É universal pelo fato de ser um direito inerente de todos ser humano, indistintamente de classe, cor, religião e outros fatores. Em razão da sua importância, o direito à saúde foi expressamente reconhecido, no plano constitucional brasileiro e previsto na Constituição Federal de 1988.

Trata-se, também, de um direito social prestacional, ou seja, joga ao Poder Público a obrigação de atuação perante políticas públicas de assistência à saúde . A Constituição Federal trouxe o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana estando resguardado: "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".

Com efeito, além de reconhecer o direito à saúde definiu: "Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Além disso, há pactos internacionais ratificados e aderidos ao ordenamento jurídico nacional que integram o direito social à saúde na ordem constitucional, isso porque de acordo com o disposto no art. 5, parágrafo 2, da CF/88, os direitos e garantias fundamentais compreendem também os direitos humanos previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Observa-se, portanto, que a saúde é de um dever social fundamental exclamado pela nossa Constituicão com o intuito de assegurar

o acesso as políticas sociais e econômicas e assegurar uma vida mais digna de forma igualitária e humana.

III - PRISÃO, COVID-19 E A RECOMENDAÇÃO 62 DO CNJ

Conforme dados trazidos pelo Departamento Penitenciário no relatório divulgado referente ao mês de dezembro de 2019, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo: São 748.009 pessoas englobando o cenário. Portanto, imperioso lembrar que tal crescimento, cada vez mais significativo, possibilita que as prisões sejam um mundo à parte e uma realidade desconhecida por muitos. Thompson (1998, p. 73) aborda muito bem no seu livro que:

> A uma pessoa no mundo livre, que conhece a penitenciária apenas através de relatos, ou de visitas esporádicas, fica difícil avaliar o grau de sofrimento a que os presos estão submetidos em função da impossibilidade de se defender, eficazmente, das agressões, ataques e abusos de toda a ordem [...]

Na esfera prisional, percebe-se que as políticas penais abordadas são extremamente severas e repressivas. As prisões são dotadas de regimes disciplinares autoritários, incluindo muitas vezes a situação de maus-tratos e condições estruturais precárias formando cenários com celas lotadas e extremamente pequenas, construções antigas e não conservadas, pouca ventilação em ambiente sujo caracterizado pelo cheiro ruim, caracterizando condições insalubres ao apenado.

Somado a todas essas questões estruturais precárias existentes, há também os problemas internos decorrentes da população inserida dentro da prisão. Atualmente, devido a pandemia causada pelo vírus da COVID-19, há mais uma discussão que se faz necessária: a saúde dos presos em tempo de pandemia.

É por conta de uma sociedade extremamente segregadora e estigmatizadora que, conforme afirmação de Goffman (2008, p.148) dividem a sociedade em duas partes "[...]estigmatizados e a de normais [...]" que se faz necessário reforçar que o indivíduo preso é pos-

suidor de direitos, dentre eles: saúde e vida. Não há vida sem o resguardo da saúde.

Portanto, sabendo que "[...] esta relação é uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso)" (Baratta, 2011, p. 186) é que se faz necessário reforçar que esses direitos são de ampla credibilidade, respeito e aplicabilidade a todos os seres, visto que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais têm uma aplicação imediata e eficácia plena, além do fato de serem superiores às demais, motivo pelo qual, qualquer norma infraconstitucional ou ato administrativo que contrariem as disposições constitucionais devem ser desprezadas.

A pandemia causada pelo COVID-19 chega ao Brasil em um momento em que o sistema de saúde prisional está frágil e sobrecarregado, o que tem resultado em uma crescente contaminação por doenças infecciosas como, por exemplo, a tuberculose. Além disso, dentro dos presídios há pessoas cumprindo pena privativa de liberdade que já são idosas ou possuem outras doenças que acabam se enquadrando no chamado grupo de risco para a COVID-19, entre as quais estão: diabetes, cardiopatias, hipertensão, asma, HIV, tuberculose dentre outras.

Por oportuno, lembra-se que o sistema prisional é formado por homens e mulheres, sendo que as mulheres grávidas também estão enquadradas no grupo de risco. Agregados ao sistema – e não menos importante – lembra-se dos(as) agentes penitenciáros(as) que em decorrência da superlotação prisional e demais fatores também estão correndo risco.

Diante da evidente precariedade do sistema prisional, o Conselho Nacional de Justiça publicou em 17/03/2020 a Recomendação nº 62/2020, sugerindo um novo olhar ao Processo Penal, em especial a fase de conhecimento relativo a prisão provisória, bem como aos segregados em grupo de risco, visando evitar uma maior propagação do vírus dentro do sistema carcerário.

A recomendação fundamenta-se nas declarações da Organização Mundial de Saúde (OMS) acerca da COVID-19, e seu alto perigo de disseminação em massa, colocando em risco a vida de detentos, agentes penitenciários e suas famílias, bem como reconhecendo a manuten-

ção de saúde à população carcerária e seus operadores, direito essencial conforme previsto em nossa Carta Magna e já frisado anteriormente.

Sendo assim, a recomendação expedida pelo Conselho Nacional de Justiça veio recomendando aos magistrados as seguintes medidas visando a redução dos riscos epidemiológicos e preservação dos direitos fundamentais :

> "[...]Art. 4o Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:
>
> I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;
>
> II – a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;
>
> III – a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.[...]"

Importante ressaltar que a Recomendação editada pelo CNJ, sugere, dentre outras medidas, a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, priorizando nesta análise apenados que pertençam ao chamado grupo de risco, mulheres,

mães e pessoas responsáveis por crianças de até 12 anos ou portadoras de deficiência. Ainda, sugere uma nova avaliação das prisões provisórias de presos que estejam lotados em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade.

Contudo, a ausência de políticas públicas significativas e de medidas orçamentárias eficazes em prol do sistema carcerário, representam uma falha estrutural grave, sendo o apenado vítima da deficiência do próprio Estado, gerando a violação sistemática de direitos e o agravamento da situação de risco de contágio.

As medidas de prevenção a disseminação do novo coronavirus são emanadas pelas autoridades de saúde pública, em um contrassenso ao que é empregado dentro das casas prisionais. O recinto insalubre e abarrotado é o ambiente ideal para a propagação em massa da doença, sendo que nenhuma penitenciária possui disposição física para o isolamento de presos de forma imediata e acompanhamento de casos graves da enfermidade, o que denota uma evidente violação aos preceitos fundamentais traçados em nossa Lei Suprema.

É de conhecimento geral que a estrutura carcerária do Brasil possui superlotação, condições insalubres e aglomeração de indivíduos em um espaço muito pequeno, torna a tarefa do distanciamento impossível, gerando um grande risco do colapso do sistema de saúde, tendo em vista que é do Estado o dever de zelo pela saúde e bem estar dos cidadãos sob sua custódia, conforme já referido anteriormente, e ainda sobre o contexto podemos reforçar:

> A maioria das cadeias e prisões foi construída para maximizar a segurança pública, não para minimizar a transmissão de doenças ou para fornecer cuidados de saúde com eficiência. A probabilidade de transmissão de organismos potencialmente patogênicos é aumentada por aglomeração, demoras na avaliação e tratamento médico, acesso racionado a sabão, água e roupas limpas, conhecimento insuficiente no controle de infecções e proibições contra o uso de ferramentas comprovadas de redução de danos, como preservativos e troca estéril de agulhas. A transferência abrupta de presos de um local para outro complica ainda mais o diagnóstico de infecção, interrupção da

> transmissão, reconhecimento de um surto, realização de uma investigação de contato e erradicação da doença. (BICK, 2007, p.1047, tradução nossa).

Ao todo são 9.586 casos confirmados e 114 óbitos registrados conforme dados obtidos no site do Conselho Nacional de justiça. Informação que coloca em dúvida a eficácia da política de combate com relação ao contexto prisional. Na prisão, a percepção do risco à vida e à saúde ocasionada pela COVID-19, somada à restrição de circulação dentro do espaço prisional por motivo de superlotação e interrupção das visitas íntimas, geram tensões.

A suspensão, ainda que provisória, do contato com a família intensifica a sensação de rejeição e isolamento resultando em preocupações com a saúde de quem está dentro das grades e também de quem espera por eles fora dos muros segregadores. Ademais, prejudicando ainda mais a situação psíquica "o isolamento assegura o encontro do detento a sós com o poder que se exerce sobre ele"(Foucault, 2014, p. 230).

Com o intuito de reduzir o prejuízo causado pela perda de controle e ansiedade decorrentes desta contexto, se faz necessário também informar não só os familiares como também as pessoas privadas de liberdade sobre a existência das estratégias adotadas e a forma como estão sendo geridas tanto pelo Estado, quanto pelo estabelecimento prisional junto ao Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos.

É necessário ainda a mantença da comunicação entre pessoas presas e seus familiares por cartas, telefones e outros meios institucionalmente disponibilizados para este fim. É importante evitar a estigmatização e violência que podem ocorrer contra pessoas identificadas como possíveis "inimigos" por serem portadores do vírus.

Imperioso e indispensável a efetiva fixação, com toda a transparência, das estratégias de enfrentamento e vigilância cientificamente fundamentadas e similares às preconizadas para a população geral, para evitar o risco de um drama humanitário que transformaria, mais do que nunca, a prisão no epicentro de um genocídio. "Que nos ilumine Dios, la razón o lo que cada uno crea con total y absoluta libertad de conciencia, porque en esta hora los errores tendrían consecuencias demasiado graves" (Zaffaroni, 2020) .

De todo o caos, espera-se uma política e sociedade mais humana de maneira que seja reconhecido o imprescindível direito à saúde como forma substancial ao direito à vida de todos os seres para a satisfação das objetivações sociais não excluindo os vulneráveis.

IV – CONCLUSÃO

O direito à saúde encontra-se assegurado pela Constituição de 1988 como direito fundamental, e desde então tem ocorrido avanços significativos no sentido de garantir sua universalidade. Porém, e diante de tudo que estamos vivendo, sabemos que esse direito não é aplicado a todos.

Faz parte da cidadania (também preceito fundamental) pleitear através de uma participação efetiva da população a busca de soluções para as carências – aqui a carência é entendida como saúde - e também, faz parte a presença ativa nos espaços de poder decisório em todos os níveis dos entes federados.

A pandemia da COVID-19 expõe as fragilidades estruturais e os pontos de tratamento desigual. Os desafios que se apresentam no sistema prisional são imensos e agravados pela situação social, que impõe condições de vida e saúde precárias. Ademais, a sobreposição da COVID-19, no espaço e no tempo, com outras doenças a tuberculose, a aids e tantos outros fatores dentro de um espaço precário e insalubre como as prisões, constitui um grande desafio.

Cabe ao Estado exercer as ações e serviços de saúde viabilizando a construção de uma ordem social inovadora, almejando sempre o bem-estar e a justiça social, buscando a devida concretização dos direitos e garantias fundamentais à saúde da sociedade brasileira e necessária ao desenvolvimento também daqueles que estão segregados.

Portanto, imprescindível enxergar quem faz parte do sistema prisional – agentes e presos; visando resguardar a garantia dos direitos fundamentais de forma indiscriminada, com intuito de evitar um grande extermínio.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. 2.ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011

BICK, Joseph A., Infection Control in Jails and Prisons, *Clinical Infectious Diseases*, Volume 45, Issue 8, 15 October 2007, Pages 1047–1055, https://doi.org/10.1086/521910

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista & Ariani Bueno Sudatti, 2ª Edição, Bauru – São Paulo Editora: EdiPRO, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Monitoramento Semanal Covid-19. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-01.07.20.pdf. Acesso em 10 de jul. de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação N. 62 https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/03/62Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 10 de jul. de 2020.

DIMOULIS, Dimitri ; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014. RAWLS, John. Justiça e Democracia. Tradução Irene A. Paternot, 1ª. ed., São Paulo : Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão; 42 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Estigma:* notas sobre a manipulação de identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

RUDNICKI, Dani. O discurso (ideológico) dos juristas sobre os Direitos Humanos. *História e ideologia*: perspectivas e debates. Passo

Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009, v. , p. 168180. https://www.academia.edu/19853395/O_discurso_ideol%-C3%B3gico_dos_juristas_sobre_os_Direitos_Humanos . Acesso em 04 de julho de 2020.

SARLET, Ingo. A *eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SÓFOCLES. *Antígona;* traduzido diretamente do grego por Domingos Paschoal Cegalla - Rio de Janeiro: DIFEL, 2001

THOMPSON, Augusto. *A questão Penitenciária*. 4ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Nuestro derecho y la postpandemia*. https://lateclaenerevista.com/nuestro-derecho-y-la-postpandemia-por-eraulzaffaroni/. Acesso em: 04 de julho de 2020.

LIBERDADE RELIGIOSA EM TEMPOS DE PANDEMIA: VIDA VERSUS MORTE

Luana Esteche Nunes Korocoski
Michael Felipe Wilmers

INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID – 19 trouxe diversos impactos ao mundo, os quais refletiram tanto na segurança, saúde, cultura e luta pela vida da população, obrigando muitos países a se adaptar à situação de exceção trazida pela doença. O vírus tem ocasionado grande preocupação em decorrência de seu alto grau de contágio juntamente com a falta de soluções efetivas de prevenção e tratamento.

Diante disso, não só o Brasil como o mundo se mostrou obrigado a tomar medidas drásticas com o fim de conter/evitar a propagação da COVID – 19, entre elas a "quarentena" e o "isolamento". Por certo que tanto a quarentena como o isolamento social refletiram em diversos âmbitos da sociedade, trazendo à baila discussões relativas a interesses e garantias diante de conflito aparente de princípios fundamentais como é o caso da liberdade de religião e do direito à vida.

Um direito fundamental compreende a proteção da integridade física da pessoa em contraposição ao direito de crença que pode vir a desiquilibrar a integridade psíquica do enfermo e de seus familiares.

Dessa forma, o presente artigo visa enfrentar, sem no entanto exaurir, a questão da liberdade religiosa, bem como o direito cultural

aos rituais fúnebres dos doentes e falecidos em decorrência da COVID-19, que vem impossibilitando aos indivíduos acometidos pela doença e seus familiares o acesso à assistência religiosa, bem como de realizar os rituais fúnebres que creem ser necessário para a acolhida do falecido no reino dos céus ou simplesmente no "outro lado" da vida.

Para tanto, realizamos uma análise do tema, juntamente com o que se discorre até então e, por intermédio do estado da arte, buscando-se um maior aprofundamento com pesquisas decorrentes da metodologia qualitativa, selecionando a bibliografia atual e condizente com o tema, assim como compilação de documentos e jurisprudência de forma a elucidar o estudo ora realizado.

DA PANDEMIA DE COVID-19 E SEUS IMPACTOS

A COVID – 19, mais conhecida como "Novo Coronavírus", causada pela "SARS-CoV-2", incidiu pela primeira vez no final de 2019 na China mediante casos isolados, quando em janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde – OMS a considerou como sendo uma doença de Emergência de Saúde Pública com Importância Internacional e, posteriormente, diante da contaminação de diversos países, a caracterizou como uma pandemia. (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020)

A preocupação com a doença tornou-se intensa na medida do desconhecimento de meios eficazes para alcançar a cura, aliado ao alto poder de contágio, eis que sua propagação ocorre através do contato – nos olhos, boca ou nariz – das secreções espalhadas por pessoa infectada. (IQUIAPAZA; OLIVEIRA; LUCAS, 2020, p. 4) Além disso, a doença se manifesta de várias maneiras nos indivíduos, podendo se dar de forma assintomática ou sintomas equivalentes a uma pneumonia grave, afetando severamente as vias respiratórias, podendo causar a morte. (LIMA, 2020, p. 5)

No Brasil, a incidência da doença não foi diferente, em pouco mais de três meses, contabiliza-se mais de 1,8 milhão de casos e 70 mil mortos. (BRASIL, 2020c) Como forma de conter o aumento dos casos, o Governo Federal editou a Lei nº 13.979/2020 com as medidas

a serem tomadas diante do Coronavírus, entre elas, o isolamento social e a quarentena, assim definidas:

> I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e
>
> II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. (BRASIL, 2020b)

Tanto o isolamento quanto a quarentena são medidas de restrições, sendo o primeiro aplicável às pessoas com diagnóstico confirmado da doença, cujo afastamento se torna imprescindível para conter a propagação do vírus, evitando-se o contato com pessoas sadias. A quarentena, por sua vez, é uma medida que resulta na restrição de circulação e exercício de determinadas atividades com o fim de evitar que haja a propagação do vírus, cujo rol de serviços essenciais é definido pelos entes federativos competentes.

As determinações de prevenção pandêmica têm a finalidade precípua de proteger não apenas a saúde das pessoas, mas também sua própria vida, eis que se tratam de direito fundamental previsto constitucionalmente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). As medidas adotadas, acabam protegendo este direito em sua dupla acepção, assim entendida pela doutrina, protegendo a vida dos indivíduos no sentido de mantê-los vivos, bem como a de possuírem vida digna em sua existência. (MORAES, 2018, p. 74)

As atividades essenciais em tempo de pandemia podem ser consideradas como aquelas indispensáveis a vida digna do ser humano, cujo conceito se encontra no art. 3º do Decreto nº 10.282/2020:

> Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º.
>
> § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (...). (BRASIL, 2020a)

Inexoravelmente, as restrições opostas em razão da pandemia ensejaram grandes discussões, umas questionando o rigor imposto e outras levavam em conta a subjetividade do que se é essencial. A necessidade das práticas religiosas é um exemplo que se amolda ao caso, eis que para os fiéis a realização dos cultos em templos é indispensável, o que pode não possuir importâncias para os não religiosos.

O decreto nº 10.282/2020, mediante inciso XXXIX, do art. 3º, §1º, incluiu como atividade essencial os cultos religiosos de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde. (BRASIL, 2020a) Medida que veio a ser suspensa por intermédio de Ação Civil Pública proposta perante a 6º Vara de Brasília, a qual determinou que as atividades religiosas deveriam ser impedidas, seguida de outras manifestações judiciais em diversas localidades do país.

Nesse sentido, a liberdade de realização das atividades religiosas foi objeto de grande discussão e controvérsia, visto que, em alguns lugares essas atividades foram suspensas por resultarem em aglomerações de indivíduos o que ensejava na facilidade da propagação do vírus da COVID-19. Apesar disso, o tema possui previsão constitucional[35], eis que a liberdade de culto religioso caracteriza-se como direito fundamental, merecendo uma análise pormenorizada da controvérsia instaurada.

A religião é vista com uma esperança em meio a situação pandêmica que estamos vivenciando, eis que fortalece a fé dos fiéis trazendo

35 Art. 5º (...)
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. (BRASIL, 1988)

esperança de tempos melhores diante da misericórdia divina. Entretanto, esse direito vem sendo mitigado em detrimento da saúde coletiva e necessidade de isolamento social, podendo os direitos individuais serem passíveis de restrição em razão de relevante interesse público.

Entretanto, a problemática se exaspera ao que tange a assistência religiosa nos ambientes coletivos de internamento, onde a visita portando a palavra de fé traz um amparo e um acalante ao adoentado, mediante palavras de conforto e esperança e concessão do "perdão dos pecados" aos moribundos, o que se dá diante da extrema unção na religião católica.

Tem-se uma contraposição de direitos fundamentais tão importantes para a dignidade da pessoa humana, qual seja, o direito à vida, assistência religiosa e direito a morte digna como desdobramento da dignidade da pessoa humana os quais se confrontam em época de pandemia, trazendo sérias consequências no âmbito jurídico e social.

Utilizando-se da metodologia qualitativa, diante de pesquisa bibliográficas, com o intuito de levantar o estado da arte, assim como pesquisas legislativas e jurisprudenciais busca-se fazer uma análise dos princípios fundamentais do direito à vida, em contraposição ao direito a assistência religiosa aos moribundos e direito a morte digna como desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana em época de pandemia e seus impactos no âmbito social e religioso.

A LIBERDADE RELIGIOSA

A morte em diversas religiões não é considerada meramente como o fim da vida, mas sim como um ritual de passagem da vida mundana para uma vida espiritual, cuja preparação para a morte proporciona uma transição tranquila em direção a vida em outro plano.

Como forma de amenizar o sofrimento das pessoas e com a finalidade de auxiliar tanto a família quando ao doente a lidar com a morte, algumas religiões adotam rituais fúnebres, os quais trazem conforto psicológico e social. Diversas concepções e significados da morte foram sendo concebidos, a grande maioria de cunho religioso, sendo ela entendida como ritual de passagem para vida eterna,

elevação espiritual e/ou acerto de contas entre o bem e o mal que se praticou na vida terrena.

Na sociedade da antiga Mesopotâmia os rituais de sepultamento dos corpos eram denominados como "inumação", os quais compreendiam o enterro dos mortos acompanhado de seus pertences pessoais, vestimentas e suas comidas prediletas, zelando para que nada faltasse para a boa travessia, sob pena de vagabundear sem fim, impossibilitado de entrar no reino dos mortos. (GIACOIA JÚNIOR, 2005, p. 15)

De acordo com Guerreiro (2014, p. 182) a morte era temida, entretanto esperada em épocas em que as doenças mais graves eram quase mortais, onde o moribundo aguardava no leito de sua casa, em direção ao oriente, deitado de costas para que seu rosto estivesse voltado para o céu.

Na fé cristã, a morte é dramatizada como limite entre o céu e a terra, seguindo-se de um julgamento final onde se leva em conta a conduta moral e pessoal do falecido enquanto vivo, para tanto o moribundo recebe o sacramento da igreja, por intermédio de padres que se dirigem até seu leito de morte ministrando a comunhão e a extrema unção/unção dos enfermos com objetivo de perdoar os pecados cometidos em vida.

Segundo Azevedo (1987, p. 61)

> Na hora da morte punha-se na mão do moribundo uma vela acesa para que fosse ao encontro de Deus como 'filho da luz' liberto das trevas do pecado pela comunhão eucarística recebida como viático, isto é, como provisão espiritual e mística da viagem para eternidade. A ministração da extrema unção, agora designada como sacramento dos enfermos destinado a lhe tirar o sentido agourento tão temido, completava as condições do trânsito para o outro mundo... Fechar os olhos do recém-falecido, juntar-lhe as mão segurando um crucifixo ou rosário, estender-lhe as pernas, vesti-lo com uma roupa formal, preta ou escura, cobrir-lhe o rosto com lenço eram outros gestos desse rito de passagem... Abriam-se as portas e as janelas para 'facilitar a saída da alma'.

A crença de que os rituais levarão à proximidade de Deus faz com que eles se prolonguem no tempo, sempre arraigados de sacratismo e respeito pelos adeptos da religião, trazendo importância para a vida daqueles que creem.

A "unção dos enfermos" ou "extrema unção", praticada nas religiões cristã tem sua previsibilidade no texto bíblico, *in verbis*:

> Está alguém doente? Chame os presbíteros da igreja; e estes façam oração sobre ele, ungindo-o com óleo, em nome do Senhor. A oração da fé salvará o doente, e o Senhor o restabelecerá; e, se tiver cometido pecados, ser-lhe-ão perdoados. Confessai os vossos pecados uns aos outros e orai uns pelos outros, para serdes curados. (BÍBLIA, 1991, p. 1566)

A prática possui dupla finalidade de acordo com os religiosos, a de cura, bem como a de perdão, recebendo a "graça" para que sejam curados pela fé e tenham seus pecados perdoados, para que em caso de falecimento possam alcançar a salvação. (ROSÁRIO, 2017, p. 13)

Nas palavras de Costa e Guilouski (2012, p. 01):

> Rituais religiosos permitem aos adeptos nas diferentes tradições religiosos adentrar no mundo divino e pela fé trazê-lo à realidade humana. O rito é a práxis do mito. Por meio da linguagem ritualística os seres humanos rememoram e atualizam mistérios, acontecimentos importantes de um passado distante, geralmente explicado por meio da linguagem mítica. O ritual em uma determinada tradição religiosa é a possibilidade de o adepto entrar em comunhão com a fonte primordial de força e energia que jorra das origens.

Na atualidade, apesar de simplificados, muitos rituais de preparação para a morte ou de passagem permanecem ativos em religiões como a católica, messiânica, indígenas, dentre outras, todas merecendo o devido respeito, diante da laicidade do Estado Nacional. A laicidade conferida ao Estado, confere a garantia de liberdade religiosa, sendo facultado aos indivíduos professar aquilo que melhor se adeque as suas convicções ou,

se preferir, sequer seguir uma religião, isto pois, é proibido ao Estado impor uma religião aos indivíduos. (MORAES, 2018, p. 87-88)

De acordo com o último censo do Instituto Brasileiro De Geografia e Estatística (2010), cerca de 80% da população brasileira possui religião definida, com prevalência da religião cristã, as quais em sua maioria seguem a bíblia como livro sagrado. A percentagem demonstra a importância da religião e seus ritos na vida das pessoas, em especial no leito de morte mediante a cura dos pecados para que se possa atingir o reino dos céus, possuindo a "boa morte" relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. A possibilidade de professar a sua fé de acordo com as suas convicções, se mostra como uma forma de concretização da sua vontade e qualquer imposição contrária pode macular a sua dignidade e/ou o seu direito a morte digna, impedindo o auxílio divino. (BARROSO, 2010, p. 24)

A unção dos enfermos, ritual vivo na religião cristã, é utilizado como forma de conforto ao adoentado, cujo propósito é conferir a graça espiritual com a certeza do acolhimento divino e até a cura, senão do corpo, pelo menos da alma, sob aqueles que estão empregados na agonia e na aflição, reforçando a crença católica de que se a morte chegar sem que o doente a tenha recebido, poderão acontecer penalidades à sua alma. Dessa forma, a unção dos enfermos possui a função que perdura até os dias atuais que é a de eliminação das dívidas do enfermo com Deus, garantindo a passagem de sua alma para o "outro lado". (PEREIRA, 2013, p. 2701)

A importância da prática religiosa é deveras, que estudos demonstram que o credo dos indivíduos pode melhorar o seu estado físico e psicológico diante das doenças:

> embora os achados empíricos não sejam inequívocos, as resenhas sistemáticas [dos estudos] têm registrado consistentemente que vários aspectos do envolvimento religioso estão ligados a resultados desejáveis da saúde mental e que várias investigações recentes, usando rigorosos métodos analíticos, também registram efeitos salutares de diversos indicadores de envolvimento religioso numa ampla gama de resultados de saúde física e mental. (ELLISON, 1998, p.692 *apud* PAIVA, p. 3)

Tanto é reconhecido o direito as práticas religiosas que o constituinte federal expressa sua inviolabilidade de forma expressa "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", assim como a assistência religiosa em ambientes de internamento coletivo.[36] (BRASIL, 1988)

Para os que creem e seguem os ensinamentos religiosos a impossibilidade de cumprimento dos rituais traz extrema angústia, tanto para o adoentado quanto para seus familiares mediante luto complicado ou prolongado, os quais em tempo de pandemia estão sendo privados de frequentar os cultos religiosos, bem como de empregar sua prática de eucaristia pré-morte, confissão e rituais de extrema unção.

A impossibilidade da prática dos rituais religiosos, de acordo com Taylor (2020) podem provocar a sensação de negligência e tratamento desumano no final da vida, assim como trazer abalo psicológico tanto para a família quanto para o paciente.

De acordo com Lisboa e Crepaldi (2003, p. 104), cada vez mais é necessário considerar as intervenções religiosas em situações de morte, eis que ela atua como um consolo e apoio nos momentos de dor, tanto como meio dos familiares se despedirem do adoentado, assim como forma de alívio do sofrimento.

Apesar disso, em momentos de pandemia o direito às manifestações religiosas, rituais pré e pós-morte vem sendo limitados, resultando muitas vezes em mortes solitárias, sem assistência afetiva familiar, sepultamentos em valas coletivas ou em caixões lacrados, desestabilizando ainda mais uma população que já vem sofrendo com duras penas impostas pelo cenário pandêmico.

DAS CELEBRAÇÕES RELIGIOSAS

A externalização da fé, tão cara, sobretudo nos momentos de dor, foi limitada diante da pandemia do COVID-19, com a imposição de

36 Art. 5º [...]
VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. (BRASIL, 1988)

restrição do gozo de direito fundamental, em afronta ao conceito de estado democrático de direito. O Supremo Tribunal Federal discorre sobre a manifestação do direito a religião, conforme segue:

> a liberdade de crença assegurada no art. 5º, VI, da CF/88 não se limita ao direito de construção de um pensamento religioso, envolvendo, também a possibilidade de que o destinatário dessa liberdade se autodetermine de acordo com seu credo. Sob essa compreensão é que se permite aos que professam alguma fé a realização de cultos e a manifestação de suas liturgias. Também sob esse entendimento é que protege a Constituição diversas formas de exteriorização da crença, inclusive em âmbito coletivo. Ainda sob essa percepção é que se resguarda os que professam uma religião de qualquer restrição de direito motivada em sua crença religiosa. (BRASIL, 2018, p. 32)

O que temos é a limitação do gozo de direito fundamental, o qual em tempo de pandemia passa a ser limitado em detrimento do direito à vida, saúde e bem estar coletivo. Como forma de conter o avanço da pandemia, os doentes sob o regime de internamento passaram a ficar impossibilitados de receber visitas, mesmo que em seu leito de morte, sejam familiares ou religiosos, mediante isolamento social.

Esse isolamento se mostra como um dever de garantia do Estado em proteger a vida dos demais indivíduos, eis que o direito à vida vem consignado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, conforme dispõe: "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 […]". (BRASIL, 1988)

De acordo com Branco (2010, p 441):

> A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido

> declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo.

Assim, o direito à vida se mostra como um dos principais do ordenamento jurídico, considerado como um pressuposto para os demais direitos, instaurando-se uma problemática a que se refere na ponderação entre o direito à vida de uma pessoa em contraposição ao direito a morte digna de outra.

Contudo, a ressalva que se faz aqui, é que ainda que seja um pressuposto para os demais direitos, o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais, tem por característica a relatividade, ou seja, não é absoluto, não podendo ser aplicado de forma abstrata em todo e qualquer caso, assim, eventualmente, existem conflitos de interesses com outros direitos fundamentais. (LENZA, 2020, p. 760)

Não é a primeira vez que o direito de religião se choca com o direito à vida, sendo transferido ao poder judiciário a solução da demanda, conforme ocorre em casos de realização de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Para os adeptos desta religião, o ato de receber sangue de terceiro torna a pessoa impura, impedindo que a mesma adentre ao paraíso por ocasião de sua morte.

A negativa de autorização dos pais para a realização da transfusão de sangue já ensejou no falecimento de uma criança, sendo seus pais posteriormente denunciados por homicídio. Mediante a interposição do HC nº 268.459, os denunciados lograram êxito na extinção da ação penal por atipicidade da conduta, eis que suas escolhas foram permeadas com base em crenças religiosa, fazendo valor a liberdade de religião em sobreposição ao direito à vida em seu conceito literal.

Veja-se:

> as Testemunhas de Jeová, a par da explicação religiosa, também pavimentam sua posição de vida em aspectos científicos para repudiar a transfusão de sangue. Ensina o Professor Titular da USP, Alvaro Villaça de Azevedo: 'Ao optarem por tratamentos médicos alternativos, as Testemunhas de Jeová não estão abdicando de seu direito à vida. Estão exercendo o seu direito de escolha de tratamento médico, cujo fundamento é o direito

> à vida com dignidade; a junção do meramente existir com a liberdade e a autonomia, cujo resultado lhes confere a condição de seres humanos' (AZEVEDO, 2012, p. 272 *apud* BRASIL, 2014, p. 25-26)

De forma brilhante, a Ministra Maria Thereza De Assis Moura fundamenta o *habeas corpus* concedido:

> O caso extravasa os lindes estritamente jurídicos, desaguando em debate de colorido filosófico, moral e religioso. Daí, acredito que, corporificando verdadeiro *hard case*, por mais completa e profunda que seja a saída alcançada, sempre haverá quem discorde. (BRASIL, 2014, p. 26)

Com a pandemia de COVID-19 renasce a discussão sobre o direito de liberdade religiosa e morte digna em contraposição ao direito a vida, eis que os ritos pré e pós-morte de forma tradicionalmente instaurado, bem como atenção e suporte familiar ao enfermo encontram-se suspensos em detrimento ao direito à saúde e à vida coletiva.

Certamente que a falta de rituais de "absolvição dos pecados" e eucaristia para os cristãos, traz severa insegurança ao enfermo quanto ao destino de sua alma após a morte. No que se refere à família do *"de cujus"* a impossibilidade de velório do corpo, das últimas despedidas e os casos de enterro em valas coletivas, diante do colapso do sistema funerário, prolonga o luto familiar resultando em sentimentos de descaso para com o falecido.

Apesar disso, protocolos de atendimento humanizado vem sugestionando a adoção de soluções paliativas para a despedida e contato familiar em casos que há o risco de morte iminente, utilizando-se de smartphones, vídeo-chamadas, mensagens, dentre outras, sem, no entanto, que ocorra solução para a questão mais íntima do enfermo, que é a sua fé.

Entretanto, as soluções indicadas não são suficientes, tampouco se amoldam à todas as culturas, como é o caso dos *Yanomamis*, os quais possuem um extenso ritual de morte e luto denominado *"Reabu"*, que vai de interações sociais, banquetes, pinturas corporais, danças até a

ingestão das cinzas do falecido, assim como para os índios Xingu que realizam a prática do ritual funerário denominado *"Kuarup"*, cuja finalidade é chorar os mortos para resgatar a alegria.

De acordo com Jucá (2020):

> Quando um yanomami morre, jamais deve ser colocado sob a terra. São os rituais realizados ao longo de meses nas aldeias que dão tempo e força para que o falecido possa viver uma vida sem mal em outro universo e morrer para a comunidade. Mesmo quando se morre nos hospitais da cidade, em tempos normais, o yanomami retorna à aldeia. O corpo fica isolado por um mês para se purificar e só então é cremado(...) depois, as cinzas de quem morreu são diluídas em um mingau de banana para serem compartilhadas. E não se fala mais sobre ele. Somente colocando em esquecimento as cinzas dos mortos suas almas poderão viajar às costas do céu com tranquilidade. Só assim é possível para os yanomamis apagar a dor e seguir adiante.

Certo é que a comunidade indígena tem plena consciência da gravidade da doença, entretanto, a falta de diálogo entre as autoridades sanitárias e as comunidades indígena agravam a situação em total desrespeito a cultura milenar, como é o caso da ocorrência de enterros de indígenas morto por Covid-19 no Brasil em cemitérios municipais sem autorização da comunidade a que pertence.

Infelizmente não há no momento qualquer outra medida que resolva a problemática de forma eficaz, senão o diálogo e respeito entre as autoridades sanitárias, governo e líderes culturais e religiosos, eis que se trata de um aparente conflito entre direitos fundamentais, onde deve haver razoabilidade em sua análise, uma ponderação de valores através do que a doutrina chama de "harmonização de interesses", de forma a aplicar e "combinar" os bens jurídicos em conflito, sempre buscando o real sentido da norma, evitando-se que um sobressaia-se em relação ao outro. (MORAES, 2018, p. 71)

Temos direitos fundamentais de mesmo patamar eis que abalam questões íntimas de cada indivíduo e comunidade, as quais utilizam-se dos valores como patamares de direcionamento de conduta e signifi-

cado de vida, cuja prevalência em conflito de um sobre o outro não privilegia a justiça social, sem alcançar o real sentido da norma, qual seja, o de proporcionar a dignidade aos indivíduos em um conflito ao direito de viver versus o de morrer de forma digna.

O fantasma da COVID-19 atinge todas as culturas e todos os povos de forma indistinta, e se alastra com velocidade apocalíptica requerendo uma reorganização social de forma generalizada, a qual deve levar em conta a saúde coletiva e o direito à vida, sem no entanto deixar de lado o bem-estar social cujo conceito se encontra inserido o direito de todos os povos em professar sua religião, crença e cultura, sob pena de ter um agravo também a sua saúde mental, o que não facilita no combate ao vírus.

As políticas públicas de combate à doença devem levar em conta não apenas os ideais de medidas sanitárias, mas sim sua possiblidade de implementação em cada povo, para que não acabe por ofender ritos tradicionais e humanitários que são desenvolvidos há séculos, cuja falta abala e desnaturaliza uma comunidade.

Não podemos falar em uma sobreposição de direitos ou prevalência de princípios constitucionais, mas sim de princípios que devem andar lado a lado, mediante o estabelecimento de diálogo respeituoso entre as comunidades, com o intuito de pautar o estabelecimento de políticas públicas pandêmicas que levem em conta as desigualdades e multiplicidade cultural existente no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Princípios e garantias fundamentais de mesmo patamar quando em conflito são de difícil solução, eis que temos os direitos e interesses de uma pessoa em contraposição a de outra, o que com a pandemia se agravou. Por certo que o direito à vida em especial à vida de uma coletividade deveria se sobrepor aos demais direitos, entretanto, assim como "bem viver" temos o direito de "bem morrer", o que se dá de acordo com seus credos e princípios religiosos.

A impossibilidade de manifestação religiosa, uma das medidas de saneamento necessárias para a contenção de proliferação do CO-

VID-19, afetam de forma severa comunidades e adeptos de determinadas religiões cujo modo de viver é pautado em sua crença de a fazer parte da própria dignidade, como são os casos de rituais pré e pós-morte.

Não existe uma fórmula mágica que se adeque a todos os costumes e religiões, entretanto pode-se se aproximar de um conceito de justiça social estabelecendo-se um diálogo entre as comunidades por ocasião da compilação de políticas públicas sanitárias, respeitando a diversidade cultural e consequência que a suspensão de determinados rituais traz em determinadas comunidades, como por exemplo a perda do próprio significado da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Thales de. **Ciclos da Vida: Ritos e ritmos.** São Paulo: Editora Ática, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes/. Acesso em 14 jun. 2020.

BÍBLIA. Livro de Tiago. **A Unção dos Enfermos**. Tradução: Ivo Storniolo. São Paulo: Editora Paulus, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.** Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, 2020a.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 07 jun. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000**. Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9982.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde**. Brasília, 2020c. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus nº 268.459 - SP (2013/0106116-5). Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. São Paulo, 02 de setembro de 2014. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5/relatorio-e-voto-153372754. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146.303 – RJ. Relator: Ministro Edson Fachin. Rio de Janeiro, 06 de março de 2018. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674. Acesso em: 04 jun. 2020.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. A visão da morte ao longo do tempo. **Medicina - Ribeirão Preto.** v. 38, n. 1, p. 13-19, 30 mar. 2005. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/418. Acesso em: 07 jul. 2020.

GUERREIRO, Emanuel. A Ideia de morte: do medo à libertação. **Diacrítica**. v. 28, n. 2, p. 169-197, 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0807-89672014000200012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 jul. 2020.

GUILOUSKI, Borres; COSTA, Diná Raquel D. da. Ritos e rituais. **Jornada Interdisiciplinar de Pesquisa em Heologia e Humanidades-JOINTH, Subjetivação Contemporânea e Subjetividade**, v. 2, 2012. Disponível em:

http://www.academia.edu/download/34154365/2jointh-7577.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. 2010. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-010.html?edicao=9749&t=destaques. Acesso em: 17 jun. 2020.

IQUIAPAZA, Robert Aldo; OLIVEIRA, Adriana Cristina de; LUCAS, Thabata Coaglio. O que a pandemia da covid-19 tem nos ensinado sobre adoção de medidas de precaução? **Revista Texto e Contexto Enfermagem**. v. 2. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1980-265X-TCE-2020-0106. Acesso em: 04 jun. 2020.

JUCÁ, BEATRIZ. "O coronavírus está quebrando a nossa crença", o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. **El País**, São Paulo, p. 1, 11 jul. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html. Acesso em: 12 jul. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. Informações sobre a nova doença de coronavírus (COVID-19). **Radiologia Brasileira**. v. 53, n. 2, p. 5-6. São Paulo, 2020. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-39842020000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em 12 jun. 2020.

LISBOA, Márcia Lucrecia; CREPALDI, Maria Aparecida. Ritual de despedida em familiares de pacientes com prognóstico reservado. **Paidéia (Ribeirão Preto)**. Ribeirão Preto, v. 13, n. 25, p. 97-109, jun. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2003000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Brasília, 2020. Disponível em: Https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 02 jun. 2020.

PAIVA, Geraldo José de. Religião, enfrentamento e cura: perspectivas psicológicas. **Estudos de psicologia.** v. 24, n. 1, p. 99-104. Campinas, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103166X2007000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 jun. 2020.

PEREIRA, José Carlos. Procedimentos para lidar com o tabu da morte. **Ciência e Saúde coletiva.** Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, p. 2699-2709, setembro de 2013. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232013000900025&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 05 de julho de 2020. https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900025.)

ROSÁRIO, Flávio Alves. **O sacramento da Unção dos Enfermos**. 28p. Trabalho de Conclusão de Curso – Teo-

logia, Faculdade São Bento. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.faculdadedesaobento.com.br/files/pesquisas_35546519-03388749-8348-132018.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

TAYLOR, Steven. **The Psychology of pandemics: preparing for the Next Global Outbreak of Infectious Disease.** Cambridge Scholars Publishing. 2020.

ENSAIO SOBRE A MAIORIDADE CULTURAL

Olívia G. Rodrigues

I- INTRODUÇÃO

O mundo moderno vive a bipolarização entre a aplicação dos Direitos Humanos (Doravante: DH), advindos da Declaração Universal homônima surgida em 1948, a qual preconiza, sobretudo, a dignidade da pessoa humana em contraponto à determinadas práticas culturais, que embora sejam reiteradamente consumadas, arrostam de fronte a proteção positivada na declaração em comento.

Posto isto, explora-se aqui uma opção conciliatória entre ambas as correntes, de modo que esse ensaio divide-se em três partes: a) o rompimento com o ego, alvitrando o exercício de empatia e reconhecimento do humanismo no outro, tendo em vista que todas as culturas merecem a mesma valoração; b) a transplantação de ideologias, que, na realidade, concerne maiormente à mixagem dos ideais universalistas e relativistas, na busca harmônica pelo impasse; c) a maioridade cultural propriamente dita, cuja ideia insólita consiste em alterar a imposição de uma prática cultural, supostamente degradante, à uma manifestação de vontade daquele que deseja realizá-la, concomitante à proteção internacional do indivíduo inserido nessa mesma realidade, mas que não deseja o mesmo.

Diariamente, vê-se no mundo todo violações aos DH, bem como são frequentes as notícias sobre culturas sendo sucumbidas pela intolerância religiosa, xenofobia e preconceito étnico, razão pela qual esse

trabalho se justifica na imprescindibilidade de superar a dicopodia das acepções de DH, seja entre liberais e comunitários, seja entre universalistas e relativistas, para enfim propor soluções factuais, em prol da vida e do pluralismo.

II- DO ROMPIMENTO COM O EGO

Antes de sequer adentrar a qualquer definição axiomática de direitos humanos, é imprescindível afugentar qualquer revestimento de ego, anelando o individualismo exacerbado à sua constante e iminente capacidade de formar névoas, que obstam a compreensão dos direitos humanos propriamente ditos.

De fato, o ego é um grande regedor da consciência humana e, se posto em voga nas sociedades, pode tornar-se túrgido, até ordenadamente virar preponderante na imputação de modos de vidas e padrões, supostamente qualificados como melhores, mais certeiros ou soberanos. "Consequentemente, a indubitabilidade dos Direitos Humanos poderá ser prejudicada, vez que a cegueira causada pelo egoísmo impede a percepção humanitária" (RODRIGUES; BENTES, 2017, p. 498), especialmente na atualidade, onde o multiculturalismo - e seus diversos modos de vida -, está presente de forma globalizada nas comunidades.

Com essa preocupação, Flores e Bortoloti, em sua obra: Direito e(m) alteridade, o individualismo exacerbado e a abstração dos Direitos Humanos, partem da conclusão que a empatia é essencial para que os Direitos Humanos se tornem efetivos no mundo contemporâneo, ou seja, é necessário que haja percepção do humanismo do outro homem. Nas palavras dos autores: "A realização-imagem exacerbada do Eu constitui condições de alteridade apenas na imanência do próximo enquanto perto de mim, daquilo que faz parte do meu mundo" (FLORES; BORTOLOTI, 2014, p. 05).

A necessidade da efetivação supracitada transcende o que é sabido verazmente e atinge um novo patim: as relações sociais. Pois que, na sociedade contemporânea, a interação entre pessoas constitui uma importante ferramenta para que os DH evoluam.

No que é atinente ao multiculturalismo propriamente dito, o ego materializa-se através da intolerância cultural e sequente imposição da hegemonização, tão somente pela simples intransigência à aceitação da adversidade. A conexão e inter-relação do mundo moderno traz consigo ditames acerca de arquétipos absolutos, que apenas podem ser esfacelados quando seu interlocutor está livre de ego.

> O homem é um ser que se utiliza do etnocentrismo, que vem a ser uma visão do mundo onde o nosso próprio grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos através dos nossos valores, nossos modelos, nossas definições do que é a existência. No plano intelectual, pode ser visto como a dificuldade de pensarmos a diferença; no plano afetivo, como sentimentos de estranheza, medo, hostilidade, etc. (ROCHA, 1994, p.7).

A libertação do ego torna-se um exercício mais complexo, tanto quanto mais necessário, quando tem-se em consideração a realidade do interlocutor brasileiro, nascido em berço democrático e criado no ocidente, cuja gênese da própria formação distancia-se de vivências culturais aparentemente mais abrasivas, determinadas por religiões que ele sequer conhece.

Dito isto, romper com o ego é perceber que o humanismo que existe em mim, existe no outro, através do exercício de alteridade supradito. Em suma, há humanismo em qualquer pessoa, independente de sua origem geográfica, religiosa ou racial. A mera existência do outro já pressupõe tal fato.

Conquanto, existe desconcordância sobre a materialização e subsequente extinção do ego. Exemplifica-se: os liberais são acusados de promover o ego por meio do individualismo em excesso, ao passo que os comunitaristas sofrem represálias por falta de percepção moral ampla e imparcialidade, ao conferir maiores poderes ao Estado.

Igualmente, os comunitaristas afirmam que estabelecer princípios de justiça, que desconsideram a bagagem cultural carregada por cada indivíduo, é impossível (TAVARES, 2014), sobretudo porque existem minorias culturais que já são sujeitas a uma série de políticas desiguais e submissão ao grupo majoritário (CITTADINO, 1999).

Em seu turno, a corrente liberal defende os direitos fundamentais como mecanismo de minimização da ingerência estatal, já que não veem eficácia nas intromissões públicas ou mesmo na soberania popular. Sendo assim, os defensores desse ponto de vista consideram a combinação de preferências individuais livres, desvencilhando-se de um comunitarismo que, segundo os mesmos, é impossível.

De um jeito ou de outro, é primordial apartar-se do egotismo e aceitar o fato tal como ele é: não existe cultura soberana, não há possibilidade factível de uma cultura ser melhor que a outra. Nunca. Qualquer valoração nesse sentido perpetra intolerância. Se existem ressalvas, são em relação à parte prática e a interpretação dada à crença, mas jamais sobre o aparato religioso ou doutrina que o ensejou. De sobra, basta que haja respeito mútuo.

III- DA TRANSPLANTAÇÃO DE CORRENTES IDEOLÓGICAS DE DIREITOS HUMANOS

Por pressuposto, um mundo melhor só acontece quando toda e qualquer ideologia cede um pouco, não existe verdade absoluta entre as concepções democráticas, porém, a união de meias-verdades, inclusive liberais e comunitárias, é o mais próximo possível do ideal. O caminho é a opção conciliatória.

Para melhor entendimento da junção de doutrinas, veja-se a explicação de transplantação dada por Hoffman (2007, p. 157):

> Transplantação como termo é geralmente relacionado ao direito comparado clássico, que, por sua vez, tem frequentemente tratado de normas do direito privado – tais como direito bancário, transações financeiras, processo contencioso. Desta forma, não parece aplicar-se facilmente a algo como direitos humanos.

Nota-se que, na proposta do autor, a incorporação seria de um sistema jurídico externo e seu respectivo aparato legal. Entretanto, no caso em tela, a base por ele concebida é aqui utilizada com um viés mais genérico, de incorporação e mixagem de doutrinas.

Essa, de fato, não é a primeira tentativa. Kymlicka (2006), por sua própria formação anglo-saxã, influenciado diretamente por Rawls, era liberal igualitário[37] por excelência. Porém, sua linha de pensamento passa a ser influenciada pela questão da pluralidade cultural e surge a necessidade de acrescer alguns ideais oriundos do comunitarismo, o que permitiu a ele elaborar a teoria liberal dos direitos multiculturais.

Os liberais sempre deixaram implícito, em seu discurso de neutralidade, o incentivo ao Estado abstrair-se dos ideais das comunidades culturalmente diferentes e, ainda, acreditam que os direitos e deveres dessa sociedade não poderiam ser viciados pela cultura de seus membros.

Os comunitaristas, à seu turno, entendem que o Estado é a figura mais importante a resguardar os Direitos Humanos, bem como é o responsável a criar os mecanismos necessários para a efetivação desses direitos, através de meios de viabilizar o próprio desenvolvimento humano. Em outras palavras, a manutenção da dignidade humana passa a ser responsabilidade estatal, bem como a proteção dos Direitos Humanos e a disposição/realização desses direitos (FLORES; BORTOLOTI, 2014).

Os conceitos acima, da vertente liberal e comunitarista, a princípio, parecem antagônicos, mas é sabido que o próprio Kymlicka (2006) não vislumbra dessemelhança entre a autodescoberta vinda da alteridade e o julgamento de escolhas livres, pertinentes, na devida ordem, ao comunitarismo e ao liberalismo.

De tal modo, a transplantação, ou apenas mixagem, da ideia comunitarista na doutrina libertária, na visão aqui alvitrada, dar-se-ia pela adjudicação desta segunda, ou seja, é possível positivar pelo afastamento de crenças quando estabelecidos direitos e deveres, mas também dá para simultaneamente delegar ao Estado a obrigação de tutelar esses grupos. Forma-se, nesse diapasão, um terceiro entendimento, mais extensivo e harmônico.

37 "Liberalismo igualitário" é a posição normativa que prega que uma sociedade democrática justa é aquela comprometida em garantir igualmente os direitos básicos e recursos sociais escassos, tais quais: oportunidades educacionais, renda, riqueza, entre outras, a todos os seus cidadãos (LIMA, 2014, pp. 201-202).

É certo que o marco da visibilidade cultural nos anos 80 foi o fim do regime comunista que, junto com a sua queda, retirou a cortina que encobria as diferentes culturas que estavam a coexistir sob o mesmo regime. As proporções tomadas por esse acontecimento ganharam destaque e, assim, a necessidade de repensar o multiculturalismo ultrapassou a mera dicotomia entre liberalismo e comunitarismo (LIMA, 2013).

A bifurcação agora é a vertente prática da forqueadura anterior e divide-se, respectivamente, entre universalismo cultural e relativismo.

Em breve significação coloquial, o universalismo estabelece um padrão global de direitos humanos a recair sobre toda e qualquer pessoa, "independentemente de circunstâncias outras, como crenças religiosas, hábitos e costumes ou cultura" (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 498).

A maior expressão dessa corrente é a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Doravante: DUDH), que positiva como titular de direitos humanos qualquer um que detenha a singela condição humana, advinda como forma expressa de combater o ego aqui já discorrido. Veja-se disposição legal da DUDH:

> Art. 2º: Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Da mesma forma, Bobbio (2009) prega a compatibilidade de igualdade e liberdade. Para ele, a evolução desses direitos fundamentais, através da positivação das declarações liberais de direito, atingiram seu exponencial máximo na DUDH e são vistos como deveres e não apenas fatos, os quais, aliás, foram concomitantes com a retirada das discriminações, vide artigo 2º (op. Legis) da Declaração aqui referenciada.

Em suma, há uma proteção sobre o indivíduo pelo fato dele ser um indivíduo. E isso basta. "Neste sentido, assenta-se o entendimento de que a existência do homem é o fundamento válido da titularidade dos direitos humanos" (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 499).

O relativismo, a seu turno, finca os direitos à minoria e a autodefesa, visando a inalteração da autonomia cultural, reiteradamente am-

parada por asseverações religiosas. Outrossim, o ápice do discurso relativista é a requisição do respeito à diversidade e às identidades culturais (MASSUD, 2007, p. 67).

Na explicação de Ferreira da Silva e Pereira (2013, p. 509):

> Percebe-se, pois, a demasiada influência do elemento cultural na vertente relativista e a partir deste elemento, os adeptos desta corrente, buscam legitimar suas práticas e justificar a rejeição oferecida aos propósitos universalistas de validade global dos direitos humanos, em vista de que, para eles, não há possibilidade de se estabelecer um padrão universal de direitos, devendo-se, sim, respeitar a diversidade cultural que impõe posicionamentos divergentes diante de questões elementares à vida do ser humano, como as liberdades individuais e também coletivas.

Fisga-se que o relativismo cultural pressupõe determinação do homem pelo meio, inibindo a autonomia do mesmo homem, retirando-o da unicidade dos DH e apontando a universalidade como algo utópico, inatingível. Utopia, à propósito, é acusação feita pelos dois lados.

Exemplo disso seria o sistema de castas indiano, onde os *Dalits*, também conhecidos como intocáveis, não são considerados dignos, tampouco são enxergados como sujeitos titulares de direitos humanos e sofrem violações e discriminações (HONÓRIO, 2007, p. 52), pois, na contramão do que positiva o universalismo, só sua existência é demasiado insuficiente.

Nessa conjuntura, é possível verificar que a dicopodia entre os dois ideais também é geográfica, haja vista que os relativistas consecutivamente acusam a tentativa de injeção ocidental no seu jeito de viver e, assim, a briga do ego é cada vez mais alimentada.

Para Donnelly (2003) essa percepção sobre imposição da DUDH ocorre por causa do colonialismo sofrido por alguns países, o que dá até um tom natural à acusação.

Comumente, universalistas se sentem superiores por viver sob a égide do mundo moderno, livre de acepções religiosas ou práticas culturais mais fanáticas. A egolatria não mostra-se diferente do outro lado,

onde o relativista sente repulsa pelo cidadão ocidental que não tem fé ou autenticidade.

Ademais, ambas as correntes possuem gradações, definidas por Jack Donnelly (2003) como radical, forte e fraco. Esse estudo limita-se a propor uma vertente do multiculturalismo que una as ideias encontradas nas nuances forte e fraca, sendo qualquer ideal radical impraticável nessa proposta conciliatória.

Pois bem. O exercício de transplantação alvitrado consiste em unir o melhor do universalismo e do relativismo, na tentativa de uma nova corrente, mais abrangente, justa e imparcial.

Destarte, imperioso afirmar que há um aspecto em comum nas duas vertentes de DH: a dignidade da pessoa humana. É o valor congênito do ser humano, chamado "mínimo ético irredutível" (PIOVESAN, 2006, p. 22).

Sem surpresas, os dois lados discordam no conceito e aplicação da dignidade. Também por isso, Kersting (2003, p. 102) tem por dispensável valorar o princípio, afinal, não há conceito específico ou explicação razoável, senão aquelas elaboradas pelos universalistas e relativistas em interesse próprio, para a promoção de sua própria vertente.

Se, para o universalista, a condição humana basta como pressuposto uno para que alguém seja coberto pelos DH (ou seja, independente de valoração moral ou religiosa), o mesmo se aplica ao conceito de dignidade. Conquanto, para o relativista a dignidade está atrelada aos ideais ali afastados.

> Logo se vê, pois, o porquê de a noção de dignidade humana, ínsita ao projeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos de universalizar estes direitos humanos, não encontrar o mesmo respaldo na tese relativista, para quem a dignidade do ser humano estar no respeito, proteção e cumprimento inconteste dos preceitos deixados pela ordem religiosa, perpetuados pela identidade cultural que os une e fortalece, característica de cada grupo comunitário. Esse é o papel que lhe foi reservado, qual seja, representar o seus deus na vida terrena (SILVA; PEREIRA, 2013, p. 511).

Ainda assim, o fator comum não deve ser afastado. Não é novidade o quanto é penoso aplicar os DH na sua universalidade, sem considerar as peculiaridades de cada região, bem como sem compreender e respeitar que dignidade também é liberdade de escolha e que, alguns indivíduos, irão optar por incidir nas práticas culturais, mesmo que haja uma saída, seja por identidade, seja por motivos religiosos, dentre outros.

Descobre-se então, a possibilidade de um segundo fator comum: a liberdade. No entanto, o respeito à liberdade religiosa, ou mesmo a liberdade de escolha entre ser protegido pelos DH ou prosseguir na prática cultural, não significa que a sociedade deve ficar inerte.

Jack Donelly (2007, p. 06), exprime que a coletividade deve assumir uma postura mais enérgica, sem que figure como mera espectadora passiva de episódios de arbitrariedade e perseguição, aplanados em nome da cultura.

Talvez, o segredo da aplicação dos DH seja justamente esse: dar opção, dar liberdade de escolha e, mormente, não desconsiderar a diversidade. É tudo uma questão de abraçar o relativismo, e não de afugentá-lo. Esse enlace pode ser consubstanciado pela maioridade cultural.

IV- DA MAIORIDADE CULTURAL

O debate entre as divergências de DH deve ser superado urgentemente, abrindo espaço para a propositura de soluções palpáveis, à sombra de perpetuar um debate desgastante e pouco producente. Veja-se conclusão de Ferreira da Silva e Pereira (2013, p. 516):

> (...) impõe-se a superação do infrutífero debate que contrapõe o universalismo ao relativismo, já que a polaridade maniqueísta das duas concepções jamais fará prevalecer completamente uma sobre a outra, sob pena de eternização da discussão sem rumo, incomensurável prejuízo à humanidade.

De fato, os autores estão corretos. Todos os esforços intelectuais, no sentido de fazer triunfar com exclusividade qualquer uma das teorias culturais de DH, serão em vão, bem como a própria discussão sobre os ônus e os bônus das correntes doutrinárias, tem suas limi-

tações quanto à efetividade, o que faz a busca por uma conjugação ainda mais imperativa.

Deste jeito, se o universalismo insiste na positivação e o relativismo insiste na soberania da prática cultural, porventura seja o caso de positivar a soberania propriamente dita, delimitando a idade em que ela ocorra, sempre em observância ao "mínimo ético irredutível" (op. Cit), que torna-se possível quando recordamos que as correntes radicais são aqui afastadas, pois não há possibilidade de conciliá-las ou mesmo de aceitar sua malignidade.

> Certo é que tanto o relativismo radical quanto o universalismo radical são inapropriados por não oferecerem respostas adequadas. Pensa-se ser adequada uma posição intermediária. Entre os extremos, há vertentes possíveis. (HONÓRIO, 2007, p. 57).

A sugestão da maioridade cultural é demarcar uma idade onde o sujeito, inserido em qualquer grupo cultural, possa escolher se ele deseja ser fiel à mesma, incluindo a sujeição à um rito que o mundo moderno considera retrógrado, ou se é de sua vontade ser resguardado pela DUDH, pelos DH propriamente ditos e tudo que eles representam. Em outras palavras: na maioridade cultural, a imposição dá lugar ao livre arbítrio.

Como dito anteriormente, é necessário concessão mútua. Assim, os universalistas terão que aceitar a sujeição de um indivíduo à uma prática cultural tida por eles como degradante (até porque a liberdade de crença também é direito fundamental), ao passo que a corrente universalista terá de anuir com a imposição de limites, sobretudo pela égide da liberdade de escolha.

Habermas (1997, p. 142), notório buscador da conciliação através do diálogo, sintetizou todo o seu pensamento ao concluir que só o assentimento de todos os envolvidos em uma ação, tornaria válidas suas normas.

A maioridade cultural ratifica a síntese do filósofo alemão, ao dar ao sujeito o poder de escolha e, ao mesmo tempo acoberta-lo, caso sua decisão, que incidirá só sobre si mesmo, afronte o que é sabido como direitos humanos.

Para quem vive no Brasil, ou qualquer outro Estado democrático de direito, soa impossível uma pessoa optar por qualquer ritual que incida na sua mutilação, morte ou que afronte seu decoro no íntimo, entretanto, essa percepção também é concreção do ego, afinal, não cabe a ninguém julgar ou entender a fé alheia, apenas aceitar.

Ferreira da Silva e Pereira (2013, p. 509) exemplificam:

> (...) no mundo muçulmano, muitos homens não hesitam em entregar as suas próprias vidas ao serviço de luta em prol dos valores que reconhecem como seus. E o que mais releva: tal expediente não é uma expressão de ódio ou de heroísmo, mas, sim, demonstração de fé.

Os DH não podem ser arbitrários e forcejar sua aplicação, sob pena de revestir-se do ego aqui repelido. Mas podem (e devem) forçar sua presença e imediata intervenção sempre que solicitados na maioridade.

O respeito à diversidade cultural não implica na aceitação de que os DH internacionais sejam desguarnecidos de um núcleo essencial (TESÓN, 2001, p. 382), longe disso. Mesmo na proposta da maioridade cultural, os DH irão resguardar o sujeito durante a minoridade e, ao atingir a maioridade, só terá dever de tutela mediante o livre arbítrio, quando requisitado pelo sujeito já saturado, também em atenção ao direito fundamental à segurança.

Como afirma Bohannan (1966, p. 173), "A lei é, realmente, um camaleão, ela se modifica, para adaptar-se ao meio que a cerca", assim sendo, soa plausível delimitar uma idade de escolha. Muito se fala nas pessoas que se sentem ameaçadas e perseguidas dentro da sua própria cultura (e essas, de fato, merecem socorro), mas faz-se necessário abarcar também aqueles que aceitam e praticam de bom grado, em nome de um bem maior (geralmente delineado por uma divindade) e que sofrem preconceitos por essa escolha.

Repara-se que, na proposta, os sujeitos desses direitos e/ou obrigações serão os únicos que não precisarão ceder, seja à uma liberdade desejada ou indesejada, pois o fato de um optar pelo seguimento fiel à sua religião ou cultura, não impede que outro, proveniente do mesmo grupo, encontre acolhimento dos DH.

A ideia, inclusive, pode ser pautada no conceito desenvolvido por Charles Taylor (2001, *apud*, HONÓRIO, 2007, p. 56) que prega um consenso mundial sobre direitos humanos, que envolveria anuência global sobre regras de conduta, mas não necessariamente sobre a valoração intrínseca ao regramento.

De certo, a maioridade cultural traça um paralelo com o relativismo fraco, onde três direitos são veementemente resguardados durante a minoridade cultural: vida, liberdade e segurança, estabelecidos como pilares por Jack Donnelly (2003, p. 94).

Fora dessa tríplice, ainda de acordo com o conceito relativista, a representatividade é atrelada ao fato de que cada sociedade, por questão de autodeterminação, pode atribuir juízos de valores e conceitos de DH de formas distintas.

Exemplificação disso ocorreu em solo brasileiro, quando Márcio Augusto Meira, na qualidade de presidente da FUNAI, afirmou que os índios - incluindo as tribos que praticam infanticídio - tem prerrogativa para contextualizar, dentro da sua realidade, o que são DH.

Seu dito foi endossado pela representante das mulheres indígenas no Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, Jacimar de Almeida Gouveia. Na ocasião, ela explicou: "Quando uma família decide eliminar um de seus membros, é feito um ritual, que tem um significado, e o assunto é encerrado. Ao contrário, quando uma criança é retirada da aldeia a dor não tem fim, pois eles ficam impedidos de saber qual foi o desfecho"[38].

Inclusive, extrai-se de sua fala que ONGs não aceitam a prática cultural das tribos e interferem, retirando as crianças deficientes das aldeias e transferindo-as para as cidades, como explica a notícia.

Pela leitura simples e literal da DUDH, esse infanticídio não poderia ocorrer por tratar-se de violação direta à vida, sendo esse o embasamento dos militantes universalistas de DH do Brasil.

Em outro paralelo, uma mulher não poderia ser mutilada. Nada obstante, a mutilação da genitália feminina (doravante: MGF) acontece em ao menos 45 países, muitos dos quais signatários do diploma supracitado.

38 https://www.interlegis.leg.br/comunicacao/noticias/2007/09

Por conseguinte, a MGF não acontece sem qualquer escopo. Embora haja divergência da origem, é certo que em diversas tribos ela está diretamente ligada à religião e às crenças culturais locais, principalmente que, se a criança, ao nascer, tocar a cabeça no clitóris, ela será amaldiçoada (PIACENTINI, 2007).

Do ponto de vista relativista ou mesmo da concepção antropológica e, sobretudo, religiosa, tal prática tem uma importância cultural a ser respeitada. Contudo, do ponto de vista universal, há violação direta aos DH, como nos casos de infanticídio nas aldeias indígenas brasileiras.

Partimos do pressuposto que ambos são igualmente importantes. Então, no sopesamento de direito à cultura *versus* a proteção ao direito de dignidade da pessoa humana, qual deveria prevalecer?

A maioridade cultural surge como uma forma de solucionar o impasse, frente à dicotomia existente entre relativismo cultural e universalismo, bem como à ineficácia das correntes multiculturalistas em propor uma solução real ao tema.

De tal modo, a linha tênue entre preservação de direitos humanos e liberdade cultural é definida pela liberdade em si. Em outras palavras, à partir do momento que o sujeito inserido em determinada cultura é obrigado a participar do ritual e o faz expressamente contra a sua vontade, há a violação dos DH. Em contraponto, caso ele deliberadamente queira sujeitar-se ao rito, qualquer represália também constitui violação do direito humano da liberdade de escolha. Por mais absurdo que soe para o mundo ocidental: uma vez consentida, é uma atividade válida!

Assim sendo, a mutilação da genitália feminina, ou qualquer outra prática cultural, deixa de ser uma violação aos DH e passa a ser uma prática legítima quando há liberdade de escolha. O marco dessa liberdade seria a maioridade cultural, ou seja, a idade da tomada de decisão.

É certo que algumas civilizações contemporâneas vivem em uma bolha, cuja a possibilidade de qualquer cidadão optar por uma prática que seria visualmente estapafúrdia, mesmo com o poder de decisão, é impossível. Entretanto, as crenças das pessoas ultrapassam a razão lógica e nem por isso deixam de ser importantes, merecedoras de respeito, muito menos indignas. A fé não deve ser questionada, apenas acolhida.

Assim sendo, a mulher que pressente que será mutilada porque nasceu em uma comunidade patriarcal e deseja ver-se livre do atentado contra o seu corpo, deve ganhar imediata proteção dos DH. Conquanto, se mesmo conhecedora de seus direitos, optar por prosseguir, pois sua fé a leva a crer que sua prole será ominosa, então que seja livre para retirar o clitóris, sem retaliações.

Outrossim, o indígena que nasce fisicamente deficiente teria possibilidade de viver até completar a maioridade cultural e, nesse momento, realizaria sua tomada de decisão entre sacrificar-se em nome de sua cultura/religião, ou ser protegido pelos DH. Repete-se: parece absurdo, de prima, que um ser humano aceite o sacrifício e ponha-se em consequências fatais, mas aqui, neste mesmo tópico, já foi provado que é mais comum do que pensamos, com o exemplo dos muçulmanos que se sacrificam em prol da fé. No tocante à questão religiosa, em nada difere do caso indígena.

Assim sendo, caso decida por esse caminho, o infanticídio deixará de existir, como também nenhum dos envolvidos no ritual estará sujeito às penas dos crimes de homicídio ou auxílio a suicídio, previstos no Código Penal Brasileiro, em atenção aos artigos 215 e 231 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
>
> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que ocupam, competindo à União, demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

É indubitável que a solução proposta recai sobre inúmeras críticas, que incluem vício de consentimento quando o sujeito atinge a maioridade, especialmente sobre mulheres, criadas em sistemas machistas.

No ano de 2007, por exemplo, uma jovem foi estuprada por quase uma dezena de homens na Arábia Saudita e, embora fosse a vítima, acabou sendo condenada a receber 200 chibatadas, além de pena pri-

vativa de liberdade por meio ano. A Corte entendeu que o crime não teria ocorrido se a mulher não tivesse dado alguma brecha. (HONÓRIO, 2007, p. 54).

Por isso, cabe aos DH estabelecerem um parâmetro de presunção da veracidade feminina frente às denúncias, que englobam também o casamento infantil, dentre outras práticas que subjugam mulheres, pois a realidade fática leva-nos a crer que, não bastasse a condição de vulnerabilidade, há possibilidade real de coação sobre a mulher nas suas manifestações.

Ainda, outras problemáticas podem ser visualizadas, como a requisição sobre-humana para que toda uma tribo mude sua cultura (ou, pelo menos adie o rito), bem como a questão dos inimputáveis, a necessidade de apoio psicológico, dentre tantas outras. Conquanto, esse ensaio objetiva tão somente pincelar uma ideia fresca, sem qualquer pretensão de esgotar o tema e com consciência da impraticabilidade em muitos casos específicos.

Essa também é a razão pela qual não sugere-se, ainda, uma idade fixa, pois maioridade cultural não confunde-se com maioridade civil e seriam necessários estudos biológicos, psicológicos e comportamentais, os quais podem divergir de acordo com a localidade, desenvolvimento social, nível de pluralismo regional, dentre outras variantes.

Quiçá soe a ideia ilusória frente aos exemplos supracitados, mas a sobrevaloração da vida é regra quando busca-se proposta conciliatória.

O intrigante sobre DH é que, de um modo ou de outro, sempre existe um consenso. A natureza humana é mutável, tornando impossível que todos os valores morais sejam determinados pela cultura apenas. Assim, finaliza-se essa exposição com as palavras de Honório (2007, p. 58): "um acordo é importante para estabelecer regras e justificar atuações. Logo, aceita-se como possível a existência de direitos válidos interculturalmente".

V- CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, esse ensaio alvitrou o desvencilhamento do ego, posto que o homem autocentrado não consegue praticar a alteridade e acaba por tachar sua cultura e seu modo de vida como

soberano, quando na realidade a interação humanista de indivíduos é uma forma tão eficaz de efetivar os DH. Oportunamente, também foram apontados os egotismos intrínsecos ao liberalismo e ao comunitarismo, concluindo que o respeito mútuo e a noção de não superioridade são elementares no afastamento da intolerância.

Esclarecida a importância do altruísmo, a ramificação transportou-se para o impasse entre ocidente e oriente, acerca do universalismo cultural e relativismo. Enquanto a primeira corrente acredita na suficiência da condição humana para tornar qualquer pessoa um sujeito de DH, a segunda desabona o ideal de unicidade, em defesa da autodeterminação dos povos e valoração individual através da moral e dos costumes, muitas vezes atrelados à religião.

Inúmeras poderiam ser as críticas à ambas elencadas aqui, todavia, é imprescindível superar a desavença e partir para a praticidade. Assim, esse trabalho sugeriu um modelo de junção do universalismo e relativismo, tendo como base o modelo de transplantação de sistemas jurídicos, agora concernente às ideologias de DH e fundamentais, na tentativa de encontrar terceiro posicionamento, mais pacífico, que veio a ser a maioridade cultural.

Ressalvadas todas as limitações inerentes à própria ideia, a maioridade cultural surge como uma proposta módica, visando o livre arbítrio do indivíduo, sem prejuízo da manifestação cultural. Em suma, trata-se da simples ideia de esperar que um sujeito chegue até determinada idade, onde atinja consciência para deliberar sua autonomia de vontade.

Certamente, nenhuma corrente de multiculturalismo é isenta de censura. Possivelmente, jamais existirá solução ideal, especialmente se o ego impedir que as pessoas cedam e desmontem-se de suas verdades absolutas. Entretanto, o mais próximo que pode-se chegar do justo é pelo meio termo, através da união de cada verdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOBBIO, NORBERTO. **O terceiro ausente – ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Tradução de D. Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

BOHANNAN, Paul. **A antropologia e a lei**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Centro Gráfico. Brasília: Senado Federal, 1988.

CITTADINO**,** Gisele**. Pluralismo, direito e justiça distributiva** – elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and in Practice**. 2.ed. New York: Cornell University Press, 2003.

FLORES, Nilton César; BERTOLOTI, José Carlos Kraemer. **Direito e(m) alteridade: o individualismo exacerbado e a abstração dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade.** vol. I e II. Trad. Flávio Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HOFFMAN, Florian Fabian. **A transplantabilidade jurídica em matéria de Direitos Humanos: reflexões acerca de um conceito clássico do Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Revista Direito, Estado e Sociedade, 2007.

HONÓRIO, Cláudia. **A virtude do meio termo aplicada aos direitos humanos: pela universalidade relativa.** Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11/07/2020.

KERSTING, Wolfgang. **Em defesa de um universalismo sóbrio**. v. 46, Filosofia Prática. Porto Alegre: Veritas, 2003. Disponível em: https://doi.org/10.15448/1984-6746.2001.4.35036. Acesso em: 05/07/2020.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

LIMA, Ana Paula Brito Abreu de. **Leitura comunitária da Constituição Democrática: exame crítico da tese de Cittadino à luz do liberalismo comunitarista de Kymlicka**. Pelotas: Seara Filosófica, 2013.

LIMA, Ana Paula Abreu de. **O liberalismo igualitário de Kymlicka: universalismo e particularismos de sua teoria liberal dos direitos multiculturais**. Ed. nº 42. Santa Cruz do Sul: Barbarói, 2014.

MASSUD, Leonardo. **Universalismo e Relativismo Cultural**. *In*: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos. Fundamento, Proteção e Implementação. Perspectivas e Desafios Contemporâneos. 1. ed. v. II. Curitiba: Juruá, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/ Acessado em: 09/07/2020.

PIACENTINI, Dulce de Queiroz. **Direitos humanos e interculturalismo: análise da prática cultural da mutilação genital feminina.** Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp034905.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos**. 1. ed. v. I. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Everardo Pereira Guimarães. **O que é etnocentrismo**. 11ª Ed.São Paulo: Brasiliense, 1994.

RODRIGUES, Olívia Gabriele; BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro.. **Entre a cultura e a razão: uma possível conciliação nas concepções de Direitos Humanos.** *In*: Leitura sobre Direitos Humanos e fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017.

SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. **Universalismo x Relativismo: Um entrave cultural ao projeto de humanização social**. Trabalho apresentado no Congresso Direito Internacional dos Direitos Humanos I. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Pág. 495-516.

TAVARES, Felipe Cavaliere. **O comunitarismo e seu ideal de justiça**. Rio de Janeiro: Legis Augustus, 2014.

LIMITAÇÕES DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANGOLANO POR CAUSA DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: BREVES REFLEXÕES EM TORNO DA ADMISSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO DIREITO À INVIOLABILIDADE DA CORRESPONDÊNCIA E DAS COMUNICAÇÕES (AS ESCUTAS TELEFÓNICAS).

Clementino João Tiago Balsa
Lauro Edmilson Tacanho Vilinga

INTRODUÇÃO

A atual pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS--CoV-2 e da doença Covid-19 fez com que muitos Estados decretassem estado de exceção constitucional (limitando os direitos, liberdades e garantias constitucionais) de tal forma que se evitasse a propagação do vírus nas comunidades.

Angola, por via do Decreto Presidencial 128/20, após Conselho da República (Órgão de Aconselhamento do Presidente da República), registou, pela terceira vez, a prorrogação do Estado de Emergência por um período de 15 dias, entre as 00h:00 do dia 11 de maio de 2020 e as 23h:59 do dia 25 de maio de 2020 (*vide* art.º 1.º), que passou a vigorar a partir de 25 de março de 2020, cujo objetivo consiste em definir as medidas concretas de exceção em vigor durante o período de vigência do Estado de Emergência.

Porém, ao contrário dos anteriores Decretos Presidenciais, precisamente, o Decreto Presidencial n.º 81/20, de 25 de março, e, concomitantemente, a sua prorrogação através do Decreto Presidencial n.º 97/20, de 9 de Abril, dentre outros, uma novidade salta a vista, trata-se de permitir as autoridades competentes, conforme dispõe o artigo 4.º, do Decreto em vigor de requerer junto dos operadores de comunicação eletrónica o registo detalhado de chamadas telefónicas e demais elementos de suporte exclusivamente para rastreio de cidadãos suspeitos ou de casos confirmados de COVID-19 e seus contatos, consubstanciando-se suspenso o direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações (al. g), do citado art.º 4.º).

Em outras palavras, nos termos desta norma, é permitida às autoridades competentes, concretamente, os Serviços de Investigação Criminal (SIC) e/ou Serviços Provincial de Investigação Criminal (SPIC), organismos integrados da Polícia Nacional de Angola (PNA), o acesso as escutas e/ou mensagens telefónicas, bem como outros meios de comunicação, *verbi gratia*, acesso ao Facebook, WhatsApp, Instagram, etc., dos cidadãos suspeitos e/ou infetados pelo novo Coronavírus por violação da quarentena ou da cerca sanitária, cuja desobediência é punível nos termos da Lei Penal, podendo dar lugar à detenção imediata (art.º 6.º, do citado Decreto).

Ora, apesar da finalidade óbvia desta norma (constante no art.º 4.º, da Dec. Pres. 128/20) Algumas questões têm-se levantado e longe de serem consensuais.

Na verdade, existem duas correntes antagónicas relativamente a vigência desta norma:

A primeira que entende que, em caso de violação da cerca sanitária ou da quarentena, os tribunais, por via do acesso as escutas telefónicas, teriam alguma facilidade ou celeridade na obtenção da prova para o apuramento da verdade das alegações sobre os factos.

E, por outro lado, hipoteticamente, se inexistisse uma norma que não previsse este meio de obtenção de prova, poder-se-ia despoletar outros problemas, concretamente, de saber se, os tribunais, poderiam aceder aos meios de prova por escutas telefónicas ou aos outros meios telemáticos como meio eficaz para um controlo urgente da propagação da pandemia caso esteja em causa a violação da cerca sanitária ou de quarentena por parte dos cidadãos?

A segunda, entende que não se justifica a interceção às comunicações e mensagens dos cidadãos ao espaço público, na medida em que o acesso às escutas telefónicas por parte dos órgão de investigação criminal de Angola, viola ou violaria o gozo e o pleno exercício de direitos fundamentais como, por exemplo, a reserva da vida privada, a liberdade de expressão, a inviolabilidade ou sigilo das comunicações, direitos imprescindíveis destacados na Constituição da República de Angola de 2010.

Diante destas correntes, para melhor compreensão da problemática despoletada, convém, num primeiro momento, saber o que significa Estado de exceção constitucional.

1. Estado de Exceção. Noção

A designação Estado de exceção corresponde ao conjunto do regime constitucional de estado de guerra, estado de sítio ou de estado de emergência (GOUVEIA, 2013), incorporados pela Constituição da República de Angola de 2010 – doravante, CRA -, no seu artigo 204.º. O que significa que, em termos gerais, falar de Estado de Exceção Constitucional é referir-se aos limites ou suspensão dos direitos, liberdades e garantias (art.º 58.º) protegidos em larga escala pela CRA e demais instrumentos internacionais (GOUVEIA, 2013).

Importa sublinhar que as expressões: estado de guerra, estado de sítio, estado de emergência, ainda que, no entendimento de GOU-

VEIA (*op. cit*.), a diferença é de perto ligeira, e que, na sua opinião, não deveria se justificar a discrepância entre elas, sublinhando que a expressão Estado de exceção tem sido consensualmente englobada para designar as mesmas. Ainda assim, o autor faz questão e reconhece que existem diferenças ténue entre as figuras que cumpre aqui destacar, nas palavras do autor:

> A separação entre o estado de guerra, o estado de sítio e o estado de emergência vem então a cimentar-se numa diferenciação de elementos quantitativos e de elementos qualitativos. É no plano da LESEE que se assinalam melhor essas diferenças entre o estado de sítio e o estado de emergência. Os critérios são dois, um qualitativo e o outro quantitativo: - o critério qualitativo tem que ver com a maior gravidade dos pressupostos do estado de sítio por comparação com os pressupostos que originam o estado de emergência; - o critério quantitativo liga-se à circunstância de o estado de emergência, ao contrário do que sucede com o estado de sítio, só poder suspender uma parte – e não todos os que seria possível, pelo menos em abstrato, suspender – dos direitos, liberdades e garantias. A LESEE explicita que os dois pressupostos da agressão militar e da perturbação da Ordem Constitucional originam o estado de sítio e o pressuposto da calamidade pública dá azo ao estado de emergência (cfr. os arts. 3º e 4º da LESEE), tal depois se traduzindo no número de direitos, liberdades e garantias a serem suspensos. Os critérios legais incluem ainda: o grau de militarização das autoridades administrativas – com a substituição e a subordinação das autoridades civis pelas autoridades militares no estado de sítio e apenas a coadjuvação daquelas por estas no estado de emergência; a intervenção das autoridades judiciárias militares – que existe no estado de sítio, mas não ocorre no estado de emergência". – (Cf. GOUVEIA, 2020, p. 13).

O estado de exceção constitucional, de acordo com Bacelar Gouveia, pode ser definido como "a alteração fundamental da ordem constitucional, de vigência transitória, que reforça o poder público, fun-

dada na ocorrência de situações de anormalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro" (GOUVEIA, 2020, s.p.).

Deste modo, segundo o citado autor, pode-se destacar três elementos constitutivos no conceito supra, designadamente: "– um elemento material: "a alteração fundamental do ordenamento jurídico-constitucional; – um elemento funcional: "reforçando o poder público em ordem à cessação das situações de anormalidade; – um elemento temporal: com uma duração temporária" (GOUVEIA, 2020).

O proeminente constitucionalista de Coimbra, CANOTILHO (1993), entende que à definição de estado de exceção ou de necessidade, impõe-se que se distinga dois conceitos que o abrangem: - os tradicionais estados de exceção militar (estado de guerra e estado de emergência), que o autor designa por "Estado de necessidade externo" ; e – os estados de exceção de natureza civil (grave ameaça de perturbação da ordem constitucional democrática ou calamidade pública), que o autor designa por "Estado de necessidade interno" (CANOTILHO, 1993, p. 1156).

Da exegese do art.º 58.º, n.º 2, da CRA (e dos artigos 2.º, 3.º e 4.º, da Lei n.º 17/91, de 11 de maio – Lei sobre o Estado de Sítio e Estado de Emergência de Angola – doravante LESEE) pode-se extrair três pressupostos para que se declare Estado de emergência: "(1) agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras; (2) grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática; e (3) calamidade pública". /[39] (GOUVEIA, 2013, p.144).

Nas palavras do autor, são pressupostos do Estado de exceção:

39 Por exclusão de partes e pelos objetivos que nos propusemos analisar, vamo-nos focar nesta última, concretamente ao estado de exceção de natureza civil por calamidade pública. Por calamidade pública, nos dizeres de CANOTILHO (*op. cit*., p. 1158), entendem-se como "as catástrofes naturais (terramotos, vulcões, tempestades, inundações e epidemias), as «catástrofes tecnológicas» e os «acidentes graves» (acidentes ferroviários, náuticos, aéreos, incêndios, explosões, etc.)". Por sua vez, GOUVEIA (2020, P. 8) descreve "calamidade pública" – [como] uma situação de cariz social, de elevados prejuízos e que atinge um grande número de pessoas, causada por acidentes tecnológicos ou por catástrofes naturais (…).

> "a 'agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras' – uma situação de carácter militar internacional, em que se regista a ofensa da integridade territorial do Estado; a 'grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática' – uma situação de carácter político-institucional, na qual se põe em causa a estrutura constitucional do Estado, nos seus aspetos e princípios nucleares; a 'calamidade pública' – uma situação de cariz social, de elevados prejuízos e que atinge um grande número de pessoas, causada por acidentes tecnológicos ou por catástrofes naturais" (GOUVEIA, *2020*, p. 8).

Embora o Professor Bacelar Gouveia demonstre estes pressupostos nos seus escritos vários sobre estas matérias, parece cético, pois, o autor assume que:

> estes pressupostos da decretação do estado de exceção não são isentos de crítica, várias tendo sido as dúvidas levantadas, quer quanto à sua formulação, quer quanto ao seu número. Quanto à sua formulação, a apreciação de cada um destes pressupostos força à conclusão de que não existe um critério único subjacente à sua escolha como causas do estado de exceção. Para cada um deles foi decisivo um peculiar elemento que se teve em mente: causas humanas – agressão externa e perturbação da ordem constitucional – e causas naturais – calamidade pública; causas externas – agressão por forças estrangeiras – e causas internas – perturbação da ordem constitucional e calamidade pública; causas territoriais – agressão externa – causas políticas – perturbação da ordem constitucional – e causas sociais – calamidade pública. (*IDEM*, *IBIDEM*, p. 8)

Ademais, acrescenta o autor:

> o que de mais condenável se encontra na tipificação destes pressupostos é a respetiva parcial sobreposição, assim se obliterando muito do alcance autónomo que pudessem ter. A tipificação está longe de corresponder a uma separação rigorosa dos factos que podem originar o estado de exceção: os dois primeiros

> pressupostos oferecem muitas áreas de coincidência. A 'agressão por forças estrangeiras' coincide, em parte, com a violação de alguns princípios que fazem parte da "ordem constitucional democrática", como é inequivocamente o caso do princípio da integridade territorial do Estado Português

No entanto, por paridade de conteúdo legislativo constitucional, o mesmo se revê no princípio da integridade territorial do Estado angolano. "Quanto ao seu número, o pluralismo dos pressupostos do estado de exceção não permite cabalmente resolver uma outra importante questão de ordem geral, relativa ao carácter aberto ou fechado desses pressupostos fácticos" (*IDEM. IBIDEM.*, p. 8).

Compreensivelmente, o autor conclui que, "é uma dúvida que sempre se coloca quando se está em face de uma tipologia jurídica, por definição plural".

Todavia, entende o autor, reportando-se à CRP, que, no entanto, por paridade de razões é aplicável à CRA que: o texto constitucional é, a este respeito, mais concludente, ao afirmar que o '… [estado de guerra], o estado de sítio ou o estado de emergência só podem ser declarados…" [(art.º 58.º, nº 2, primeira parte, da CRA). Concluindo que, "trata-se, na verdade, da afirmação constitucional do *numerus clausus* dos pressupostos do estado de exceção, feita de um modo expresso, dispensando o labor doutrinário da tarefa de proceder à sua determinação. (Cf. GOUVEIA, p. 8, 2020).

Interessa aqui sublinhar, por exclusão de partes, as «catástrofes naturais por epidemias».

1.1. Efeitos do Estado de Exceção

Seguindo de perto GOUVEIA (2013, p. 145) e no mesmo sentido (CANOTILHO, 1993, p. 1162), a CRA e a LESEE, caracterizam os efeitos que advêm da declaração do estado de exceção constitucional, nomeadamente:

> a) efeitos materiais, que consiste na suspensão de direitos fundamentais; b) efeitos administrativos, que consiste na to-

> mada de medidas administrativas apropriadas; c) os efeitos territoriais, que consiste na parcela do território nacional em que esses efeitos vão ter lugar; e d) os efeitos temporais, que consiste na duração desses mesmos efeitos (GOUVEIA, 2013, p. 145).

Foquemo-nos nas duas primeiras.

- Efeitos de índole material. Consiste na suspensão de direitos, liberdades e garantias previstos na CRA. Importa referir que, excecionalmente, a CRA e a Lei n.º 17/91, de 11 de maio, determinam limitações a esta suspensão, como por exemplo: o direito à vida, à integridade pessoal e a identidade pessoal; a capacidade civil e a cidadania; a não retroatividade da lei penal; direito de defesa dos arguidos; a liberdade de consciência e de religião (art.º 58.º, n.º 5, alíneas c), d), e), f) e g) e artigo 5.º, n.º 1, da LESEE).
- Efeitos organizatórios. Significa, em termos gerais, nas palavras GOUVEIA (2013, p. 145), na permissão de "reforço das competências administrativas do [executivo] órgão que chefia a execução do estado de exceção" ao conferir-se "às autoridades, competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto estabelecimento da normalidade constitucional" (art.º 58.º, da CRA e art.º 4.º, n.º 2, da LESEE).

Por fim, não se pode olvidar ao princípio da proibição do excesso na vigência do estado de exceção que vem consagrado no art.º 58.º, n.º 3, da CRA, que dispõe que: "o estado de guerra, estado de sítio ou estado de emergência, bem como a respetiva declaração e execução, devem sempre limitar-se às ações – [de natureza factual e também de natureza jurídica] - necessárias e adequadas à manutenção da ordem pública, à proteção do interesse geral, ao respeito do principio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto à sua extensão, duração e meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional" – art.º 58.º, n.º 3, da CRA.

2. Algumas reflexões em torno da suspensão do direito de inviolabilidade da correspondência e das comunicações (em especial, as escutas telefónicas).

2.1. As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova. Importância e eficácia

Analisado sumariamente o conceito de estado de exceção à luz do ordenamento jurídico angolano vigente, convém analisar as escutas telefónicas como meio de obtenção da prova.

É consensual por parte da doutrina e da jurisprudência (concretamente a portuguesa) entenderem que as escutas telefónicas são meios de obtenção da prova, *id est*,

> um meio de investigação para demonstração do *thema probandi*, que, uma vez[40] realizadas na sequência de autorização judicial face à existência de crimes catalogados como violentos e altamente organizados…, mandadas transcrever pela autoridade judiciária competente em auto e juntas ao processo, são um meio de prova documental a valorar pelo Tribunal de acordo com o princípio da livre apreciação da prova e da livre convicção do juiz …, com recurso às regras da lógica, da ciência, da experiência comum, consoante os casos, cabendo ao tribunal determinar se esta ou aquela prova merece ou não crédito (Ac. TRC, 2012).

Trata-se de um meio de obtenção de prova cujo material, por via das interceções e gravações das comunicações telefónicas ou telemáticas, quando transporto em auto, insere-se na categoria de prova documental. Como se depreende da doutrina e da jurisprudência portuguesa assim como de certa doutrina espanhola (cf. entre outros, CLIMENT DURÁN, 1999, *Apud* Ac. TRC, 2012), caso, as escutas telefónicas, sejam "transcritas em auto e juntas ao processo passam a constituir prova documental" (Ac. TRC, 2012). No mesmo sentido, VALENTE (2010, p. 409) entende que "desde que o auto de transcrição esteja junto ao processo, o mesmo passa a ser prova documental".

40 Sublinhado nosso.

Assim, as escutas telefónicas constituem, nos termos do Ac. do TRC, meios de obtenção de prova enquanto meio de investigação para demonstração do *thema probandi* e a transcrição das gravações obtidas através de operação de interceção telefónica e sua junção aos autos não tem que ver com meios de investigação, mas sim com meios de prova, como fonte de convencimento do tribunal que fica documentada nos autos, constituindo, deste modo, a categoria de prova documental, submetida ao princípio da livre apreciação da prova.

Indubitavelmente, as escutas telefónicas, são um meio de obtenção de prova eficaz que, pela sua característica oculta e dissimulada, poderá fazer com que o visado, não tendo conhecimento da ocorrência da diligência, proporcione, de maneira não intencional, às autoridades competentes para o efeito, a informação relevante para a produção da prova. Pois, em estado de normalidade constitucional, constitui um meio de obtenção de prova em processo penal e que, no âmbito de uma investigação criminal, é concebido como meio de *ultima ratio* e nunca de *prima ratio,* muito menos como meio de espionagem para se obter o flagrante delito (VILINGA, 2019).

CONCEIÇÃO (2009, p. 24), refere que,

> a escuta telefónica será um meio de obtenção de prova, utilizado no decurso de um processo penal, com o fim de recolher provas da prática de crimes de especial gravidade, limitativos dos direitos fundamentais dos cidadãos e, como tal, objeto de prévia autorização ou ordem do Juiz de Instrução Criminal. Autorização ou ordem devidamente fundamentada que estabelece quem, o quê, durante quanto tempo e em que circunstâncias os órgãos de polícia criminal intercetarão as conversas ou as comunicações telefónicas efetuadas entre duas pessoas.

2.2. Cautela e admissibilidade da correspondência e das comunicações no ordenamento jurídico angolano.

Importa realçar que, apesar de vigorar, no ordenamento jurídico Angolano, um Código de Processo Penal obsoleto anterior à independência de Angola, que data de 1929 e que foi o Código de Processo

Penal português vigente naquela altura cujo domínio estendeu-se nas então colónias africanas, sem descurar os impositivos constitucionais e outras leis avulsas, a Constituição da República de Angola é recente e moderna, cuja aprovação e entrada em vigor, data de 5 de fevereiro de 2010, e espelha de forma adequada o atual paradigma social. Ao contrário do Código de Processo Penal Angolano (doravante, CPPA) que, além de se registar, em certas matérias, desajustes relativamente às exigências que o texto constitucional impõe, também não consegue garantir um tratamento adequado às questões que envolvem os meios modernos de obtenção da prova com o devido respeito aos direitos dos cidadãos constitucionalmente consagrados tendo em conta a evolução do paradigma socio-criminal.

Em grande proporção, a conformação jurídico-constitucional do processo penal por força das relações entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional, em que, o primeiro, no âmbito da sua atuação jurídico-prática e judiciária deve obediência à Constituição, sendo que, se no decurso do processo penal se verifique uma intromissão aos direitos fundamentais, a Constituição promove a preocupação constante da salvaguarda destes mesmos direitos, atribuindo a alguns meios de obtenção de prova, como é o caso da escuta telefónica, um carácter excecional, limitando a sua utilização na repressão da criminalidade de especial gravidade quando outros meios de investigação criminal se mostrem insuficientes.

Do regime das escutas telefónicas previsto no CPPA, nos termos do art.º 210.º, decorrem quatro princípios fundamentais de admissibilidade ao recurso da referida diligência, nomeadamente:

O princípio da pendência de um processo penal, *id est*, a escuta telefónica só poderá ser autorizada quando estiver a decorrer um processo crime e que para tal seja admissível a escuta como meio de se obter a prova;

Os princípios da necessidade e indispensabilidade, *id est*, o juiz competente que ordena a execução de escuta telefónica, deve previamente declarar a necessidade do meio à boa instrução da causa, provando que por outros meios a prova se configure impossível ou muito difícil de ser alcançada e que a diligência é indispensável à instrução do processo penal concreto;

O princípio da fase de execução, o que significa que, a escuta telefónica só poderá ser autorizada durante a fase de instrução da causa, não podendo ser utilizada como meio de espionagem contra o visado sem que este esteja na condição de arguido ou pessoa que tenha relação com o crime a ser investigado.

Ao referir-se aos requisitos e às condições de admissibilidade da escuta telefónica consagrados no CPPA, levanta-se a questão da consequência da inobservância dos referidos requisitos, visto que a sua admissibilidade já se encontra impregnada de um carácter excecional pela danosidade social que a sua utilização pode acarretar para os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Neste particular, o legislador ordinário angolano, não é claro em determinar as consequências de tal inobservância, ao contrário, a título de exemplo, do legislador ordinário português que consagra no art.º 190.º, do Código de Processo Penal Português (doravante, CPPP) a consequência da inobservância dos requisitos e condições referidos no regime jurídico das escutas telefónicas.

Assim, nos termos do 190.º, do CPPP, determina-se que os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º, do mesmo Código, que dizem respeito ao regime jurídico das escutas telefónicas, relativamente a admissibilidade, formalidades e extensão, são estabelecidos sob pena de nulidade. Esta nulidade a que se refere o legislador português recai ao regime das proibições de prova, nos termos do art.º 126.º, do CPPP e art.º 32.º, da CRP, na medida em que, não podem ser utlizadas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do titular, visto que são nalguns destes bens jurídicos que se destinam as diligências em questão.

Apesar de o CPPA não prever claramente as consequências do não cumprimento das exigências em torno da utilização das escutas telefónicas, é certo que, a CRA não admite provas obtidas mediante a violação de direitos fundamentais e, neste particular, o CPPA apenas faz referência no corpo do art.º 173.º à admissibilidade de qualquer meio de aprova para a prossecução da ação penal, ao dispor que: "o corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em Direito".

O que se afigura, atribuir total liberdade às autoridades de investigação criminal de se fazerem valer por aquilo que se ache conveniente para a obtenção da prova, não obstante ao carácter vinculativo de nulidade imposto pelo legislador processual penal angolano.

Decorre da interpretação desta norma que, só as diligências destinadas à instrução do processo previstas no CPPA ou em legislação equivalente são as admitidas em Direito e assim suscetíveis de serem utilizadas em fase de instrução preparatória.

Contudo, partilhamos do pensamento de ADÃO (2018, p. 97) quando refere que, "embora não indo ao detalhe, ao nível constitucional, e necessitando de reformulação na legislação processual penal angolana, devemos interpretar o sentido e alcance do art.º 173.º do CPP, dentro dos princípios da defesa dos direitos, liberdades e garantias plasmados na CRA (...)".

Nesta sémita, podemos extrair da norma do artigo supra, a interpretação de que se a execução da escuta telefónica não obedece aos pressupostos de admissibilidade, o meio de prova obtido pelo conjunto de diligências de intercetação e gravação das comunicações telefónicas é proibido, não deve ser admitido em Direito e, consequentemente a prova obtida não pode ser valorada em processo penal, uma vez que, a diligência não preenche as condições excecionais de violação do sigilo da correspondência e meios de comunicação privada, previstas na CRA e no CPPA.

Assim, é evidente que o recurso à escuta telefónica deve pautar-se por pressupostos rigorosos de admissibilidade, pois a sua execução promove uma elevada danosidade social por ferir o mais íntimo dos bens jurídicos pessoais emergentes do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, previsto nos termos do art.º 32.º da CRA.

O n.º 2, do artigo 34.º, da CRA, limita a admissibilidade desta diligência por decisão de autoridade judicial competente proferida nos termos da lei. Deste modo, a lei processual penal angolana, nos termos do art.º 210.º permite a intercetação de comunicações telefónicas quando, para além de decisão judicial, esta seja indispensável à instrução da causa e salienta a natureza excecional da diligência, vinculando o juiz a um dever de declaração prévia fundamentada da

necessidade do recurso à escuta telefónica para a obtenção da prova em processo penal.

É nesta perspetiva que se entende que, por mais apetecível que possa ser a sua utilização e por maior eficácia que este meio possa apresentar, é imperioso, ainda que se esteja perante um estado de exceção constitucional de natureza civil, na medida em que visa prevenir e controlar a propagação da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença Covid-19, a sua utilização deve cingir-se ao necessário e adequado à manutenção da ordem social democrática, pelo acatamento do princípio da proporcionalidade que limita a extensão dos meios utilizados ao estritamente necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, impondo assim, um equilíbrio entre o motivo que legitima a escuta telefónica e o objetivo a alcançar com a mesma.

De acordo ao disposto no art.º 57.º, da CRA, a restrição aos direitos, liberdades e garantias fundamentais é legítima desde que necessária, adequada e proporcional à proteção de outros direitos fundamentais. Assim, é pacífico admitir-se que, por circunstâncias excecionais, sendo observados a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e legais para o efeito, sejam admitidas ingerências das autoridades públicas na correspondência e nos demais meios de comunicação das pessoas, por meio de escutas telefónicas restringindo o direito à inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações, em conformidade com o art.º 34.º, da CRA.

CONCLUSÃO

Dito isto, ainda que esta diligência de interceção e gravação das conversações telefónicas prevista no art.º 4.º, al. g), do Decreto Presidencial n.º 128/20 de 8 de Maio, seja feita no âmbito do estado de exceção constitucional por estado de emergência situação de iminente calamidade pública motivada pela existência do risco de propagação da pandemia causada pela pandemia do novo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19 , no que se concretiza, entre outros termos, na suspensão de direitos, liberdades e garantias constitucionais que no

caso concreto abrange a suspensão do direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações e, ainda que seja admitida sem que se observem os pressupostos de admissibilidade em normalidade, esta ação deve limitar-se ao necessário e adequado à manutenção da ordem pública, à proteção do interesse geral, neste caso, a vida das pessoas como bem jurídico maior, o que leva ao Estado a adotar medidas excecionais de controlo à propagação da pandemia, porém com respeito ao princípio da proporcionalidade, limitando-as ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional, como determina o n.º 3 do art.º 58.º da CRA.

BIBLIOGRAFIA

ADÃO, Paulo de Jesus – Provas ilícitas no ordenamento jurídico angolano, em particular as escutas telefónicas - Luanda: *Legis* Editora, 2018;

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional*, 6.ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993;

CLIMENT DURÁN, Carlos - *La prueba penal*. Valência: Edição Tirant lo branche, 1999;

CONCEIÇÃO, Ana Raquel – Escutas telefónicas: Regime Processual Penal, *Quid Juris Sociedade* Editora, Lisboa, 2009;

GOUVEIA, Jorge Bacelar – "Estado de Sítio e de Emergência". *In Enciclopédia da Constituição da República*. Coordenado por Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho. Lisboa: *Quid Juris*? Editora, 2013, pp. 144 – 146;

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *O Estado de Exceção na Constituição da República de Angola de 2010*;

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *O estado de exceção no Direito Constitucional: uma introdução*. Disponível em https://observatorio.almedina.net//o-estado-de-exceção-no-direito-constitucional-uma-introdução Consultado aos 14 de maio de 2020;

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *O estado de exceção no Direito Constitucional: uma introdução***.** Disponível embservatorio.almedina.net/index.php/2020/03/26/o-estado-de-excecao-no-direito-constitucional-uma-introducao/#notas. Consultado aos 15 de maio de 2020;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - *Processo Penal, Tomo I*. Coimbra: Almedina, 2010;

VILINGA, Lauro Edmilson Tacanho - *Escutas telefónicas como meio de obtenção de prova em processo penal: Um estudo comparado entre Angola e Portugal*. Dissertação de Mestrado sob orientação do Professor Doutor Mário Ferreira Monte. Escola de Direito da Universidade do Minho - Braga, outubro de 2019;

Legislação consultada:

Código de Processo Penal angolano de 1929;

Código de Processo Penal Português de 1987, republicado pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto;

Constituição da República de Angola de 5 de fevereiro de 2010;

Constituição da República Portuguesa de 1976, com as alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de agosto de 2005, que aprovou a sétima revisão constitucional;

Decreto Presidencial n.º 128/20 de 8 de maio que prorroga o Estado de Emergência e define as medidas concretas de exceção em vigor durante o período de vigência do Estado de Emergência;

Lei n.º 17/91, de 11 de maio – Lei sobre o Estado de Sítio e Estado de Emergência de Angola.

Acórdão consultado:

Acórdão do Tribunal da relação de Coimbra de 29.02.2012. relator: Orlando Gonçalves. Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b228025761. Consultado aos 15 de maio de 2020.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL

Mariana Pompeu Egydio

1. INTRODUÇÃO

Apesar da inquestionável importância da água para a existência humana, somente há pouco tempo que se discute o acesso à água potável como um direito humano fundamental.

Todavia, o objeto da pesquisa se dá pelo fato desse direito não ser expressamente reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Com isso, almeja demonstrar a imprescindibilidade dessa positivação.

O acesso à água potável tem evidente ligação com o mais essencial dos direitos, que é o direito à vida, por ser um recurso natural indispensável à sobrevivência humana. Não se pode deixar de mencionar o direito à saúde, pois o consumo de agua imprópria causa malefícios à saúde e bem estar das pessoas. E também, à existência digna da pessoa humana.

Por isso, o presente artigo aborda o acesso à água potável como direito fundamental humano e como garantia para assegurar a vida digna dos seres humanos.

Para um melhor entendimento, a pesquisa foi dividida em três partes. Elencando um capítulo especial para o estudo da dignidade da pessoal humana e dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Uma vez compreendido os direitos humanos como inerente à todas as pessoas e fazendo a imprescindível relação com o acesso à água potável, devido a indispensável necessidade de uma água limpa e de qualidade para consumo para a existência digna.

O trabalho avança para o âmbito do acesso à água, demonstrando toda a desigualdade de distribuição dos recursos hídricos e que além de problemas relacionados à quantidade de água o Brasil ainda enfrenta o desafio da qualidade da água.

Seguindo, demonstra-se a importância e necessidade de um reconhecimento expresso ao direito humano fundamental de acesso à água. Como ocorre com a Declaração da Organização das Nações Unidas de 2010.

Somente em 2018 com a Proposta de Emenda à Constituição número 4 de 2018 que o Brasil eleva a discussão a um patamar que persegue a mencionada positivação do acesso à água potável como direito fundamental humano. Visando garantir a todos o acesso à água potável em quantidade adequada para possibilitar a existência digna do ser humano, o bem-estar e o desenvolvimento sustentável.

Esse reconhecimento faz com que o acesso à água potável seja elevado ao status de direito humano, indispensável ao ser humano para o exercício de uma vida digna, para o direito à saúde e para o primordial dos direitos, o direito à vida.

Nesse sentido, o estudo se deu por meio de extensa consulta bibliográfica sobre o direito à água. A legislação que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, assim como pactos e acordos internacionais tiveram relevante importância para a realização da pesquisa, podendo enfatizar a unanimidade no entendimento de o acesso à água ser um direito humano fundamental necessário de reconhecimento expresso para melhor perseguir os objetivos de diminuição de desigualdade na distribuição dos recursos hídricos.

Ao final com a utilização do método dedutivo, fica demonstrado na conclusão da pesquisa que desenvolver o aspecto de direito fundamental que o direito ao acesso à água vem conquistando ao longo de sua evolução histórica, é sobretudo possível e necessário. Acaba por evidenciar, de forma unanime, a conexão do direito à água potável e à

dignidade da pessoa humana, uma vez que é inegável sua importância no contexto econômico, social e vital do mundo atual.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem água não há vida na Terra e nem existência digna da pessoa humana. Entretanto, ainda hoje existe o questionamento da fundamentalidade do direito ao acesso à água potável. Porém, devido à sua forte conexão com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana esse direito vem, aos poucos, sendo reconhecido.

Os direitos fundamentais de terceira geração são discernidos pela característica comum em sua titularidade difusa e coletiva. São comumente atrelados aos valores de fraternidade e solidariedade.

Conforme bem explicita Celso Lafer (1988, p. 131), "estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade".

Nas palavras de Paulo Bonavides (2001, p. 569), são direitos:

> "Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente a proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem por primeiro destinatário o ser humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais elencados como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Está presente no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Invocado em diversos dispositivos legais e na atividade judiciária, tem por objetivo a garantia da vida digna. Com seu conceito amplo, dá margem à subjetividade do aplicador da legislação.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988, introduz os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiros, pautado na segurança do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança per se, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça. Entre os fundamentos apresentados, destacando o do inciso III, já mencionado, que trata sobre a dignidade da pessoa humana.

Sobretudo em função dos debates acerca dos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha cada vez mais relevância no Direito brasileiro. E é, assim, introduzido em diferentes áreas. Como no caso estudado da interdisciplinaliidade com o Direito Ambiental.

O conceito de dignidade humana na Constituição Federal é ausente de um delineamento conceitual, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como referência em diversos dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, e não apenas na indicação dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro.

Sendo o princípio da dignidade humana basilar para a manutenção dos objetivos sociais e de persecução dos direitos fundamentais humanos. Como no caso do acesso à água potável para todos.

3. ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

Como será aprofundado no próximo capítulo, o acesso à água potável é um direito humano reconhecido pela Organização das Nações Unidas. A água potável tem sua definição legal na Portaria nº 1.469 de 29/12/2000 do Ministério da Saúde em seu artigo 4º, I como sendo "água para consumo humano cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade e que não ofereça risco à saúde.".

Isto posto, água potável é aquela própria para consumo humano sem causar prejuízos à saúde. Por isso, o seu acesso por parte de toda a população é essencial. Segundo o documento "Água Doente" elaborado pelo Programa para o Meio Ambiente das Nações Unidas em 2019, estudos apontam que cerca de 1,8 milhão de crianças de até cinco anos de idade morrem a cada ano devido à doenças decorrentes

de problemas com água imprópria para consumo e ausência de saneamento básico.

Em relação à disponibilidade de recursos hídricos, o Brasil se caracteriza como um país com abundância relativa[41] segundo Jales Dantas da Costa (2017, p.1). Todavia, a distribuição dos recurso hídricos acontecem de maneira desigual em todo território brasileiro.

Isto posto, o acesso à água própria para consumo varia de acordo com diversos fatores que precisam ser mediados pelos entes públicos.

Segundo a Agência Nacional de Águas (2019, p.1), no Brasil, mais de 17 milhões de pessoas não têm acesso à água potável. E somado à isso, tem se o desafio da qualidade da água distribuída. Para a Agência Nacional de Águas, o principal desafio do Brasil em relação à água é a qualidade e não a quantidade.

Paulo Varella (2011, p. 1), diretor da Agência Nacional das Águas versa sobre a qualidade da água distribuída em diferentes regiões do Brasil:

> "A questão da quantidade tem sido mais bem enfrentada. Mesmo no Semiárido, hoje os problemas estão sendo resolvidos, com grandes canais, grandes açudes. No Sul e Sudeste, a questão da qualidade sempre apareceu como o grande problema e, no Nordeste, começa a preocupar. Os açudes começam a eutrofizar (quando plantas aquáticas crescem excessivamente, comprometendo o uso da água) um pouco mais, começam a ter problemas.".

O direito humano ao acesso à água de qualidade própria para o consumo deve ser um direito de todos os seres humanos. Não podendo variar de acordo com condições individuais. O abastecimento deve ser suficiente e contínuo para o uso pessoal e doméstico de cada um.

41 O Brasil possui 3% da população mundial e 12% da água potável superficial do planeta. Com disponibilidade bruta de 33.776 m3 de água por ano, o que representa 20 vezes o limite considerado pela ONU de 1.700 m3 necessário por pessoa.

Respeitando às diretrizes da Organização Mundial de Saúde (2011), a água deve ser de boa qualidade, salubre e não conter microorganismos, substâncias químicas ou radioativas que ameacem a saúde humana.

Ressalta-se a essencialidade de o acesso a água ser independente de barreiras físicas e econômicas. A condição financeira da pessoa não deve interferir no direito humano de acesso à água potável.

O Poder Público brasileiro tem a obrigação de respeitar, proteger e fomentar a realização desse direito, uma vez que é signatário de pactos de direitos humanos da ONU. Consequentemente deve criar todas as condições para a sua realização, por meio da ampliação dos recursos humanos e financeiros e da implementação de um conjunto de políticas públicas que assegurem sua efetivação crescente e contínua.

Nesse sentido, é inadiável a integração de programas e ações com relação a utilização racional, ao manejo sustentável e a distribuição igualitária e permanente de água para toda população.

A lei número 9.433 de 8 de janeiro de 1997 instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos no Brasil, criando também o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. E tendo nos últimos anos multiplicado suas ações em relação ao uso e distribuição da água.

A Política Nacional de Recursos Hídricos, no geral, tem o objetivo de definir como o Estado brasileiro fará a apropriação e o gerenciamento dos recursos hídricos nacionais. Dessa forma, fundamenta-se nos princípios de que a água é um bem público, limitada e dotada de valor econômico.

Além disso, determina que a gestão dos recursos hídricos deve proporcionar o uso múltiplo das águas e contar com a participação de todos para a tomada de decisão. Objetiva-se com essa Política assegurar a disponibilidade da água para a atual e a futura geração, sua utilização racional e integrada e também, a prevenção e defesa contra eventos hidrológicos críticos.

A Constituição de 1988 publicizou integralmente as águas água, pelo fato de sua evidente característica de recurso ambiental natural se enquadrar como direito fundamental. Estando, também, intrinsecamente relacionada à demais direitos constitucionais protegidos, como o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana.

Destaca-se o intuito de impedir que particulares se apropriassem dos recursos hídricos em detrimento daqueles que não pudessem pagar pela água. Visto que esse recurso natural se enquadra como direito fundamental, o particular não pode se beneficiar de um bem de uso comum do povo frente à coletividade.

4. POSITIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

Nos últimos anos a preocupação com o meio ambiente sadio e com a efetivação dos direitos humanos fundamentais têm ganhado maior destaque. E seguindo a tendência de buscar o desenvolvimento sustentável, o debate sobre o reconhecimento do acesso à água de qualidade para consumo humano se faz primordial.

O direito humano à água potável foi expressamente reconhecido pela primeira vez somente em 2010. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas inaugurou o reconhecimento à esse direito essencial para o pleno gozo da vida humana em sua Resolução nº 64/292.

O texto visa suprir a desigualdade de acesso à água potável enfrentada ao redor do globo. Há profunda preocupação com a situação de cerca de 884 milhões de pessoas que não possuem esse acesso.

Apesar de não ser o objeto de estudo da pesquisa, não se pode deixar de mencionar também a falta de saneamento básico, que afeta diretamente mais de 2,6 bilhões de pessoas no mundo. A resolução supramencionada aborda ambos temas em conjunto devido à importância para o usufruto pleno da vida humana digna e saudável. São questões de desigualdade que estão associadas entre si e caminham juntas para a mudança.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225 reconhece o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental de todos. Porém, não versa especificamente sobre o acesso à água como direito.

O Mandado de Segurança número 22.164-0/SP é um exemplo do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal de que o direito à integridade do meio ambiente, previsto no artigo 225 da CF, é um típico direito fundamental de terceira geração.

A Procurador-Geral da República, Raquel Dodge (2017, p.1) , defendeu que o Direito deve regulamentar por lei o acesso à água como direito humano; a especialização dos membros do Ministério Público no assunto, com vistas a uma defesa adequada desse direito relacionado à dignidade humana; assim como propôs que se instale "um debate permanente na agenda política internacional para que a água se torne um bem acessível"

Exposto isso, a Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018, almeja inserir o acesso à água potável no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira. A matéria poderá ser colocada para deliberação em plenário após dois turnos de votação e discussão para ser aprovada.

Nesse sentido, o Senador Jorge Viana (2018, p. 3), primeiro signatário da Proposta de Emenda à Constituição justifica sobre a urgente necessidade do reconhecimento expresso do direito ao acesso à água;

> "… urge positivar na nossa Carta Magna o acesso à água potável como um direito fundamental, em desdobramento da garantia à inviolabilidade do direito à vida, que não pode existir sem provisão de água. Essa alteração na Constituição dotará os aplicadores do direito de ferramentas adequadas para garantir que o interesse econômico-mercantil, que atualmente desponta com vigor em torno do tema, não se sobreponha ao direito humano de se obter água potável para viver dignamente." (Viana, 2018, p. 3)

O relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador Jaques Wagner afirmou que a medida deve contribuir para instrumentalizar os operadores do Direito na garantia desse recurso natural, uma vez que 15% da população brasileira ainda não têm acesso à água tratada.

Ainda sobre o tema, Jaques Wagner (2020, p.1) ressalta:

> "A constitucionalização do direito à água potável no rol dos direitos e garantias fundamentais é uma inovação constitucional importante no sentido de fortalecer o marco regulatório

> doméstico e de reforçar políticas públicas voltadas à universalização do acesso à água no Brasil. Essa medida também é fundamental para se contrapor à tendência de elevação do custo da água que se verifica em diversos países, dificultando seu acesso para as populações economicamente mais vulneráveis"

Dessa forma, mostra-se evidente não só há aplicabilidade do acesso à água como direito fundamental humano como a necessidade pelo seu reconhecimento em leis internas, como está sendo objetivado com a Proposta de Emenda à Constituição. Pois o direito humano reconhecido pela ONU precisa ser internalizado no ordenamento jurídico dos países que visam garantir esse direito essencial à dignidade humana, à saúde e à vida.

Importante apontar que em 2015 em Assembleia Geral da ONU, foram definidos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Foram consolidados 17 objetivos para serem alcançados até 2030. Entre eles, alguns dizem respeito aos recursos hídricos, direta ou indiretamente.

Como o ODS 6, que define o propósito de, em 2030, se chegar ao acesso universal e equitativo à água potável e segura para todos, bem como ao saneamento e higiene, acabando-se "com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade".

Apesar de ser elemento indispensável à garantia do direito à vida, o acesso à água potável não é ainda reconhecido intrinsecamente como um direito fundamental. Ao contrário, a água é considerada, muitas vezes, apenas como recurso e como bem econômico, o que exclui parcelas vulneráveis da sociedade da possibilidade de ter acesso ao precioso líquido em quantidade e qualidade que permitam uma vida digna.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para determinar que o acesso à água potável é um direito fundamental garantidor da dignidade da vida humana no Brasil. O trabalho demonstrou a questão da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e humanos.

O reconhecimento da água como um direito fundamental decorre do direito à vida, constitucionalmente normatizado como o direito mais fundamental de todos os direitos do homem. O fato é que não existe vida sem água, em nenhum aspecto. A relação que existe entre o homem e a água antecede qualquer um dos direitos, por ser elemento intrínseco à própria sobrevivência do homem.

Como demonstrado ao decorrer do trabalho a água é um bem ambiental, de uso comum da humanidade. É um recurso indispensável para a vitalidade humana. Se enquadrando nos aspectos de garantia à saúde, à dignidade humana e da própria vida.

Toda vida no planeta Terra depende do uso de água própria para consumo, a água potável. Restando evidente a necessidade de os demais valores em ceder espaço aos direitos humanos fundamentais para prevalecer acima de quaisquer outros interesses econômicos ou políticos.

O acesso à água também foi abordado, levantando questões para além da quantidade de água disponível para consumo, como para a qualidade dessa água distribuída para milhões de pessoas.

A qualidade da água para consumo humano deve seguir diretrizes previamente estabelecidas pela organização mundial de saúde. Pois o consumo de água imprópria é a causa da morte de milhares de pessoas por ano, juntamente com a ausência de condições básicas de saneamento do esgoto.

A água ideal é aquela que não causa prejuízo para a saúde. Não basta só ter água, ela precisa ser de qualidade.

Levando em consideração a indisponibilidade do direito à água, em 2010, a Organizações das Nações Unidas reconheceu o direito à água limpa e segura como um direito humano essencial para se viver e poder exercer todos os demais direitos já mencionados.

Por isso, é preciso que os países garantam o direito à água potável para suas populações, salientando o fato de seu uso não ser irrestrito.

Na prática, porém, esse direito precisa ser incorporado às leis internas de cada país, o que não ocorre na maioria dos casos. O Brasil começa a seguir a tendência de positivação do direito humano ao acesso à água potável.

No Brasil, já se reconhece a água potável como um direito humano, mas isso não tem força de lei. No entanto, está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda à Constituição que visa regulamentar esse direito no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso será reiterado o reconhecimento da dignidade humana e do direito à vida, presentes no fundamento da própria Constituição Federal Brasileira.

Para concluir, a Lei nº 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos é precisa ao considerar a água um bem de domínio público, e que está sujeita à outorga do órgão administrativo competente, concedendo-se apenas o direito de uso, com a exigência do dever de proteção.

E, enquanto direito fundamental, o direito à água potável e fornecida em qualidade e quantidade suficiente para garantir aos cidadãos uma vida compatível com a dignidade da pessoa humana, é inalienável e irrenunciável.

A água é a fonte da vida e seu acesso deve ser público e garantido à todos, uma vez que a água é um bem ambiental de uso comum da humanidade, prevalecendo acima de quaisquer outros interesses políticos ou econômicos.

A unanimidade quanto ao entendimento de que o acesso à água potável é um direito humano fundamental fica demonstrada, assim como a necessidade desse reconhecimento expresso na Constituição Brasileira através de Emenda Constitucional. Visto que o acesso à água, de fato, garante a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Nacional de Águas. **Água mata mais que guerras.** Disponível < https://www.ana.gov.br/noticias-antigas/agua-mata-mais-que-guerras.2019-03-14.4420526934 > Acesso em: 12/07/2020

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 12/07/2020

BRASIL. **Política Nacional de Recursos Hídricos.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm > Acesso em: 12/07/2020

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.469 de 29/12/2000**. Disponível < www.saude.gov.br/images/pdf/2015/setembro/30/Portaria-MS-1469-00.pdf > Acesso em: 12/07/2020

COSTA, Jales Dantas da. **Direito humano à água.** Disponível < http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/artigos/2014/direito-humano-a-agua > Acesso em: 12/07/2020

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

Globo Rural. **PGR anuncia criação de instituto para o meio ambiente.** Disponível em < http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Sustentabilidade/noticia/2017/12/pgr-anuncia-criacao-de-instituto-para-o-meio-ambiente.html >. Acesso em: 12/07/2020

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ONU. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em < https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/ > Acesso em: 12/07/2020

World Health Organization. **Guidelines for drinking-water quality, fourth edition.** Disponível em < https://www.who.int/water_sanitation_health/publications/2011/dwq_guidelines/en/ > Acesso em: 12/07/2020

A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E AS FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIAS PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aldo Aranha de Castro
Izabela Barbosa da Silva

1. INTRODUÇÃO

A sociedade atual vive em um universo onde se prega a todo tempo a garantia dos direitos sociais e da dignidade humana e, em sentido geral, a preservação de todos. Só que, como toda vida em sociedade, ela nem sempre é fácil, por vezes faltando empatia, respeito ao próximo, e alguns têm deixado de lado a proteção aos direitos humanos.

Todavia, em que pese a crise social pela qual o Brasil tem passado (além de tantas outras, tanto na área econômica, quanto na política e na da saúde), os direitos fundamentais devem ser preservados, e o acesso à justiça deve ser garantido a todos, indistintamente, sendo, inclusive, preceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV.

Um dos modos para se garantir o acesso à justiça e a preservação dos direitos fundamentais passa pela figura do magistrado, que tem o papel de ser imparcial, e de fundamentar as decisões que profere. Não significa que o resultado sempre agradará a todas as partes, mas que todos tenham consciência da decisão, inclusive, para compreensão e entendimento do que foi julgado.

Assim, a ideia de um juiz imparcial advém dos primórdios da história humana, e a noção e relevância do tema decorrem principalmente do anseio humano em alcançar a justiça. Verifica-se que a imparcialidade como atualmente é compreendida passou por diversas releituras e continua sendo reconstruída a partir das transformações da própria sociedade.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é fazer uma análise acerca do princípio da imparcialidade do juiz (e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais), e sua aplicação nos tribunais, levando-se em consideração o fenômeno do ativismo judicial, que é por vezes controverso, valendo a pena trazer a distinção entre imparcialidade e neutralidade.

Em um primeiro momento, faz-se importante trazer um relato do que vem a ser a imparcialidade, e suas transformações na história mundial, com destaque do Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988. A partir de sua conceituação, é possível compreender como o princípio da imparcialidade do juiz se encaixa no direito brasileiro do século XXI, como forma de garantir os mais diversos direitos fundamentais.

Em sequência, é necessário destacar que as transformações do Poder Judiciário no decorrer do tempo, e o surgimento do ativismo judicial, possibilitaram ao juiz deixar participar de forma mais atuante, durante a relação processual (o que pode trazer um viés positivo, mas por vezes, também negativo, em razão da forma que o Poder Judiciário atua), o que é visivelmente traz um avanço relevante.

No Brasil, essa transformação do papel do magistrado, bem como da aplicação do princípio da imparcialidade, é vislumbrada tanto na jurisprudência brasileira, quanto na própria legislação, em especial no Código de Processo Civil (que também foi modificado, tornando-se mais social).

Desse modo, o presente trabalho será desenvolvido através do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e serão pesquisadas tanto doutrinas sobre o tema, quanto artigos que abordem a questão da imparcialidade e/ou da fundamentação das decisões judiciais. Justifica-se a presente pesquisa ante a relevância do princípio

da imparcialidade do juiz, sem o qual o processo, como atualmente é compreendido, torna-se maculado.

2. O PRÍNCIPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Um assunto que sempre deve se fazer presente quando se trata de acesso à justiça, de garantia dos direitos fundamentais, é o relativo à imparcialidade do juiz, e qual seria o papel do juiz diante desse princípio. Segundo o dicionário Aurélio, imparcial é aquele que julga, que enfrenta a análise de interesses contrapostos, sendo, em termos jurídicos (e processuais) um pressuposto de validade do processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 40).

Os pressupostos processuais são requisitos que precisam se fazer presentes para que o processo alcance o seu objetivo, e se tratam, em regra, de condições imprescindíveis para que o processo exista e se desenvolva de forma válida e regular. A imparcialidade é um dos pressupostos/requisitos de validade subjetivos do juiz (ao lado da competência), e guarda relação com a própria figura do juiz, e tal ausência incorre em prejuízos ao desenvolvimento regular e válido do processo, ou seja, sem que estejam presentes, o processo pode até nascer, mas não irá se desenvolver pois carente algumas das premissas básicas para seu trâmite natural (PEDRA, 2007, pp. 7-15).

A imparcialidade insurge, ainda, em proibições de manifestações para solução de interesse pessoal por parte do juiz, pois no deslinde da questão ele deve respeitar todos os princípios de ordem processual e constitucional, e as decisões serão proferidas após a devida análise instrutória, com a produção de todas as provas necessárias e sem quaisquer perseguições ou vínculos de ordem moral, política, social, econômica ou cultural (ÁVILA, 2010, pp. 16-17).

Vale ressaltar que a ideia de imparcialidade do juiz, como atualmente é compreendida, passou por uma longa evolução histórica, principalmente tendo-se em vista que, até o século XVII, a jurisdição era ato privativo dos reis e senhores feudais, ou seja, as causas eram julgadas pelos reis, que exerciam a função de juiz, e nem todos tinham o direito de ser ouvido pelo rei e de forma imparcial (CARDOSO, 2007, p. 1).

Durante o período absolutista, observava-se que não havia a aplicação da imparcialidade, não existindo o dever daquele que era investido de jurisdição, de agir com base em tal princípio. Com o transcorrer do tempo, e com a Revolução Francesa, os relatos históricos revelam que a burguesia em ascensão passou a utilizar a magistratura para manter a situação posta sob sua ótica, e para atender seus anseios, controlando o poder judiciário como bem entendiam (PEREIRA FILHO, 2005, p. 4).

No Brasil Colonial, a função policial e judiciária se confundia em uma única pessoa, bem como havia discriminação entre aqueles que podiam ingressar na magistratura, uma vez que as barreiras para o cargo de magistrado eram diversas, dentre as quais, a falta de delimitação de competência e o fato de que até 1610 os desembargadores brasileiros eram proibidos de se casarem no Brasil, a fim de evitar vínculos com a sociedade colonial (CARDOSO, 2007, p. 1).

Seria possível dizer que o impedimento de casamentos com brasileiros configuraria uma forma rudimentar de imparcialidade? Se o magistrado não tinha vínculos com a sociedade colonial, a tendência seria decidir de maneira a avaliar todos os lados?

Longe de querer dar uma resposta definitiva do pensamento colonial, ou de querer se afirmar uma resposta absoluta, mas não parece ser o caso, tendo em vista que a história demonstra que os magistrados tinham como obrigação atender os desígnios da coroa e da nobreza, sem qualquer preocupação com os interesses da população. Tais princípios vigoraram até a instituição do império, em 1822 (CARDOSO, 2007, p. 1).

Posteriormente, o juiz passou a ter a função de "dizer a lei", mesmo que ela fosse injusta, o magistrado era incumbido de declarar o direito ao caso concreto sem qualquer intervenção na autonomia da vontade das partes, julgando em estrita conformidade com a disposição legal (PEREIRA FILHO, 2005, p. 10).

Nos dias atuais, o magistrado deve levar uma série de fatores em consideração, para proferir a sua decisão, analisando todo o conjunto de direitos e garantias, exercendo até mesmo o controle de constitucionalidade da norma, a fim de evitar injustiças, o que revela certa au-

tonomia para julgar, o que significa dizer que ele não é mais o mero aplicador da lei, mas também atua com a interpretação do que foi proposto pelo legislador.

De fato, o princípio da imparcialidade como hoje é conhecido, possui um papel de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, pois a garantia desse princípio é uma forma de exercício dos outros direitos e garantias fundamentais, como o já mencionado acesso à justiça, que vem transparecido no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art, 5º, XXXV, da CF/88), bem como, do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/88), e da garantia ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

O dever do magistrado, em garantir a justiça, é decorrente da transformação da história humana, onde é possível ver a Revolução Francesa e diversos outros movimentos, e com o fim da Segunda Guerra Mundial, é possível afirmar que há um novo olhar sobre poder do juiz e seu verdadeiro papel perante a sociedade (PEREIRA FILHO, 2005, p. 12).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, conhecida como cidadã, apresenta em seu bojo diversos princípios, dentre os quais o princípio da imparcialidade do juiz se destaca, eis que, apesar de não haver uma previsão expressa, é compreendido como garantia inviolável das partes que recorrem ao judiciário, bem como é meio pelo qual se assegura diversos princípios, direitos e garantias constitucionais (ÁVILA, 2010, p.15). Sobre a imparcialidade, é importante observar:

> Se assim mesmo ocorre, maior relevo é de se conferir à imparcialidade como elemento legitimador do processo de interpretação e aplicação do direito, pois uma motivação psicológica e não-objetiva no exercício de poderes públicos seria uma fonte de risco para a aplicação justa do Direito (ÁVILA, 2010, p. 20).

Embora não haja essa previsão expressa, ele se origina de uma interpretação da Carta Magna, inclusive em seu art. 5º, inciso XXXVII, que veda juízo e tribunal de exceção. Ademais, tal princípio se revela de maneira implícita nas declarações e pactos de direitos humanos como, por exemplo, na Conversão Americana de Direitos Humanos,

que em seu artigo 8º, dispõe acerca das garantias judiciais, e prescreve que "[...] *toda pessoa terá o direito de ser ouvida […] por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial […]*. Vale ressaltar, ainda, que:

> A imparcialidade, em suma, determina ao magistrado o dever de proporcionar a participação das partes no processo de formação da decisão judicial, e proíbe ao juiz permitir que perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal interfiram no trato com as partes da relação processual. Na medida em que esses interesses de ordem pessoal interfiram na avaliação das questões submetidas ao magistrado, estará ele agindo com base em razões impróprias e, por isso mesmo, incidindo no vício de parcialidade. E não há tratamento parcial que faça justiça ao jurisdicionado (ÁVILA, 2010, p. 16-17).

Aufere-se que a imparcialidade é instrumento para a realização de um processo justo e, consequentemente, de uma decisão justa. Não se tem por intuito, neste trabalho, desenvolver acerca do conceito de justiça, que é amplo e requer a análise pormenorizada das mais diversas teorias para se chegar a um resultado e/ou denominador (que, ainda assim, não será definitivo ou exato), mas sim, tratar do resultado obtido (com a procedência ou não do pedido) com respeito às normas processuais. O ordenamento jurídico não apenas exige a aplicação de referido princípio, como traz condições para sua efetividade.

Visto que a imparcialidade é um dever funcional, sendo pressuposto processual, ao mesmo tempo em que pode ser compreendida como princípio norteador da justiça, em uma análise prévia do ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar normas que demonstram a preocupação do legislador com a imparcialidade do juiz e que embasam o referido princípio, dentre as quais a garantia da independência do poder judiciário (art. 2º, da CF/88), garantia de vitaliciedade (art. 95, I, da CF/88), bem como o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da CF/88) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV) (ÁVILA, 2010, p. 17).

Como apontado, o juiz tem o dever de julgar sem ser influenciado por quaisquer fatores que não sejam aqueles apresentados

no processo sob o prisma do contraditório e da ampla defesa, bem como em análise ao direito que, como magistrado, compete a ele conhecer. Desse modo, para garantir que isso ocorra, o Código de Processo Civil dispõe dos institutos do impedimento e da suspeição, que visam corroborar com um resultado imparcial do processo (ÁVILA, 2010, p. 27).

O Impedimento e a suspeição podem ser compreendidos, a grosso modo, como hipóteses de parcialidade, ou seja, situações onde o juiz não agiu ou poderá não agir de forma a se colocar entre as partes e acima delas. Pontes de Miranda (*apud* ÁVILA, 2010, p. 27) afirmou que:

> [...] quem está sob suspeição está em situação de dúvida quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função.

O impedimento, em regra, revela situações mais graves e tem como resultado a proibição do magistrado em atuar na solução da lide, trata-se de matéria de ordem pública não sujeita a preclusão e tem sua previsão expressa no artigo 144 do Código de Processo Civil. A suspeição, por sua vez, prevista no artigo 145, diz respeito a circunstâncias onde o juiz poderá atuar no processo se não for arguida sua suspeição no prazo legal, ou seja, é uma situação que não tem o momento oportuno para ser arguida (CHIAVERINI, 2017, p. 1).

Com essa análise, é possível dizer que a imparcialidade do juiz é um princípio que sofreu transformações ao longo dos anos e, atualmente, embora a legislação brasileira não preveja tal instituto de forma expressa, há uma ampla proteção configurada a partir da leitura sistemática do ordenamento jurídico vigente. A imparcialidade é elemento essencial na busca da justiça e no cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, de modo que se faz relevante uma análise de como tem sido sua aplicação pelos magistrados, eis a relevância do referido princípio.

3. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ E A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DIANTE DO FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

A importância da efetiva proteção do princípio da imparcialidade do juiz ficou latente com a análise até agora apresentada. E para que seja possível compreender tal princípio e sua participação nas decisões judiciais, faz-se pertinente o estudo, mesmo que em linhas gerais, de alguns conceitos, dentre os quais o ativismo e a neutralidade.

Em um primeiro momento, é importante ressaltar que neutralidade não é sinônimo de imparcialidade. A neutralidade pode ser compreendida como a ausência de influência ideológica e subjetiva, ou seja, no julgamento o juiz precisa se mostrar indiferente e insensível. Ela é impossível de ser alcançada, uma vez que o juiz é um ser humano, e é inerente a ele a sensibilidade, e ter ideias e opiniões, que devem, obviamente, serem devidamente justificadas, para fundamentar suas decisões (DUARTE; BARBOSA, 2013, p. 1).

Assim, não se poderia exigir do juiz a neutralidade (nos termos acima expostos), até seria impossível fazer com que ele analisasse totalmente contrário ao seu posicionamento. A imparcialidade, esta sim, é mais fácil de ser identificada, e deve se fazer presente em todo e qualquer processo judicial, em quaisquer das esferas, e não só a processual civil, e tem como um dos objetivos evitar arbitrariedades por parte do Poder Judiciário. (DUARTE, BARBOSA, 2013, p.1).

Neutro é aquele que não toma partido nem a favor nem contra (lógico, o juiz não deve ser tendencioso a um das partes), mas esse neutro, na etimologia utilizada, é quem julga sem paixão, de forma indiferente e insensível, sem levar em consideração que do outro lado, estão partes (autor e réu) que precisam ter a atenção da prestação da tutela jurisdicional. Até porque, quem busca socorro no Poder Judiciário, busca que sua demanda seja resolvida com base no direito tutelado pelo Estado (DUARTE, BARBOSA, 2013, p.1).

Quanto à diferenciação, importante apresentar o julgado do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais sobre o tema:

> O princípio da imparcialidade, pois, não implica na neutralidade do juiz quanto à realidade fática que lhe é apresentada. Ele pode, e deve, reagir aos fatos e também às suas impressões quando da produção da prova testemunhal. Não há se falar, portanto, em ofensa ao princípio da imparcialidade pelo fato de a juíza ter consignado suas impressões quanto ao comportamento da parte em seu depoimento pessoal (TJ-MG- AC: 10694160042842001 MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 13/12/2018, Data de Publicação: 25/01/2019).

O magistrado adotar uma postura ativa ao longo do processo, sem que, com isso, fira a imparcialidade que rege a validade do processo. Essa postura acaba trazendo (ou pelo menos resgatando) um conceito por vezes polêmico, em que há posicionamentos favoráveis e contrários, que é o do ativismo judicial.

No ativismo judicial, tem-se nitidamente a atuação política do Poder Judiciário e acaba por envolver a transferência de poder legislativo e executivo para as mãos dos juízes e tribunais (BARROSO, 2009, pp. 2-6)

Há diversas noções interpretativas sobre o ativismo judicial, tendo nomes que o criticam, e outros que salientam aspecto positivo. Vale dizer que, se esse "ativismo" for o oposto a um posicionamento passivo do Poder Judiciário, é louvável que assim se proceda, para evitar o caos processual, mas se for realizado de forma abusiva, já não seria o mais recomendável.

Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 2) apresenta ressalvas ao ativismo judicial, conforme se pode depreender:

> Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios de sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em "esfera pública" de decisão tanto das questões

> mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações do cotidiano.

Dentre as objeções, há de se salientar o risco para a legitimidade democrática, a politização da política, e efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados (BARROSO, 2009, pp. 11-16), com o que se concorda, à medida da utilização inadequada do mecanismo de participação ativa do Judiciário.

Todavia, em que pese o argumento de insuficiência do Estado, talvez o ativismo judicial seja uma forma de suprir possíveis situações, sem a necessidade de uma longa duração do processo de forma descomedida. Em relação ao ativismo judicial, vale dizer:

> Em que pesem as críticas a tal sistemática, há de se ter em mente que o juiz pode participar ativamente, respeitando os ditames legais e constitucionais, e propiciando a justiça no caso concreto, valendo-se, para tanto, do chamado ativismo judicial (figura que pode ser negativa – quando atua de forma incisiva e exorbitante, trazendo insegurança jurídica – mas também pode ser positiva – quando, a despeito da inexistência de lei, proporciona a justiça ao caso em discussão e que precisa ser decidido, posto existir o "passivismo" judicial). (CASTRO; FÉLIX, 2019, p. 70).

Desta feita, é necessário apontar que o ativismo judicial não é um mal a ser combatido, mas deve existir um equilíbrio para o seu uso (pois ele pode, sim, ser utilizado de forma negativa, com um viés político desarrazoado por parte do Judiciário; mas ele também pode ser, e a ideia com a qual se utilizou esse termo, foi para o aspecto positivo, e que guarda muita relação com a cooperação, pois todos devem cooperar para a solução razoável e adequada do litígio, inclusive o juiz).

Assim, vale ressaltar que o ativismo judicial pode servir para o bem (e, pensa-se, essa foi a finalidade para a qual ele surgiu), pois a Constituição Federal, bem como o Código de Processo Civil, determinam que toda decisão deve ser fundamentada, a fim de evitar prejuízo por parte daqueles que buscam proteção no Poder Judiciário.

Como bem ponderado por Iuri Ibrahim B. Zaidan (2015, p. 1):

> O juiz não pode apenas se utilizar da técnica, é impreterível que este deve ter o cuidado de ilustrar os porquês da sua decisão, quer seja favorável ou desfavorável, pois tal explicação é inafastável e inerente aos direitos das partes.

É notório que, se houverem cem argumentos, o juiz não precisará exaurir um a um, até o seu fim, de forma pormenorizada, mas reunir por blocos, se assim for possível, por identidade comum, e justificar sua decisão (que, em suma, conterá o esclarecimento como um todo, e não importará em omissão ou obscuridade por parte do magistrado).

Infelizmente, nem todos decidem de tal forma, deixando a fundamentação um tanto quanto aberta. Por outro lado, felizmente há o duplo grau de jurisdição, onde uma decisão pode ser revista e a correção pode ser efetuada. O cuidado que se deve tomar é quando se chega ao último órgão para questionar a lei (Superior Tribunal de Justiça) ou a Constituição Federal (Supremo Tribunal Federal), em que há de se ter uma ponderação e bom senso bem maiores, para evitar injustiças nas decisões.

Uma vez tecidas tais considerações, vale dizer que o juiz imparcial não deve se colocar contra as partes, mas sim, decidir com base em razões legítimas e respeitando as normas e ditames processuais e constitucionais.

Ensina Jair Soares de Oliveira Segundo (2010, p. 1) que, em uma hipótese do exercício de jurisdição, é permitido ao magistrado relativizar a regra clássica da imparcialidade do juiz, desde que essa quebra se estabeleça em benefício do justo processual. Essa mitigação somente é possível diante de uma leitura sistemática das regras e princípios que regem o processo (vale destacar que o próprio Código de Processo Civil é uma inovação nesse sentido, ao apresentar, por exemplo, hipóteses de atuação de ofício por parte do juiz).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu em Habeas Corpus de matéria criminal:

> Inexiste violação ao princípio da imparcialidade do juiz, que representa verdadeira garantia de um julgamento estreme de dúvidas, tratando-se de um dos mais importantes princípios relativos aos órgãos julgadores, quando o Magistrado, sempre agindo com zelo que lhe é peculiar e vislumbrando a hipótese de enquadramento de fato típico com aplicação de pena mais severa aos pacientes, abre vista ao Parquet e, logo após o recebimento do aditamento, faculta à Defesa a oportunidade de manifestar-se, bem como requerer as providências e medidas que entendesse cabíveis (STJ- HC 148190 RJ 2009/0185125-8, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 22/03/2011, T5- QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2011).

Diante de todo o narrado, e conforme salienta Marcos Antonio Striquer Soares e Pedro Guilherme Kreling Vanzella (2015, pp. 7-8), o princípio da imparcialidade do juiz se trata de uma norma não prevista expressamente, mas que é fruto da interpretação sistemática de diversos textos normativos. Ademais, o processo civil contemporâneo apresenta a figura de um juiz processualmente ativo, que trata com o zelo necessário a relação processual (e se inclui como sujeito de tal relação), permitindo uma paridade de armas, com o fito de se alcançar uma decisão justa e efetiva (SOARES; VANZELLA, 2015, p. 9).

O juiz deve se pautar nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para sua decisão, e esta não pode ultrapassar os limites a ele conferidos, sob risco de ofensa à igualdade, e às demais garantias constitucionais (GUEDES, 2012, p. 18).

Em que pesem as transformações pelas quais o direito está sempre passando, o princípio da imparcialidade do juiz se revela necessário para que o juiz, ao julgar, fundamente suas decisões, independente de ser uma situação de ativismo judicial ou não. De fato, uma decisão bem fundamentada é um indício de que o magistrado agiu de forma imparcial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente trabalho, foi possível observar a importância do princípio da imparcialidade no decorrer dos tempos. Como se viu, em períodos passados a imparcialidade acabava até mesmo a ser mitigada.

Atualmente, a jurisprudência pátria e as legislações infraconstitucionais têm permitido situações em que o juiz atue ativamente no processo (em casos como o de ativismo judicial – que, se positivo, propiciam um bem ao processo; já se negativo, podem causar danos e prejuízos irreparáveis à prestação jurisdicional).

O juiz deve agir com imparcialidade, mas ele não pode se comportar de forma tão equidistante das partes, uma vez que, inclusive, ele é parte da relação jurídica processual, e tem deveres a serem cumpridos com o objetivo de se alcançar uma decisão justa e efetiva, garantindo a prestação jurisdicional em sua plenitude.

Resta claro, portanto, que a imparcialidade foi e continua sendo princípio de suma importância ao processo, e que resistiu aos testes do tempo sem perder a sua essência original. As decisões dos tribunais brasileiros têm demonstrado como a imparcialidade do juiz se mantém fundamental e atualizada, sendo, sem dúvidas, compatível ao atual estágio da sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

Assim, pode-se concluir que a atuação ativa do juiz, se realizada de forma correta, não significa uma afronta ao princípio da imparcialidade do juiz, pelo contrário, é apenas a prova de que o direito continua em movimento, servindo ao povo e à justiça, como deve ser. Ressalta-se que o verdadeiro perigo à imparcialidade do juiz são os abusos cometidos, que devem ser fiscalizados e combatidos com rigor.

Ainda que não se exija a neutralidade do magistrado, nos moldes analisados, é necessário cuidado quando os interesses políticos, sociais e culturais ultrapassam os ditames legais e a busca pela justiça. Nesse caso, uma boa fundamentação das decisões se revela de extrema necessidade e não deve ser substituída por meras opiniões dos magistrados. Com isso, será possível preservar os direitos fundamentais e garantir a dignidade de cada pessoa.

5. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O Postulado da Imparcialidade e a independência do magistrado no civil law*. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**. Vol. 23, 2010, n. 24, 13-34, Porto Alegre. Disponível em <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=28&p_secao=502>>. Acesso em 11 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar. 2009. Disponível em <<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>> . Acesso em 11 mai. 2019.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>>. Acesso em 02/07/2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em 02/07/2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n.º 148190-RJ. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19097673/habeas-corpus-hc-148190-rj-2009-0185135-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em 11 mai. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n.º 10694160042842001. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/668077594/apelacao-civel-ac-10694160042842001-mg/inteiro-teor-668077692?ref=juris-tabs>>. Acesso em 11 mai. 2019.

CARDOSO, Antonio Pessoa. *Antigamente, juiz era a boca que pronunciava vontade da lei*. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de junho de 2007. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2007-jun-10/anti-

gamente_juiz_boca_pronunciava_vontade_lei>>. Acesso em 11 mai. 2019.

CASTRO, Aldo Aranha de; FÉLIX, Ynes da Silva. *A cooperação e o papel político do Poder Judiciário como garantidores da segurança jurídica e do acesso à justiça*. In. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 5, n.2, p.58-79, Jul/Dez. 2019. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/5996/pdf>>. Acesso em 01 jul. 2020.

CHIAVERINI, Tatiana Mehler. *Impedimento e suspeição do julgador segundo o CPC*. **Revista Consultor Jurídico. Fevereiro de 2017.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-26/tatiana-chiaverini-impedimento-suspeicao-julgador-cpc>>. Acesso em 11 mai. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/34777/1879-TEORIA-GERAL-DO-PROCESSO-31a-E-D-2015-1-Candido-Rangel-DINAMARCO.pdf>>. Acesso em 11 mai. 2019.

DUARTE, Hugo Garcez; BARBOSA, Jadson de Oliveira. *Uma análise sobre os conceitos de neutralidade e imparcialidade do juiz*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13524>>. Acesso em 11 mai. 2019.

LIMA, Adriano Gouveia. *A quebra da imparcialidade como fundamento para exceção de suspeição*. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XX, n. 161, jun 2017. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18995&revista_caderno=22>>. Acesso em 11 em mai. 2019.

LINS, Liana Cirne; Benvenuto Jayme. *O declínio da imparcialidade na era do ativismo judicial midiático*. **Revista Consultor Jurídico.**

Junho de 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-21/declinio-imparcialidade-ativismo-judicial-midiatico>>. Acesso em 11 mai.2019.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. *Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011. Disponível em <<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/27042/011_pamplona_filho_barbosa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 11 mai. 2019.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Processo e Pressupostos Processuais*. **Revista da Advocacia Geral da União**, AGU n. 68, Set/2007, p. 1-20, 2007. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/523907>>. Acesso em 11 mai. 2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O Poder do Juiz: ontem e hoje*. **AJURIS**. ano XXXIII, n. 104, Porto Alegre: Ajuris, 2005. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/111.pdf>>. Acesso em 11 mai. 2019.

SEGUNDO, Jair Soares de Oliveira. *A parcialidade positiva do juiz na sociedade contemporânea***. FIDNES**, Natal, v.1, n. 2, ago./dez.2010. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/47619837_A_PARCIALIDADE_POSITIVA_DO_JUIZ_NA_SOCIEDADE_CONTEMPORANEA>>. Acesso em 11 mai. 2019.

SOARES, Marcos Antonio Striquer; VANZELLA, Pedro Guilherme Krelling. *O papel do juiz hermeneuta e parcialmente positivo*. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.10, n.2, p. 111-116, maio/ago. 2015. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/22335>>. Acesso em 11 mai. 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, São Paulo,

v. 8, n.1, jan-jun., 2012. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em 11 mai. 2019.

ZAIDAN, Iuri Ibrahim B. *A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais: garantia constitucional ao devido processo legal*. 2015. Disponível em <<https://iurizaidan.jusbrasil.com.br/artigos/254021015/a--obrigatoriedade-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-garantia-constitucional-ao-devido-processo-legal>>. Acesso em 11 mai.2019.

UMA ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DAS MULHERES E DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL NO BRASIL

Andessa Maria Alves Santos

INTRODUÇÃO

No decorrer dos anos, o número de mulheres no cárcere feminino brasileiro cresceu gradualmente. Ainda assim, existe um estigma social que desassocia de todas as formas possíveis a ideia de que uma mulher possa vir a cometer um delito e ainda dentro do corpo social, existe a crença de que as atribuições devem ser feitas separadamente de acordo com o gênero, isso faz com que a mulher seja vista de forma inferior quando comparada ao homem, influenciando a violência de gênero.

Por que existe uma mistificação tão grande acerca de a mulher cometer um delito? E por que o gênero feminino está sempre mais vulnerável e sofre uma violência psicológica muito maior do que o gênero masculino dentro do cárcere?

Tais questionamentos retratam a falta de políticas públicas voltadas para as necessidades das mulheres dentro do cárcere, em especial as que pertencem a grupos de vulnerabilidade social, decorrentes de raça, educação, classe social e gênero.

Não obstante, o Estado alimenta a desigualdade de tratamento e fomenta a violência de gênero, ao não considerar as peculiaridades

e necessidades do gênero feminino. Por isso, essas considerações se fazem suficientes para demonstrar a tamanha relevância social e jurídica do estudo, composto por dois capítulos, elaborado com base em livros, pesquisas, teses, artigos, dados gráficos e decisões jurisprudênciais sobre o gênero feminino dentro do cárcere, que se desenvolveram com foco nas políticas criminais e ressaltando a desigualdade de gênero e a violência de gênero dentro do sistema penitenciário feminino no Brasil.

O estudo está dividido em três seções excluindo a introdução e as considerações finais. A primeira seção abordará o perfil das mulheres detentas no Sistema Prisional feminino no Brasil, e o motivo que as levou ao mundo do crime, além de fazer uma análise da infraestrutura das penitenciárias femininas no Brasil. A segunda seção tratará de seletividade penal, violência interseccional e da vulnerabilidade do sexo feminino, fará também uma análise da maternidade dentro do cárcere e das relações familiares. A terceira e última seção analisará brevemente os direitos e garantias das mulheres encarceradas, em especial as mulheres que são mães.

2. DADOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Uma análise do perfil das mulheres dentro das prisões

O Levantamento de Informações Penitenciárias de 2017, o que revelou que quantitativamente há 37.828 mulheres privadas de liberdade no Brasil, representando assim uma taxa de ocupação de 118,8% do número total de vagas disponíveis. Em todo o território nacional, 18 estados se enquadram em situação de superlotação desse sistema.

O perfil correspondente à faixa etária das mulheres dentro dos presídios no Brasil é constituído por jovens de até 29 anos, que representam 47,33% da população carcerária feminina. Enquanto ao que diz respeito à etnia/cor, 63,55% totaliza a soma de mulheres pretas e pardas. No âmbito educacional, apenas 1,46% das mulheres custodiadas possuem ensino superior completo, sendo que 58,4% representa o percentual de mulheres solteiras. Ou seja, o perfil correspondente às mulheres encarceradas no Brasil é de: uma mulher de faixa etária

jovem, com baixa escolaridade, etnia negra ou parda, solteira, geralmente mãe e que antes do aprisionamento exercia trabalho informal[42], o que retrata a seletividade social do sistema penitenciário brasileiro.

Os dados acerca da distribuição do tipo de regime em que as mulheres estão condicionadas representam: 37,67% das mulheres presas estão condicionadas ao regime provisório, 36,21% sentenciadas em regime fechado e 16,87% em regime semiaberto[43]. Quanto à natureza da prisão, as pesquisas revelam que 64,48% dessas mulheres respondem criminalmente por vinculação ao tráfico de drogas. Contudo, tal vinculação não está relacionada à rede de organizações criminosas, pois, a grande maioria ocupa um papel de coadjuvante no crime, como executoras do transporte de drogas. Sendo que poucas exercem a atividade de gerência dentro do tráfico, na sequência os crimes mais cometidos são roubo (12,90%) e furto (7,80%).

A inserção da Mulher no Tráfico de Drogas: uma violência estrutural

Para a grande maioria das mulheres encarreiradas a grande motivação para se envolver com o mundo do crime foi a dificuldade financeira[44].

É nítido o crescimento de lares "chefiados" por mulheres, as pesquisas indicam que 43% dos domicílios urbanos e 25% dos lares no campo são economicamente sustentados por mulheres. Ainda nesse sentido, é importante destacar que as famílias chefiadas pelas mulheres são famílias de vulnerabilidade social, considerando que a renda média das mulheres – em especial as mulheres negras - é inferior a renda

42 BOITEUX, Luciana; PANCIERI, Maíra Fernandes Aline; CHERNICHARO, Luciana. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. Laboratório de Direitos Humanos, UFRJ, p.3.

43 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres Junho de 2017. 1ª edição: Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014, p. 13.

44 BOITEUX, Luciana; PANCIERI, Maíra Fernandes Aline; CHERNICHARO, Luciana. Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro. Laboratório de Direitos Humanos, UFRJ, p.5.

média dos homens. Ainda que seja empolgante o crescimento e independência da mulher dentro do mercado de trabalho, a desvalorização e as diferenças remuneratórias da mão de obra feminina motivam o fato de as mulheres serem mais pobres em relação aos homens. Além disso, as dificuldades do gênero feminino para se inserir no mercado de trabalho, uma vez que cerca da metade das mulheres no Brasil em idade ativa está fora do mercado de trabalho.

As questões socioeconômicas não só influenciam diretamente na razão do envolvimento das mulheres com o cárcere, mas também são um dos principais motivos pelo qual essas mulheres se relacionam com o mercado ilícito - especialmente em se tratando do tráfico de drogas - em que as mulheres geralmente desempenham a função do transporte, função popularmente conhecida como mulas[45], poucos são os casos em que as mulheres ingressaram no tráfico de drogas devido a relacionamentos amorosos, pelo contrário, são casos em que as mães solteiras que sustentavam sozinhas o lar[46]. Dentro do tráfico, elas costumam assumir papéis menores geralmente como os de enrolar, guardar e transportar a droga, o que, ainda assim, as torna ainda mais vulneráveis, tendo em vista que assumem a responsabilidade de serem presas no lugar de quem realmente tem poder e comanda o tráfico[47]. Existe uma imensa banalização nas penas, aplicadas com base na Lei de Drogas, que não faz qualquer distinção entre quem gerencia o tráfico e quem transporta, induzindo os magistrados a ratificar a tipificação existente e causando uma enorme desproporcionalidade das penas e mesmo da prisão provisória.

As pesquisas revelam que apenas 29,26% dos homens dentro do cárcere respondem por tráfico de drogas e quanto às mulheres os nú-

45 ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. O Encarceramento Feminino Como Ampliação Da Violação De Direitos. Revista Le Monde diplomatique Brasil, São Paulo, ed.101, 2015. Disponível em: < https://diplomatique.org.br/o-encarceramento-feminino-como-ampliacao-da-violacao-de-direitos/>.Acesso em: 02 mai. 2020.

46 PANCIERI, Aline Cruvello. Traficantes Grávidas do Banco dos Réus: Um Estudo Feminista Crítico Sobre o Controle Penal Sobre Mulheres em Situação de Maternidade no Rio de Janeiro. Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, p. 99.

47 Ibidem, p. 72.

meros duplicam, chegando a 64,48%[48]. As questões socioeconômicas e mesmo o machismo estrutural, tornam as mulheres vítimas do Estado brasileiro, em especial no que tange o combate ao tráfico de drogas.

Uma análise da infraestrutura das penitenciarias femininas no Brasil

No que diz respeito à infraestrutura, apenas 14,2% das unidades de reabilitação social penal feminina possuem um espaço reservado para gestantes e lactantes. Acerca da existência berçários ou centros de referência materno-infantil para que a mãe possa manter contato o com recém-nascido, são apenas 48 unidades, quanto à existência de creches para receber, corresponde a 0,66%. Ou seja, esses dados evidenciam não apenas a ausência de infraestrutura básica necessária, mas também a violação dos direitos das mulheres e, consequentemente, das crianças.

O desenvolvimento inicial das crianças que nascem e permanecem por determinado período dentro da prisão, acontece em um ambiente repleto de instabilidades e vulnerabilidade; além de serem expostas à visão do mundo do crime, verticalmente são tratadas como se criminosas fossem.

A SELETIVIDADE PENAL E A VIOLÊNCIA DE GÊNERO DENTRO DO CÁRCERE BRASILEIRO

Uma visão histórica das mulheres no cárcere

O Brasil passou por uma fase de modernização legislativa por volta de 1930 e 1940 em que foi desenvolvido um novo Código Penal, e só então foram criadas as primeiras unidades prisionais destinadas às mulheres. Acontece que a criação das prisões femininas na realidade foi uma extensão das prisões masculinas[49], o fato de que o direito penal

48 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres Junho de 2017. 1ª edição: Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014, p. 46.

49 ANGOTTI, Bruna. Entre as leis da ciência, do estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropolo-

foi essencialmente criado e destinado ao público masculino comprova a seletividade penal e reforça a desigualdade de gênero.

Inicialmente os presídios femininos, tiveram como intuito punir e "reeducar" mulheres em situação de abandono, prostituição, mulheres consideradas decaídas ou em confronto com a lei, sendo sempre visada a cura moral dessas mulheres, ou seja, por muitas vezes as mulheres eram punidas e reprimidas por não agirem de acordo com o que a sociedade esperava que elas fossem, mesmo que muitas vezes não tivessem cometido condutas ilícitas[50]. Logo, é possível entender que a divisão dos gêneros dentro cárcere, serviu também para descriminar o gênero feminino.

Violência interseccional e vulnerabilidade

A Constituição de 1988 institui que os homens e as mulheres são iguais perante e lei. Entretanto, as necessidades do sexo feminino são extremamente negligenciadas pelo legislador, que de forma misógina discrimina as condições biogenéticas e ignora as necessidades do gênero feminino, especialmente pelo o que deixa de dizer.

A problemática vai além do judiciário, pois hoje a maioria das penitenciárias femininas é composta por agentes penitenciários de sexo masculino que, por muitas vezes, se promovem da vulnerabilidade das mulheres encarceradas. Na pesquisa de campo Presos que Menstruam, realizada por Nana Queiroz em 2015, uma detenta esclarece:

> A presa pode até ter relações sexuais com o policial, mas ela ganha com isso. Na cabeça dela, ela não está sendo forçada, ela está tirando benefício. Por exemplo: num presídio que a gente visitou não tinha guarda feminina, só homem. E quem ficava na sala deles fazendo trabalhos era uma presa. Ela tinha seus benefícios, como acesso à internet e até jogos de computador. Eu imagino que ela tinha relação com os carcereiros,

gia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p.37.

50 Ibidem, p.152.

> mas, para ela, ela que optou por isso, não foi obrigada. Não sei o quão frequente isso é, porque elas não contam. Se contarem, criam problemas com as outras presas que têm ciúmes e medo de que ela caguete ou traia a população porque está andando com a polícia.[51]

Na grande maioria das vezes é feita uma punição vertical, com base na seletividade interseccional, o que denuncia a violência estrutural que ocorre através das desigualdades sociais, entre os gêneros, culturais e raciais e essa violência é estendida aos filhos.

Uma das questões do gênero feminino dentro do cárcere é a maternidade. Geralmente ao engravidar as mulheres esperam vivenciar um momento especial de felicidade e positivamente transformador, mas se a gravidez ocorrer dentro da prisão o sentimento e expectativa é outro, dado que as detentas têm plena ciência da vulnerabilidade, indefensabilidade e insegurança que essa situação trará a elas e se estenderá aos seus filhos.

A grande maioria das penitenciárias não oferece acompanhamento médico, pré-natal, pós-natal ou berçários. Sequer existem dados concretos sobre a quantidade de mulheres grávidas, puérperas e crianças que estão dentro do cárcere.

Devido às peculiaridades do sexo/gênero feminino, tratamentos específicos devem ser visados e aplicados, a fim de suprir as necessidades das mulheres dentro do cárcere, porque não há como tratar igualmente as necessidades da população carcerária masculina e feminina, seja por questões biológicas ou até mesmo pelos contextos sociais. Mesmo havendo normas que amparem a necessidade de tratamento específico às mulheres, o Sistema Penitenciário brasileiro atual mantém a sua estrutura de tratamento prisional criada inicialmente voltado aos presídios masculinos.

Além de toda a vulnerabilidade que as detentas são expostas dentro do Sistema Penitenciário, existe também a vulnerabilidade social. Por isso, é importante considerar também o contexto social em que as mu-

51 QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 1ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 95.

lheres se encontram, porque muitas delas não carregam unicamente o peso de seu gênero, mas também sua questão econômica, educacional e a cobrança para ser uma boa mãe e mesmo uma boa esposa aos olhos da sociedade. Diferentemente dos homens, essas mulheres responderam não apenas as leis do Estado, mas respondem também ao julgamento social que é extremamente patriarcal.

O encarceramento trás consequências não apenas às detentas, mas também a toda estrutura familiar. O que acarreta nos efeitos do abandono familiar, pois, boa parte delas sequer recebe apoio de suas famílias e, no geral, recebem pouquíssimas visitas. Quando ocorrem geralmente são de suas mães, visto que normalmente são abandonadas por seus companheiros. Nesse sentido, uma detenta se posiciona:

> Os homens, no começo da cadeia, vão um domingo sim um não, depois já passa a ir de um mês, depois já esquece. Quando vê, já arrumou outra. Será que eles cansa? Não sei. Uns abandona, acho que queriam mesmo é alguém pra lavar e passar[52].

Não são fornecidos produtos básicos de higiene, considerando que são necessidades básicas coisas como: absorventes, pílula-anticoncepcional, sabonete, escova de dente e roupa, providenciar tais produtos acaba se tornando uma responsabilidade dos familiares, que geralmente são famílias socialmente desamparadas e vulneráveis.

Uma perspectiva da maternidade atrás das grades: reflexos da hipermaternidade para a hipomaternidade

A maternidade dentro do cárcere é marcada por dois momentos, a hipermaternidade e hipomaternidade, no que consiste a priori no excesso de maternidade e, posteriormente, na ruptura da relação dada no momento de separação entre mães e filhos[53].

52 QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 1ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2015, p.106.

53 ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 12, n. 22, 2015, p. 235.

Na hipermaternidade, as mães são obrigadas a permanecer todo o tempo com o bebê, a possibilidade de interação com outras detentas acaba sendo afetada. Uma das entrevistadas relatou: "As mulheres se sentem muito isoladas e é ruim escolher entre um e outro... na unidade tem cursos, culto"[54], fazendo com que as detentas fiquem impossibilitadas de fazer qualquer outra coisa que não seja sobre o bebê ou com o bebê.

Apesar de o espaço materno-infantis ter uma estrutura muito melhor do que a cela para a mãe e seu bebê, esse ambiente é muito hostil. Em uma das entrevistas, uma detenta relata: "Fico feliz por estar com o bebê, mas aqui tudo é comunicado. Presa sozinha é mais fácil", e complementa ainda, "qualquer coisa que acontece fala que tem que entregar o filho, vive sob pressão". As coisas que poderiam ocasionar em um comunicado e seguido de julgamento pelo Conselho Disciplinar, são atos como, por exemplo, dormir na mesma cama que o bebê, ou fornecer alimentação contrária ao que foi estabelecido pela unidade.[55]

No caso de hipomaternidade, não existe qualquer período de adaptação. Chegado o fim do prazo determinado, a mãe precisa entregar seu filho que ficará sob a guarda de algum parente ou irá para algum abrigo. Após um longo período solitário, ela e o bebê precisam lidar com o rompimento do vínculo brusco.[56]

O período de amamentação é determinado por cada estado, em São Paulo, por exemplo, são de apenas seis meses, passado esse prazo a mãe é involuntariamente afastada de seu bebê, o que a força ver seus filhos à mercê de cuidados das avós, irmãs, tias ou de algum parente que muitas vezes também possuí uma família, também de classe pobre ou, em muitos casos, essa mulher perde a guarda de seus filhos.

Um das detentas desabafou: "Todo o dia eu acordo com medo de ser o dia de levarem minha filha. Quando chega às 17h fico aliviada, terei mais uma noite com ela". A experiência de maternidade dentro do cárcere se desenvolve de forma traumática e violenta não apenas com as mães, mas também com os seus filhos, que se tornam vítimas de

54 Ibidem, p. 233

55 Ibidem, p. 236.

56 Ibidem, p.235.

uma situação perversa e extensiva. Considerando que a gravidez em si traz a necessidade de maiores cuidados, a ausência de assistência básica necessária denota que toda gravidez dentro do cárcere é uma gravidez vulnerável e de risco.

Relações familiares e violência: a manutenção do vínculo familiar

A separação das mães e das crianças, que pode ocorrer tanto em caso de prisão em flagrante - que os separa instantaneamente ou em caso de bebês nascidos dentro do cárcere - que após determinado período do nascimento são retirados involuntariamente de suas mães, que são obrigadas a voltarem às unidades de reabilitação social penal[57].

As opções estão entre a criança ter a convivência de sua mãe em condições precárias e degradantes ao ser humano ou a separação prematura do laço materno.

Em uma entrevista, uma detenta se manifestou acerca do impacto da separação entre mãe e filho, dizendo: "A criança perde o costume de falar com a mãe"[58], nas entrevistas realizadas muitas mães alegaram ver seus filhos apenas uma vez ao mês, já outras disseram haver meses sem contato físico com seus filhos.

É comum as crianças estarem em guarda provisória de parentes próximos ou ser destinada a um lar adotivo. Acontece que seja qual for o caso, as mães não possuem qualquer autonomia para decidir o que entendem ser o melhor para seus filhos e consecutivamente ter pleno direito do exercício da maternidade, o que obviamente resulta em muita vulnerabilidade emocional e psicológica.[59]

---

57 PANCIERI, Aline Cruvello. Traficantes Grávidas do Banco dos Réus: Um Estudo Feminista Crítico Sobre o Controle Penal Sobre Mulheres em Situação de Maternidade no Rio de Janeiro. Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, p. 86.

58 ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015, p.43.

59 Ibidem, p.56

As detentas alegam ainda que não têm informações suficientes acerca do processo de guarda das crianças e, ainda, de não terem sido intimadas para a audiência cível.[60]

Em uma entrevista dada por uma detenta não identificada, ela justifica a falta de visitações: "Meu pai não vem por humilhação"[61]. A visita em si é a manutenção e preservação do vínculo familiar, mas para muitos familiares, fazer a visita frequentemente é uma tarefa árdua, considerando que, muitas vezes, a família mora em outra cidade da unidade prisional, além do que muitos familiares deixam de realizar a visita por falta de dinheiro para custear o transporte.

Reflexos da punibilidade extensiva

Relatos de detentas que estiveram grávidas dentro do Sistema Penitenciário Brasileiro garantem a extensão da pena a seus filhos, uma das presas relembra de quando estava grávida e foi torturada:

> Eu apanhei horrores e tava grávida de seis meses. Um polícia pegou uma ripa e ficou batendo na minha barriga. Nem sei qual foi a intenção desse doido, se era matar o bebê ou eu. A casa penal me mandou pro IML para fazer corpo delito, mas não deu nada.[62]

A detenta Tamyris conta que tinha vinte anos quando foi pega em um aeroporto com um traficante, ela ainda conta que estava com seu filho Luca de três meses e meio em seu colo no momento da detenção, e que até seu filho foi acertado na lateral do olho. A pediatra da Unidade Materno-Infantil, Mara Botelho, manifestou a sua preocupação

60 ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015, p.23.

61 Ibidem, p. 41.

62 QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 1ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2015, p.48.

acerca do estado emocional da criança, tendo em vista que, segundo ela, ele não sorria, não interagia com as brincadeiras, nada atraía sua simpatia. Pouco tempo antes de completar um ano de idade e fosse encaminhado a família ou abrigo, houve o julgamento de sua mãe que progrediu para a prisão domiciliar[63].

O impacto da lei 13.257/2016 e do HC Coletivo 143.641

A Lei 13.257 trouxe avanços acerca dos direitos da mãe encarcerada, a criação da lei proporcionou a possibilidade de gestantes e as mães com filhos de até 12 anos de idade, cumprirem a pena domiciliar. Acontece que na grande maioria dos casos, a situação de maternidade ou gestação não é devidamente avaliada pelo magistrado no momento de concessão ou não das medidas cautelares, isso significa que o direito de responder o processo em liberdade sequer foi considerado, tendo em vista que geralmente a maternidade sequer é citada nas decisões interlocutórias[64].

A pesquisadora Aline Cruvello Panceiri analisou, em 2017, decisões interlocutórias de mulheres em situação de maternidade e notou-se que em todas as decisões, o dispositivo 318 - A do Código de Processo Penal, no qual dispõe da substituição da pena privativa de liberdade por prisão domiciliar a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, em momento algum sequer foi mencionado. Em duas das decisões os juízes comprovam a falta de intimidade com a realidade do cárcere e alegam não haver riscos a vida da mulher ou da criança, vide abaixo:

> Frise-se que **os argumentos lançados pela defesa técnica da acusada não foram capazes de afastar a incidência dos mencionados requisitos, não se vislumbrando que a acu-**

63 Ibidem, p. 48.

64 PANCIERI, Aline Cruvello. Traficantes Grávidas do Banco dos Réus: Um Estudo Feminista Crítico Sobre o Controle Penal Sobre Mulheres em Situação de Maternidade no Rio de Janeiro. Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017, p. 111.

> **sada esteja sofrendo risco à saúde/integridade física/vida da mesma ou de seu filho**. Intime-se. No mais, aguarde-se a audiência designada (grifo nosso; processo n. 0015956-11.2015.8.19.0007)[65].

E ainda;

> Assim, **e até porque o sistema prisional irá oferecer condições para que a acusada dê a luz ao filho que espera, INDEFIRO o pedido de prisão domiciliar** (grifo nosso; processo n. 0003287-63.2015.8.19.0026) [66].

Considerando que a maioria das mulheres dentro do Sistema Penitenciário é mãe, pode-se concluir que a aplicação da medida de prisão cautelar de prisão domiciliar é restrita. Os magistrados não consideram a situação de vulnerabilidade da presa e a gestação de risco.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal concedeu em 2018 o Habeas Corpus coletivo 143.641, determinando a substituição de prisão preventiva pela domiciliar as mulheres presas que são gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade ou de mulheres que tenham sob custódia pessoas portadoras de deficiência, a medida apenas não deve ser concedida em casos de crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os filhos ou em casos excepcionais.

Em 2017 o Supremo Tribunal Federal concedeu a substituição de prisão preventiva pela prisão domiciliar de Adriana Ancelmo, ex-primeira dama e esposa do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral.[67] Adriana foi condenada a 18 anos e 3 meses de prisão por lavagem de dinheiro e por ser beneficiária em esquema de corrupção. Embora tenha cometido crime grave, ela era mãe de duas crianças, que na época tinham 11 anos e a outra de 14, mas, além de tudo, ela é branca, é advogada, tem estudo e integra a elite brasileira, o que foi o suficiente

65 Ibidem, p. 125.

66 Ibidem, p. 126.

67 Jornal G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-adriana-anselmo.ghtml>. Acesso em: 19 mai.2020.

para levar o Supremo Tribunal de Justiça, confirmar a decisão em 2018, com base no entendimento de que: "A genitora sempre desempenhou papel fundamental na dinâmica familiar e da função materna".[68]

Isso comprova o quanto a justiça é extremamente seletiva, acerca da ideia de quem pode ser considerada um perigo para a sociedade, geralmente o estereótipo das presas estão atrelados à vulnerabilidade econômica e social.

As pesquisas revelam que 37,67% das mulheres dentro do cárcere permanecem sem condenação.[69] Ao verificar os dados informativos acerca da privação de liberdade das mulheres no Brasil, infraestrutura e as decisões tomadas pelos magistrados, é possível detectar uma enorme falta de congruência institucional, pois os números acerca do encarceramento feminino cresceram ao longo dos últimos anos.

Ainda assim, magistrados ignoram todos esses fatos e tratam a liberdade provisória como uma ressalva. Quando na realidade a concessão de liberdade provisória ou prisão domiciliar não só garantiria as mulheres uma gravidez segura e colocaria a criança em um ambiente familiar e social mais adequado a prisão, como também diminuiria quantitativamente a responsabilidade do Estado em fornecer estrutura a tantas vezes as presas, dando assim, mais oportunidade ao Sistema Penitenciário ser mais organizado e estruturado.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a priori realizar uma análise da seletividade penal através do gênero e das vulnerabilidades sociais, econômicas e raciais, além de evidenciar a violência de gênero feita com base na reprodução do pensamento social, que estereotipa a mulher.

68 Consultor Jurídico .Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/stj-confirma-prisao-domiciliar-ex-primeira-dama-adriana-ancelmo >. Acesso em: 19 mai.2020.

69 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres Junho de 2017. 1ª edição: Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2014, p.13.

A prisão feminina carece de muitas peculiaridades ligadas ao gênero feminino, sendo uma delas a maternidade. Observou-se que os ditames sociais foram estendidos ao legislador que ofende o gênero feminino pelo o que deixa de dizer e ao negligenciar as vulnerabilidades.

Além disso, constatou-se que a inserção das mulheres no mundo do crime, acontece especialmente, devido às dificuldades financeiras, pois um dos pesos do gênero feminino é ter a sua mão de obra inferiorizada. Ainda nesse sentido, verificou-se que grande parte das mulheres foram presas por envolvimento com o tráfico de drogas, mesmo que pouquíssimos sejam os casos de mulheres na gerência do tráfico.

Ao analisar decisões tomadas por magistrados de primeira instancia, verificou-se que muitas são as decisões os destoam do posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, fomentando assim a discriminação de gênero e ignoram a responsabilidade do Estado.

Diante disto, concluiu-se que para que os problemas apresentados sejam solucionados, é necessária a criação de políticas públicas e de efetiva aplicação, as quais se voltem ao gênero feminino e suas especiais necessidades e vulnerabilidades. Contudo, para que isso aconteça se faz por necessário que antes seja revista a violência de gênero, machismo, patriarcado dentro do sistema jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna.; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro**. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 12, n. 22, 2015. Disponível em: < https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/101231> . Acesso em: 29 abr. 2020.

ANGOTTI, Bruna.; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil.** 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ANGOTTI, Bruna. **O Encarceramento Feminino Como Ampliação Da Violação De Direitos**. Revista Le Monde diplomatique Brasil, São Paulo, ed.101, 2015. Disponível em: < https://diplomatique.org.br/o-encarceramento-feminino-como-ampliacao-da-violacao-de-direitos/>>. Acesso em: 02 mai. 2020.

BOITEUX, Luciana.; PANCIERI, Maíra Fernandes Aline.; CHERNICHARO, Luciana. **Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídico-social sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro.** Laboratório de Direitos Humanos, UFRJ. Disponível em:. Acesso em: 20 abril 2020

BRASIL, Ministério de Justiça, Departamento Penitenciária Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN Mulheres**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ confirma prisão domiciliar de ex-primeira-dama Adriana Ancelmo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/stj-confirma-prisao--domiciliar-ex-primeira-dama-adriana-ancelmo acesso em: 19 mai.2020

FONTOURA, Natália.; REZENDE, Marcela. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015**, IPEA, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_ de_gênero_raca.pdf. Acesso em 15 mai. 2020.

Lei 13.257, de 8 de março de 2016. **Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de**

julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Publicada no Diário Oficial da União de 9 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>. Acesso em: 19. mai.2020.

PANCIERI, Aline Cruvello. **Traficantes Grávidas do Banco dos Réus: Um Estudo Feminista Crítico Sobre o Controle Penal Sobre Mulheres em Situação de Maternidade no Rio de Janeiro.** (Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017).

RAMALHO, Renan. Gilmar Mendes manda soltar Adriana Ancelmo, mulher de Sérgio Cabral. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-adriana-anselmo.ghtml>. Acesso em: 19 mai. 2020.

QUEIROZ, N. **Presos que menstruam**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016. 293p.

O SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR (LEI 11.346 / 2006): DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Flávia Regina França Pascoal de Oliveira

INTRODUÇÃO

> "Deixe que a alimentação seja o seu remédio e o remédio a sua alimentação."
>
> ***Hipócrates***

Dentre as várias disciplinas do Direito, encontramos uma que vem tomando grandes proporções em relação à temática Direitos Humanos: refere-se ao direito à alimentação adequada. Alguns dispositivos estão previstos deste o ano de 1948 no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O tema ganhou grande relevância em outros dispositivos do Direito Internacional, como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992 e o Comentário Geral nº 12 da ONU. A partir da Constituição Federal de 1988 e, em 2010, após amplo processo de mobilização social, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 64, incluindo o art. 6º na Carta Magna, o Brasil esteve presente nesse cenário.

Além da CF/88, a Lei nº 11.346/2006 criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), onde se pretende assegurar o direito humano à alimentação adequada: estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do SISAN, onde o poder público implementa e reformula políticas, planos, programas e ações para assegurar tal direito, em articulação com a da sociedade civil organizada.

De acordo com estudos, o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional é a garantia do direito de todos ao acesso a alimentos de qualidade e em quantidades suficientes de modo permanente, com base em práticas alimentares saudáveis. Todo País deve ter a soberania para assegurar sua segurança alimentar, respeitando as características culturais de cada povo. Outra responsabilidade é tornar obrigatória a articulação com a sociedade civil, onde cada ator desse processo – governo e sociedade civil organizada – cumprem suas atribuições específicas. A efetivação das políticas propostas torna-se possível com o Controle Social, através de Audiência Pública, Ação Popular e Ação Civil Pública.

O referido trabalho tem como objetivo refletir acerca dos Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana, bem como compreender o Direito Humano à Alimentação Adequada sendo um direito social dentro do contexto da Segurança Alimentar e Nutricional no plano das discussões internacionais e analisar legislações infraconstitucionais e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar (Lei nº 11.346/2006).

Como marco teórico alguns doutrinadores colaboraram em relação ao respeito à dignidade humana de cada pessoa e a responsabilidade do em dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas, tais como Moraes (2003), Ferreira Filho (2004), Guerra e Buzanello (2007), Buzanello (2009), Santilli (2009), Sarlet (2010), Peixinho (2011), Hunt (2012), Fachin (2012), dentre outros.

Nesse contexto, a pesquisa tem o princípio da dignidade da pessoa humana e, a partir desta garantia constitucional se verificará em nosso ordenamento sobre a relevância para a área jurídica, em especial aos Direitos Humanos.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de institutos e princípios ligados à área do Direito, foi a vertente teórico-metodológica chamada

de jurídico-dogmática e análise destes institutos a partir do ponto de vista prático ligados aos limites do ordenamento jurídico. O direito à alimentação adequada e o princípio da dignidade da pessoa humana presentes no referido trabalho foram realizadas a partir da Pesquisas Bibliográficas e a observação minuciosa acerca da legislação pertinente ao tema, analisando fontes internacionais e nacionais. Percebe-se que no âmbito doutrinário o tema proposto ganhou destaque com a Lei nº 11.346/06 e sua a dimensão da segurança jurídica.

1. DIREITOS HUMANOS

1.1. Um breve histórico sobre Direitos Humanos

Pensar em Direitos Humanos é pensar, inicialmente, sobre "os Direitos do Homem". Hunt (2012, p. 20) é o que nos faz entender que esse conceito não era usado no século XVIII e sim uma termo a partir de 1789. Anteriormente era usado "direitos naturais", posteriormente, durante o século XVII, surge os termos em inglês e em francês, em 1760, que tal expressão ganhou um grande significado.

Ao repensar em "direitos do homem" deve-se refletir sobre questões em relação à individualidade, ainda que pouco abordada pelos cientistas e políticos. A Declaração francesa objetivava a preservação dos direitos naturais do homem, quem esquecer da soberania em relação à nação.

De acordo com Hunt (2012, p. 207), a Declaração Universal dos Direitos Humanos cristalizou 150 anos de lutas pelos direitos, de forma não impositiva. Durante todo o século XIX e o início do XX, algumas sociedades benevolentes tinham mantido acesa a chama dos direitos humanos universais e, após as duas grandes guerras mundiais, foi o marco que encontra respaldo até os dias atuais, assim como na nossa Carta Magna, tema proposto para a próxima reflexão.

1.2. Dos Direitos Sociais e do Principio de Dignidade da Pessoa Humana na CF/88

A situação de miséria em que vivem os brasileiros pode ser confirmada com a deficiência dos direitos sociais, onde não há garantia do

direito básico de dignidade enquanto cidadão, por vezes sem acesso aos direitos básicos, como alimentação.

Para uma visão do processo histórico sobre o tema, Fachin (2012, p.345-347) diz que os direitos sociais foram sendo conquistados com muita dificuldade pela humanidade e uma das expressões de defesa dos direitos sociais foi o Manifesto do Partido Comunista, por Karl Marx e Friederich Engels, em 1848, onde denunciavam a exploração sofrida pela classe operária. A preocupação estava em aliar os direitos econômicos, sociais e culturais, trazendo contribuições para as Constituições à época, tal como o conceito de cidadania na CF/88. Torna-se o produto legislativo do Direito Constitucional e exerce dupla função "garantia do existente e programa ou linha de direção para o futuro" (MIRANDA, 1990, p. 13-14). A constitucionalização dos direitos humanos significa a plena positivação de direitos, onde o indivíduo exige sua tutela perante o Poder Judiciário, tornando efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais diante do ordenamento jurídico e a Carta Magna: "(...) a limitação do poder pelo Direito e a limitação do Direito pela justiça. Sem respeito à pessoa humana não há justiça e sem justiça não há Direito. (FRANCO, 1958, p. 188)

Lenza (2012, p. 1076) diz que: "(...) direitos sociais, direitos de segunda geração, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) (...)", tendo aplicação imediata (art 5º, §1.º) e podem ser cobrados pelas técnicas de controle no caso de omissão por Mandado de Injunção ou a ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão). As "cláusulas pétreas" previstas no art. 60, § 4º, IV tratam que a CF/88 pode ser emendada mediante proposta caso tenha objeto de deliberação caso tenha abolição dos direitos e garantias individuais, sendo crime de responsabilidade aos que forem contra o exercício dos direitos sociais, previsto no art. 85, III, da CF/88.

O art. 6º, CF/88, foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 64/2010 em relação aos Direitos Sociais e consagrados como direito universal o "direito à alimentação" no rol de direitos e garantias individuais e coletivas, recepcionado em relação aos Direitos Humanos como princípio que rege as relações internacionais (art. 4º, inc. II, c/c

com o art. 5º. O art. 1º, IV, da CF/88 trata sobre os Direitos Sociais e as Garantias Fundamentais). Os direitos individuais contidos no art. 5º estão repletos de dimensão social, indicando a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso e a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

Perpassando pelos dispositivos da CF/88, observa-se o art. 208, que trata sobre programas suplementares ligados aos direitos sociais (Emenda Constitucional nº 59/2009) e o art. 212, que trata sobre a aplicação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos da União e demais órgãos e custeio do sistema educacional (BRASIL, 1988).

Guerra e Buzanello (2007, p. 143) diz que "A CF/88 contempla diversos direitos sociais, ditos de segunda geração de direitos humanos, espalhados em alguns artigos, sendo que a maioria se concentra nos artigos 6º e 7º". Os autores (2007, p. 186) destacam sobre os direitos fundamentais descritos no art. 5º, §2º, da CF/88, pois potencializam novos direitos realizados a partir de tratados internacionais: "(...) sua abrangência vai além dos limites do direito interno, caracterizando a abertura para novos direitos decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil participe".

A respeito de dignidade da pessoa humana, o jurista Sarlet (2010, p. 62) contribui: "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 (...)" Moraes (2003, p. 60) diz: "A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida (...)". O autor aborda o conceito sobre o direito individual protetivo (direito individual e coletivo), o tratamento que se devem respeitar seus pares, direito esse que veio das concepções do Direito romano: " (...) honestere viver (viver honestamente), alterum nom laedere (não prejudique ninguém) e suum cuique tribuere (dê a cada um o que lhe é devido)."

O rol exemplificativo do art. art. 5º da CF/88 trata sobre os direitos fundamentais indivisíveis e interdependentes e o direito à alimentação colaboram como instrumentos para dignidade da pessoa humana: "(...) Mas o homem não é uma coisa" (KANT, 2008, p.60).

O Estado é o "guardião" desse direito considerado um "patrimônio de suprema valia".

A alimentação é um direito humano, inerente ao direito à vida e sua negação se torna inviável a celebração da própria vida, na qual está ligada intrinsecamente ligada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tema resguardado diante discussões internacionais, de acordo com o próximo tema.

1.3. O Direito humano à alimentação adequada previsto na Declaração Universal dos Direitos humanos e o Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais

Existem direitos e garantias de caráter infraconstitucional previsto a partir de tratados internacionais e, em vários, o Brasil é signatário: "Tratado internacional é o acordo entre dois ou mais sujeitos da comunidade internacional que se destina a produzir determinados efeitos jurídicos." (MORAES, 2003, p. 305)

Em relação ao Direito Humano à Alimentação Adequada, a previsão está na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e sua relação com o art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, sendo uma conquista em relação a garantia do direito à alimentação como um direito fundamental. Ferreira Filho (2004, p. 101) diz que o Brasil aderiu aos Pactos, como o Pacto de São José da Costa Rica, tal norma tem força de lei ordinária. Em se tratando de direitos fundamentais, são recepcionados como normas constitucional ou legal.

Segundo Guerra e Buzanello (2007, p. 139): "A Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada como o primeiro documento internacional que reconheceu o DHAA". Os autores citam o art. 25, I, do DHAA, onde tem direito a vida adequada e, assegura, por parte do Estado, direitos para a pessoa, para sua família, incluindo o direito à alimentação: "Toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado que lhe assegure, assim como à sua família, saúde e bem-estar, que inclusive alimentação (...)".

O Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), datado de 1966, no qual a

Organização das Nações Unidas (ONU) reuniu cerca de 150 países e assumiu como membro sem reservas em 1992, sendo um dos respaldos legais que o País esteja livre da "fome", obrigando na adoção de programas. Com o caráter infraconstitucional, ocorre por vezes o conflito entre as fontes dos direitos humanos fundamentais: as fontes internacionais e as fontes nacionais e o Estado tem a soberania, refletindo sobre o interesse coletivo.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prioriza o princípio da igualdade nos direitos econômicos, sociais e culturais. Criado logo após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, na Conferência da Paz, a Organização Internacional do Trabalho (FACHIN, 2012, p.348). O Pacto objetiva promover os princípios do direito do trabalho, oportunizar emprego e renda aos trabalhadores, aumentar a eficácia social dos direitos dos trabalhadores, fortalecer as organizações do trabalho, dentre outras atividades efetivem os direitos sociais no âmbito das relações de trabalho, principalmente na inclusão de dispositivos que tratem sobre direitos sociais previstos nas Constituições. (LENZA, 2012, p.1075).

Guerra e Buzanello (2007, p. 5833) colaboram com as ideias sobre o Pacto Internacional: "(...) reconhece o direito fundamental de todo ser humano de estar livre da fome e obriga os Estados parte do PIDESC a adotar medidas e programas concretos para atingir esse fim (...)". As orientações contidas no Comentário Geral no 12 do PIDESC propõem ao Estado que fomente programa em relação ao Direito Humano à Alimentação Adequada.

A ONU instituiu em 1999 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para o monitoramento do referido acordo, formado pelos Estados Partes, onde traçam estratégias adequadas em todos os momentos e meios para com vistas a garantir tais direitos, detalhando e ampliando o conceito sobre direitos à alimentação, de acordo com Buzanello (2009, p. 5833), onde descreve o "pacote mínimo" de "nutrientes específicos" e amplia a adequação, considerando as "condições sociais, econômicas, culturais, climáticas ecológicas, entre outras".

O pacto firmado adquire "executoriedade interna", existem institutos jurídicos que respaldam caso de omissão e o Brasil está atento às

obrigações inerentes aos Estados, previstas no artigo 1º do PIDESC e reforçado no Comentário Geral nº 3 do Comitê, segundo alerta Buzanello (2009): "Mais uma vez o Comitê dos Direitos Econômicos e Sociais deixa claro sobre a necessidade de vida adequada, com alimentação e que o "Estado-Parte" deve assegurar o livre consentimento."

As conquistas firmadas até o presente momento possuem um processo histórico a nível nacional e internacional: durante anos sonha-se com os "Direitos Humanos" em suas várias formas. As duas grandes guerras mundiais ocorridas no século passado fizeram com que organizações internacionais tomassem medidas através da ONU e refletissem acerca do tema e tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um marco assinado pelo Brasil para o reconhecimento da dignidade, contribuindo a efetividade política-jurídica do País, conforme será estudado posteriormente.

2. O SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (SISAN): LEI N.º 11.346/06

2.1. A alimentação adequada como Direito fundamental do ser humano: desdobramentos da lei infraconstitucional

A Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) foi aprovada pelo Congresso Nacional em 15 de setembro de 2006 e pouco mais de uma década muito tem contribuído para a garantia da alimentação adequada como direito fundamental do ser humano.

Segundo Guerra e Buzanello (2007, p. 144-145), ações e debates sobre o tema "Alimentação" foram evidenciados: "A preocupação recente foi de 1992, com a criação da Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida, e do Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA) (...)". Os autores afirmam que a CF/88 não menciona expressamente o Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA). Nesse contexto, complementam que o direito social está disperso em vários "preceitos constitucionais" na qual o DHAA está inserido e que cabe ao Estado o cumprimento de forma progressiva. Os autores conti-

nuam a visão política-jurídica sobre o governo de Fernando Henrique Cardoso (1994/2001), com questões de alimentação e miséria poucos discutidas e implamentados pelo Programa Bolsa-Alimentação e a Portaria nº 710/99 sobre a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), do Ministério da Saúde, com diretrizes para o DHAA. Entre os anos 2002 a 2010, durante o Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ampliou a questão social, a partir do "Programa Fome Zero", articulação de três políticas destinadas para o enfrentamento da fome e da pobreza, específicas para atender as famílias e o acesso ao alimento e políticas locais sob a responsabilidade das prefeituras e sociedade civil, desenvolvendo assim a PNSAN e a criação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e recriando o CONSEA, como órgão de assessoramento imediato do Presidente da República: "destinado a propor a formulação de políticas públicas e diretrizes para a política nacional de segurança alimentar e nutricional." Tais políticas públicas ainda subsistem até os dias de hoje.

Beghin (2017) trata que em 2004 foi realizada a 2ª Conferência de Segurança Alimentar e Nutricional em Olinda contra a fome e ocorreram reinvindicações para que a alimentação fosse incluída no rol dos direitos constitucionais básicos e a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) a partir de lei infraconstitucional. Em julho de 2005 chega à Casa Civil da Presidência da República e, posteriormente, ao Congresso Nacional, a versão final e promulgação da Lei nº 11.346/2006: o SSAN nasce em 2003 como uma Lei própria, a partir de uma gestão participativa e ganha força no País e no Mundo.

No texto da Lei nº 11.346/2006, entende-se que através da Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) deve-se garantir o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, com quantidade e acesso a todos, a partir das práticas alimentares promotoras de saúde, respeitando diversidade cultural, ambiental, econômica, sendo socialmente sustentáveis, através de Políticas Públicas já assumidas é possível combater a fome e a miséria no País, incluindo agenda da SAN, envolvendo governo e sociedade civil: todos têm direito à "segurança alimentar e nutricional".

Alguns pontos são descritos na Lei 11.346/2006, como o princípio constitucional da "dignidade da pessoa humana", a universalidade e equidade no acesso, participação social e controle das políticas nas esferas governamentais e transparência no que diz respeito aos recursos públicos e privados; a "promoção da intersetorialidade" (art. 9º, I) e a "descentralização administrativa" com a participação de governo e sociedade civil (art. 9º, II) são abordadas por Buzanello (2009, p. 5831-5832) e descritas na Lei. Evidenciam a importância do "monitoramento", de medidas que ampliem a "subsistência autônoma da população", o "orçamento e gestão" e "capacitação de recursos humanos", bem como a "agricultura tradicional e familiar", "promoção da saúde, nutrição e alimentação da população", "acesso à informação" e respeito às "múltiplas características culturais", a "conservação da biodiversidade" através da sustentabilidade como meio para garantir a permanência dos recursos disponíveis.

Nesse contexto, o Brasil deve criar um planejamento estratégico com ações voltadas para que se efetive o direito à alimentação adequada, conforme orientações das legislações infraconstitucionais vigentes, principalmente em relação às diretrizes que constam no Decreto nº 7.272/2010 tema do próximo ponto a ser abordado neste trabalho.

2.2. Diretrizes da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) e Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PLANSAN): Decreto n.º 7.272/2010

Para chegar ao conhecimento das diretrizes, se faz necessário o conhecimento do Decreto nº 7.272/2010, onde regulamenta a Lei nº 11.346/2006 e cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN e estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PLANSAN.

Corroborando com a visão política-jurídica, o Ministério do Desenvolvimento Social criou, a partir do Decreto nº 6.273/2007, a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN) e,

posteriormente, o Decreto nº 7.272/2010 dispôs sobre a gestão, mecanismo de financiamento, monitoramento e avaliação do SNSAN, bem como a forma de elaboração do PLANSAN e as atribuições de cada sistema para a elaboração do PLANSAN, sendo revisados a cada dois anos. (SANTARELLI E LEÃO, 2012) Observa-se a visão política-jurídica, levando-se em consideração o Planejamento das Políticas Públicas a partir da lei infraconstitucional, onde determina que o Plano Nacional de SAN seja o "resultado de pactuação intersetorial", construído a partir das prioridades do CONSEA e deliberações da Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, vigente no período do Plano Plurianual (PPA), previsto no art. 165 da CF/88 e regulamentado pelo Decreto nº 2.829/98 com medidas, gastos e objetivos a serem seguidos pelo Governo Federal durante 04 (quatro) anos, bem commo requisitos mínimos para formalização dos Estados através do "Termo de Adesão", segundo art. 11, §2º, III, do Decreto nº 7.272/2010.

A partir de estudos de Brasil (2017), observa-se que em novembro de 2015 foi realizado um novo Plano a partir das propostas priorizadas na V Conferência Nacional de Segurança Alimentar e iniciativas de Programas Temáticos do Plano Plurianual (PPA 2016-2019) e aprovada, a partir das 08 (oito) diretrizes do Decreto nº 7.272/2010. A versão preliminar discutida e deliberada pelo Comitê Técnico de Monitoramento do II PLANSAN 2016-2019 da CAISAN foi apresentada e aprovada na XXI Plenária do CONSEA, facilitando a implantação de uma das Diretrizes Estratégicas sobre DHAA, de acordo com Brasil (2017): "Garantia do direito humano à alimentação adequada e saudável, com promoção da soberania e da segurança alimentar e nutricional".

A proposta aqui é deixar o registro que os debates acerca dos temas aqui expostos, tão relevantes, ainda suscitam grandes reflexões e enquanto pesquisador e operador do Direito cabem o envolvimento pelos direitos fundamentais neste trabalho tratado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa possibilitou uma análise acerca do Direito Humano à Alimentação Adequada, fundamentado por legislações in-

ternacionais e nacionais, em especial sobre a Lei nº 11.346/2006, em consonância com a Constituição Federal de 1988, um direito social e que possui respaldo como direitos fundamentais, bem como as doutrinas ora pesquisadas.

Os Tratados Internacionais colaboram para a efetividade política-jurídica no País e, em relação ao Brasil, há uma articulação com vários atores envolvidos nesse processo, que possibilitam a promoção e viabilização de uma alimentação a partir das diretrizes e objetivos do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

O referido trabalho propôs, de forma clara, refletir que através do ordenamento jurídico brasileiro é possível acabar com a crise em relação à alimentação, considerando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para a efetivação da dignidade da pessoa humana é necessário assegurar o mínimo de respeito às necessidades inerentes ao ser humana, minimizando ou erradicando questões como miséria, fome e morte: torna-se inaceitável, em pleno século XXI, o Estado Democrático de Direito permanecer com a ausência da garantia de direitos humanos fundamentais.

Nesse contexto, Estado, família, sociedade civil, enfim, todos envolvidos como atores nesse processo, colaborar para a efetivação das leis e políticas públicas já existentes, assegurando a produção de alimentos a nível nacional e internacional, em cooperação com organismos internacionais, conforme prevê os dispositivos legais.

Observa-se o "empoderamento" à sociedade civil, ou seja, delegou-se autoridade através dos Conselhos, autonomia e participação na garantia efetiva dos direitos humanos, a partir dos movimentos sociais organizados e demais instituições.

O combate à fome e à miséria no Brasil foi impulsionado pelos compromissos assumidos desde 2003 pelo Governo Federal, diante a articulação do executivo, legislativo e sociedade civil, numa visão intersetorial, para a tomada de ações como a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN); a recriação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA); a instalação da Câmara Intersetorial de Segurança Alimentar e Nutricio-

nal (CAISAN); e a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PLANSAN 2012/2015).

O Direito Humano à Alimentação ainda é um desafio: para pessoas e comunidades que vive situações de insegurança alimentar, para os órgãos que são responsáveis pela política alimentar. A promoção da alimentação saudável deve-se levar em consideração o combate à desnutrição, doenças infecciosas e o sobrepeso devido aos hábitos alimentares inadequados.

A ampliação do conceito de Segurança Alimentar e Nutricional debatido em nível internacional e adotado pelo nosso País, permite a garantia do Direito Humano à Alimentação Adequada, através da preocupação com a produção e do acesso aos alimentos, de forma qualitativa e quantitativa e, consequentemente, atingindo outras necessidades essenciais do ser humano.

Como um direito fundamental, o direito à alimentação possui grande importância na Constituição Federal e deve garantir o Direito Humano à Alimentação Adequada não só como programa, mas responsabilidade e dever do Estado.

Eis aqui reflexões acerca da responsabilidade do Estado e sociedade civil, no sentido de respeitar, proteger, promover e prover os Direitos Humanos, em especial ao Direito Humano à Alimentação Adequada e sua efetividade política-jurídica a partir do Sistema de Segurança Alimentar e Nutricional, da Política Nacional de Alimentação e Nutrição e do Programa Nacional de Alimentação Escolar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Lima de. Alimentação adequada como direito fundamental: **desafios para garantir a efetivação. Revista Internacional de Direito e Cidadania.** n.º 8, p. 55-70, out/2010.

BEGHIN, Nathalie. **11 anos de Lei de Segurança Alimentar e Nutricional - um depoimento.** Publicado em 15/08/2017. Disponível em: http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do--inesc/2017/agosto/do-assentamento- para-a-sua-mesa-1-ano--de-armazem-do-campo/11-anos-de-lei-de-seguranca- alimen-

tar-e-nutricional-2013-um-depoimento/ Acesso em: 02 nov. de 2017.

BRASIL. **A Segurança Alimentar e Nutricional e o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil: indicadores e monitoramento da Constituição de 1988 aos dias atuais.** Brasília: CONSEA, 2010.

____. **Guia alimentar para a população brasileira: Promovendo a alimentação saudável.** Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Coodenação-Geral da Política de Alimentação e Nutrição. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Diário Oficial da União [da República Federativa do Brasil], Brasília.

____. **Lei 11.346,** de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 15 set. 2006.

____. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

____. **Comentário Geral n.º 12. Direito Humano à Alimentação Adequada, 1999.** Disponívelem: <http://www.abrandh.org.br/download/20100702204835.pdf.> Acesso em: 15 out. 2017.

____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

____. **Decreto n.º 7.272,** de 25 de agosto de 2010. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Pla-

no Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 ago.2010.

____. **Emenda Constitucional n.º 64,** de 04 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 04 fev. 2010.

____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966.** Disponível em: **<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20 Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf.> Acesso em: 15 out. 2017.**

____. Presidência da República. **Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.go.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 15 out. 2017.

____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Conselho Deliberativo. **Resolução nº 38**, de 16 de julho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional da Alimentação Escolar - PNAE. Disponível em: <www.fnde.gov.br/arquivos/category/60-2012?download=57...16072009> Acesso em: 15 out. 2017.

____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Conselho Deliberativo. **Resolução nº 26**, de 17 de julho de 2013. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional da Alimentação Escolar - PNAE. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/fndelegis/action/UrlPublicasAction.php?acao=getAtoPu blico&sgl_tipo=RES&num_ato=00000026&seq_ato=000&vlr_ano=2013&sgl_or gao=FNDE/MEC>Acesso em: 15 out. 2017.

____. **Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN)**. I Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: 2012/2015. Brasília: MDS. CONSEA, 2011.

____. **Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN)**. II Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: 2016/2019. Brasília: MDS. CONSEA, 2017.

____. **Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN)**, n.° 11.345, de 15 de setembro de 2006.

____. **Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome**. Fome Zero: Uma História Brasileira. Brasília: MDS, 2010.

Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **A Segurança Alimentar e o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil**: Indicadores e monitoramento da Constituição de 1998 aos dias atuais. Brasília, 2010;

BUZANELLO. Fundamentos Jurídicos do Direito à Alimentação. Anais do XVIII Congresso Trabalho publicado nos **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP** nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2024. pdf> Acesso em: 15 out. de 2017.

BURITY et al. **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional.** Brasília, DF: ABRANDH, 2009.

CÂMARA INTERMINISTERIAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. **I PLANSAN 2012-2015.** Brasília, DF: MDSA, CAISAN, 2012.

____. **II PLANSAN 2016-2019.** Brasília, DF: MDSA, CAISAN, 2017.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 out. de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.**

Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, D. **Alimentação do Escolar.** Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Educação e Saúde, 1948.

DE TONI, Jackson. **Planejamento e Elaboração de Projetos**. Um desafio para a gestão no setor público. Porto Alegre, 2003;

DIOUF, Jacques. **O direito à alimentação.** 2014. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/artigos/artigo-201co-direito-a- alimentacao201d>. Acesso em: 15 out. 2017.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Mônica Gomes. **Direito Humano à Alimentação Adequada.** 2010. 53 f. Monografia (especialização). Curso de Política e Representação Parlamentar, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **O perfil da extrema pobreza no Brasil com base nos dados preliminares do universo do Censo 2010**.

Disponível em: <http://www.brasilsemmiseria.gov.br/wp- content/themes/bsm2nd/perfil_extrema_pobreza.pdf>. Acesso em 20 de Abril de 2017.

FONSECA, W. S. da. **Bases da alimentação escolar**. Rio de Janeiro, Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS), 1953. (Coleção Ensaio e Debate Alimentar, v. 1).

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GUERRA, Sidney; BUZANELLO, José Carlos. **Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar III.** Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos:** uma história. Curitiba: A Página, 2012.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD/IBGE) 2010.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br> Acesso em: 15 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Agropecuário**. Brasília: 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE).

Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD). Brasília: IBGE, 2004- 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

____. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO *et al.* **A Construção da Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil.** Revista Simbio-Logias. Botucatu, vol. 2, n.º1, mai, 2009.

MENDOZA et al. **Direito à Vida, Direito à Saúde e Direito à Alimentação Adequada.** Direitos Humanos na internet: DHnet.Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/mediar_conflitos/curso_m_conflitos_modulo_03.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso; GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **O Direito Humano à Alimentação Adequada:** revisitando o pensamento de Josué de Castro. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 12, n.º 95, out/jan, 2009/2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2003.

____. **Direito Constitucional.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO et al. **Avanços e Desafios da Implementação do Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil.** Relatório Técnico. Brasília, Rio de Janeiro: ABRANDH; CERESAN; FAO-RLC/ALCSH, 2009.

ONU – **Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em:

<http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet. pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2017.

PEIXINHO, Albaneide Maria Lima. **Um resgate histórico do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE**. São Paulo: UFSC, 2011. Disponível em: <http://www2.unifesp.br/centros/

cedess/mestrado/teses/tese_135_resgate_historico_ pnae_%20albaneide_peixinho.pdf> Acesso em: 02 nov. de 2017.

PIRES, V. A. **Participação da Sociedade nos processos orçamentários: a experiência brasileira recente em Finanças Públicas**. STN/ESAF, Brasília, 2001.

RAMOS, L. R.. 794. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 19(3):793-798, mai-jun, **2003**. Capacidade funcional: um novo paradigma em saúde.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** Disponível em:

<www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2017.

RODRIGUES, J. **Alimentação Popular em São Paulo (1920-1950): políticas públicas, discursos técnicos e práticas profissionais.** An. mus. paul. vol. 15 nº 2. São Paulo - july/dec. 2007.

SANTARELLI, Mariana; LEÃO, Marília. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.** Disponível em: <http://plataforma.redesan.ufrgs.br/biblioteca/pdf_bib.php?COD_ARQUIVO=17306> Acesso em: 02 nov. de 2017.

SANTILLI, Juliana. **Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores.** São Paulo: Petrópolis, 2009.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, A. **De Vargas a Itamar:** políticas e programas de alimentação e nutrição. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103- 40141995000100007> Acesso em: 15 out. 2017.

TONIN, M. M.; COLUCCI, M. G. **Direito Humano à Alimentação Adequada e a Segurança Alimentar e Nutricional da Criança e do Adolescente.** 2010. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/seguranca- alimentar-e-nutricional/a-seguranca-alimentar-e-nutricional-e-o-direito-humano-a- alimentacao-adequada-no-brasil-indicadores--e-monitoramento/relatorio- consea.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL E A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL CAUSADO À PESSOA IDOSA

Vitória Karoliny Neves Carrijo
Gricyella Alves Mendes Cogo

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, nos dias atuais, vem apresentando modificações na pirâmide demográfica populacional. A quantidade de pessoas idosas, no país, desenvolve-se em virtude do aumento da expectativa de vida, levando em consideração as transformações da medicina e as condições de vida da população.

O amparo afetivo dos familiares, durante essa fase da vida, é de grande importância, vez que apresenta benefícios à saúde e ao bem-estar da pessoa idosa, possibilitando-lhe uma vida digna. Entretanto, por mais que a afetividade da família, em especial dos filhos, seja de enorme valor, ainda existe ampla incidência de idosos que sofrem pela omissão de afeto, no Brasil.

Desse modo, o tema proposto é o abandono afetivo inverso no Brasil e a possibilidade de indenização pelo dano moral causado à pessoa idosa, pelo qual buscou-se responder à seguinte indagação: caso seja reconhecida, em lei, a indenização, em virtude das consequências advindas do abandono afetivo inverso, no Brasil, ela será eficaz?

Nesse contexto, o artigo tem como objetivo maior compreender se o reconhecimento da indenização em razão do dano moral causado à pessoa idosa pelo abandono afetivo inverso será realmente eficaz, levando em consideração o estágio de vida em que se encontra.

No tocante ao processo metodológico utilizado, entendeu-se que se trata de uma pesquisa básica, cujo objetivo foi gerar conhecimentos relevantes a respeito do abandono afetivo de pessoas que vivenciam a terceira idade, sem esperar uma aplicação prática dos resultados do estudo.

Quanto à forma de abordagem, foi realizada uma pesquisa quanti-qualitativa, pois foi possível compreender o tema por meio de informações quantificáveis e, além disso, utilizaram-se dados narrativos, considerando as particularidades e experiências individuais a respeito da ausência afetiva vivenciada pelos idosos.

Tudo isso aliou-se à pesquisa exploratória, tendo em vista que foi realizada a familiaridade com o tema em discussão, valendo-se de levantamento bibliográfico e entrevistas com pessoas que lidam com idosos que vivenciam a ausência de carinho, atenção, amor e cuidados por parte da prole.

Ademais, acrescentou-se uma pesquisa bibliográfica, pois foram utilizados materiais publicados, importantes para o desenvolvimento do artigo, tais como: Brasil (1988) e Brasil (2003).

Por conseguinte, foi desenvolvida uma pesquisa de campo, com entrevista a funcionários e ao responsável pelo lar de idosos de determinado Município do Estado de Goiás. Em vista disso, foi utilizada como técnica de coleta de dados, a entrevista semiestruturada.

Quanto ao método de abordagem, vislumbrou-se o método dedutivo, haja vista que o artigo se iniciou por meio de normas gerais que versam sobre os direitos das pessoas que vivenciam o envelhecimento no Brasil, para melhor compreensão a respeito da eficácia da indenização pelo dano moral, em razão do desamparo afetivo, como fenômeno particular.

Dessa forma, o método de procedimento empregado foi o comparativo, uma vez que foram observadas as semelhanças e diferenças entre o abandono afetivo dos filhos e o abandono afetivo inverso, haja

vista que a criança, o adolescente e o idoso são considerados a parte vulnerável da sociedade.

A princípio, o artigo se alicerçou na evolução histórica dos direitos da pessoa idosa no Brasil, em seguida, apresentou o direito do idoso em receber amparo familiar mediante previsão em âmbito constitucional e legislação específica. Além disso, foi mencionada a ausência afetiva de pessoas que vivem o envelhecimento no Brasil. Posteriormente, apresentou-se o abandono afetivo inverso em Projetos de Lei, levando em conta que a negligência de cuidados dos filhos em relação aos pais, na velhice, causa prejuízos que configuram o dano moral. E, além disso, foi exposta a realidade do abandono afetivo inverso em um lar de idosos.

Nessa perspectiva, o tema apresentado é de grande relevância social, pois muitos idosos que sofrem pela ausência afetiva, e, até mesmo, as demais pessoas da sociedade não têm conhecimento a respeito da possível responsabilização dos filhos que causam danos aos seus pais idosos, em razão do abandono afetivo inverso.

Por isso, também é imprescindível para o âmbito acadêmico a compreensão da possibilidade de responsabilização da prole pelo dano moral causado aos pais idosos, em virtude da omissão afetiva, levando em consideração a fase de vida em que eles se encontram e os direitos que lhes são resguardados no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA NO BRASIL

Os direitos da pessoa idosa se desenvolveram no decorrer do tempo, haja vista que são essenciais para um envelhecimento digno. Dessa forma, por mais que os idosos vivenciem a última fase do ciclo da vida, é importante o amparo pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo em vista que merecem ser tratados com respeito e igualdade.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição da República de 1891 não se preocuparam com os direitos dos idosos, e, por esse motivo, não apresentaram nenhum dispositivo a respeito da proteção e amparo daqueles que vivenciavam o envelhecimento, na época.

O primeiro documento constitucional que abordou o idoso, foi a Constituição de 1934, mas fez menção apenas em seu artigo 121, § 1°, alínea h, o qual estabeleceu o seguinte:

> Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (BRASIL, 1934).

Apesar de a pessoa idosa ter adquirido proteção, em âmbito constitucional, no ano de 1934, é perceptível que não recebia amparo completo por parte do Estado, levando em conta que este foi o único dispositivo que se atentou aos idosos.

Posteriormente, foi promulgada a Constituição Federal de 1937, período em que foi inserida a ditadura do Estado Novo. Importante mencionar que nessa época não havia preocupação com os idosos, haja vista que o texto constitucional foi direcionado apenas ao seguro de velhice, tornando-se omisso, em outros aspectos importantes para o bem-estar do idoso, tais como educação, cultura, lazer, assistência familiar, ou seja, direitos importantes para um envelhecimento digno.

Em momento posterior, originou-se a Constituição de 1946, que se atentou somente à previdência social dessa faixa etária, em virtude das consequências advindas da velhice, sendo, também, omissa, tendo em vista que não apresentou outros direitos necessários à qualidade de vida dos mais velhos.

Em seguida, surgiu a Constituição da República de 1967 que não apresentou novidades aos idosos, uma vez que apenas repetiu o que foi estabelecido na Constituição de 1946, proporcionando o mesmo direito a eles.

No ano de 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal, a qual estabeleceu uma série de direitos aos cidadãos, com o objetivo de proporcionar o respeito à dignidade da pessoa humana. Foi um marco na história dos brasileiros, vez que possibilitou benefícios que não foram abordados nas constituições anteriores para as pessoas idosas.

O texto constitucional não apresentou diversos artigos específicos aos idosos, mas, em virtude de estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, é notório que as demais normas previstas no documento são interpretadas de maneira ampla e, por isso, se aplicam também aos idosos.

No ano de 1994, foi promulgada a Lei n° 8.842 que discorreu sobre a Política Nacional do Idoso, pois a intenção foi proporcionar direitos sociais, possibilitando-lhe melhores condições de vida, demonstrando que, mesmo idosos possuem autonomia e direito de participar da sociedade. Em seguida, surgiu o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos (CNDI), órgão que tem como objetivo criar diretrizes para a elaboração e execução da Política Nacional do Idoso, e, além disso, acompanha e analisa a execução da Política Nacional do Idoso.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n° 10.741/2003 que recebeu o nome de Estatuto do Idoso, legislação que se preocupou especialmente com a pessoa idosa, possibilitando-lhe diversos direitos e garantias. Diante disso, discorreu sobre questões de direito previdenciário, civil, processual civil, bem como penal, entre outros.

Sendo assim, o objetivo do Estatuto foi promover o amparo aos que vivenciam o envelhecimento, possibilitando-lhes uma proteção integral, levando em conta as dificuldades enfrentadas, em razão da idade em que se encontram.

3 DIREITO AO AMPARO FAMILIAR - PREVISÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL E EM LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

No que diz respeito aos benefícios previstos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, é importante destacar que o idoso possui direito de receber cuidados de sua família, pois há previsão, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Estatuto do Idoso, tendo em vista que o amparo da família, durante o envelhecimento, é de grande relevância para o seu bem-estar.

Em virtude de a Constituição Federal de 1988 objetivar a proteção da dignidade da pessoa humana, em especial daqueles que se encontram com idade igual ou superior a sessenta anos, a referida Carta Magna estabelece,

em seu artigo 229, que: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (BRASIL, 1988).

É notório que a norma constitucional busca a reciprocidade de deveres entre pais e filhos, haja vista que a infância e o envelhecimento são fases da vida que necessitam de assistência, especialmente da família.

Também é importante mencionar o que dispõe o artigo 230 do mesmo documento constitucional: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (BRASIL, 1988).

O texto constitucional demonstra a relevância da presença da família na vida daqueles que vivem a terceira idade, por isso, estabelece o dever de amparo, com o intuito de permitir o exercício de direitos e, assim, o respeito à dignidade humana, haja vista que somente o papel da sociedade e do Estado não é suficiente para a efetivação de direitos da pessoa idosa.

Além disso, o Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/03) também se posiciona a respeito dos cuidados e proteção dos idosos pelos seus familiares:

> Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003).

É importante destacar que o Estatuto do Idoso se adequa ao que estabelece a Constituição Federal, enfatizando, também, o direito da pessoa idosa em receber assistência de sua família, com intuito de lhe assegurar a proteção e a qualidade de vida merecida. A família representa um papel essencial na vida dos idosos, não apenas no que diz respeito ao apoio material, mas também afetivo, atitude que proporciona efeitos positivos à saúde dos mais velhos.

Existem princípios constitucionais que são importantes para a efetivação de tais direitos. O princípio da dignidade da pessoa humana é universal, e, por meio dele, desenvolvem-se os demais princípios, tendo em vista ser ele a base de todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois viabiliza a proteção e o respeito, independente das diferenças existentes entre as pessoas, haja vista que a dignidade humana é uma característica inerente a todo ser humano.

O princípio da solidariedade familiar estabelece que todos terão que ser solidários no ambiente familiar, ou seja, devem se preocupar uns com os outros, cabendo aos pais o dever de proporcionar assistência aos seus filhos e estes, também, amparar seus pais na velhice, existindo, assim, uma reciprocidade.

O princípio da convivência familiar permite ao idoso permanecer junto de sua família, uma vez que esta é a base da sociedade. Por isso, busca-se a família como preferência para a convivência daqueles que vivem o envelhecimento.

Por conseguinte, o princípio da afetividade não tem previsão expressa no Estatuto do Idoso, mas possui grande relevância, vez que se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana. Torna-se, dessa forma, essencial ao direito de família, pois possibilita aos idosos a convivência afetiva com seus familiares, uma vez que o afeto contribui para a saúde e o bem-estar daqueles que vivem a velhice.

Além disso, o princípio da proteção integral tem como objetivo preservar a saúde física e mental das pessoas idosas, possibilitando-lhes meios que assegurem o exercício de seus direitos e, com isso, o respeito à dignidade humana.

Contudo, por mais que existam normas e princípios que asseguram direitos aos idosos, muitos ainda não vivem conforme preza a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, tendo em vista que, atualmente, no Brasil, existem diversos que sofrem pela ausência afetiva de seus filhos.

4 AUSÊNCIA AFETIVA VIVENCIADA PELA PESSOA IDOSA NO BRASIL

No decorrer do tempo, foi reconhecida a figura do abandono afetivo, pois refere-se à ausência provocada pelo pai ou pela mãe, bem

como por ambos, aos filhos, no que diz respeito à educação, atenção e cuidados, ou seja, não se relaciona ao desamparo de recursos materiais, mas moral. Inclusive, já existem julgados a respeito da responsabilização de pais que deixaram de prestar assistência afetiva a sua prole e, em consequência disso, causaram prejuízos psicológicos aos seus filhos, configurando, assim, o dano moral, vez que a ausência de cuidados, em muitos casos, afeta o desenvolvimento do menor.

A ausência afetiva também é vivenciada por muitos idosos, no Brasil, em virtude do abandono causado pelos filhos aos pais, durante a velhice. Por mais que a presença da prole na vida dos pais idosos seja importante para uma qualidade de vida e, mesmo existindo normas que estabeleçam o dever de cuidado, muitos ainda vivenciam a carência de atenção, amor, carinho e cuidados de seus filhos.

Essa situação foi reconhecida como abandono afetivo inverso, conceituado por Jones Figueiredo Alves, como:

> A inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família (ALVES, 2013).

O abandono afetivo dos filhos se assemelha ao abandono afetivo inverso, haja vista que ocorre apenas inversão dos polos entre pais e filhos, e, além disso, a pessoa idosa, assim como a criança e o adolescente, está sujeita a vivenciar problemas psicológicos devido à ausência de afeto, seja depressão, crises de pânico, estresse, entre outras dificuldades que impossibilitem uma vida saudável, violando, assim, a dignidade humana.

A criança, o adolescente e o idoso são considerados a parte vulnerável da sociedade, por isso, demandam atenção e cuidados, o que possibilita maior proteção e respaldo, como forma de proporcionar melhores condições de vida, considerando que a Carta Máxima estabelece que os pais possuem o dever de amparar seus filhos, enquanto menores de idade, e estes, de cuidar de seus pais idosos.

Sendo assim, já existem projetos de lei e entendimentos nos tribunais a respeito do direito da pessoa idosa em requerer a devida indeni-

zação pela ocorrência do dano moral, causado em virtude da ausência afetiva, bem como levando em conta que as consequências do abandono afetivo inverso são semelhantes à do abandono afetivo dos filhos.

ABANDONO AFETIVO INVERSO EM PROJETO DE LEI

Por mais que atualmente não exista previsão legal a respeito da responsabilização dos filhos que causarem danos aos pais idosos, devido ao abandono afetivo inverso, já existem projetos de lei e até mesmo posicionamentos nos tribunais a favor dessa questão.

Em 2008, por iniciativa do Deputado Carlos Bezerra, foi elaborado Projeto de Lei n° 4.294, com o intuito de inserir, no Código Civil de 2002 e no Estatuto do Idoso, parágrafo estabelecendo a indenização por dano moral, em virtude do abandono afetivo da pessoa idosa. Entretanto, ainda aguarda designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Posteriormente, no ano de 2016, foi apresentado outro Projeto de Lei n° 4.562, pelo Deputado Francisco Floriano, com o mesmo propósito, e, além disso, foi inserido, em apenso, outro Projeto de Lei n° 6.125, de autoria do Deputado Vicentinho Júnior, com intuito criminalizar o abandono afetivo inverso, permitindo a conversão da pena privativa de liberdade em indenização pelo dano moral causado aos idosos.

Em 2019, foi proposto pelo Senador Lasier Martins mais um Projeto de Lei de n° 4229, com a finalidade de acrescentar capítulo específico no Estatuto do Idoso a respeito da importância dos vínculos afetivos e do dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos, determinando a responsabilização civil da prole pelo dano moral causado em virtude do abandono afetivo inverso.

Os projetos de lei preveem a responsabilização dos filhos, em virtude da ocorrência do dano moral, por esse motivo, é importante esclarecer que "[...] o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente." (FILHO; GAGLIANO, 2018, p.113).

É notório que o dano moral se caracteriza pela violação da dignidade da pessoa humana, pois atinge a saúde psíquica do sujeito, sendo impossível mensurar o sofrimento dos idosos em razão da ausência de seus filhos.

A respeito do dano moral, o inciso X, do art.5° da CF/88, estabelece que "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988)". Evidente que o dano moral provoca a violação dos direitos da personalidade da pessoa idosa, e, por isso, busca-se a responsabilização da prole.

O Código Civil de 2002 também apresenta previsão a respeito da responsabilização pelo dano moral:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> [...]Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Desse modo, o dano moral é um dos requisitos necessários da responsabilidade civil, logo, para que exista a indenização prevista nos projetos de lei, será imprescindível que ocorra a conduta omissiva da prole, no que diz respeito aos cuidados com seus pais idosos, sendo evidente que os filhos tenham culpa a respeito da omissão. Além disso, deverão surgir danos psicológicos que violem a honra, a dignidade e a personalidade do idoso, como também o nexo de causalidade, ou seja, deverá ocorrer um elo entre a conduta da prole e o dano causado ao pai idoso.

A indenização almejada nos projetos de lei possui caráter pedagógico e sancionatório, tendo como intuito ensinar e punir os filhos que, em muitos casos, não compreendem a importância dos cuidados aos pais idosos, vez que somente recursos materiais não são suficientes para a qualidade de vida daqueles que vivenciam a terceira idade.

O intuito da indenização não é de punir a prole por não proporcionar o amor aos seus pais idosos, haja vista que não é possível exigir

tal sentimento, pois deve surgir de maneira espontânea por parte dos filhos, vez que não se pode obrigar alguém amar outra pessoa. A intenção da indenização é de apenas responsabilizar os filhos que causarem danos morais aos pais idosos, devido ao abandono afetivo inverso, uma vez que o Ordenamento Jurídico possibilita a responsabilização daqueles que o provocarem.

Desse modo, a indenização prevista nos projetos de lei será cabível, quando o abandono afetivo provocado pela prole violar os direitos de personalidade dos pais idosos, por isso, é importante esclarecer que somente o fato de os filhos abandonarem afetivamente seus pais idosos, sem que essa conduta provoque danos, não ensejará a responsabilização, sendo exigível que lhes provoque o dano moral.

Vale ressaltar, ainda, que a indenização pelo dano moral causado ao sujeito idoso será exigível em determinado valor em pecúnia, levando em consideração o dano sofrido por cada idoso, tendo em vista que as consequências da ausência de cuidados dos filhos aos pais idosos podem se diferenciar em cada caso.

6 REALIDADE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO EM LAR DE IDOSOS

Foi desenvolvida pesquisa de campo em um Asilo de idosos de determinado Município do Estado de Goiás, no mês de dezembro de 2019. Diante disso, foi realizada entrevista com três funcionários e uma pessoa responsável pela instituição, tendo como objetivo analisar se os idosos que residem no lar vivenciam o abandono afetivo inverso, uma vez que os entrevistados lidam constantemente com idosos.

Inicialmente, foi questionado a respeito do modo de ingresso dos idosos no lar, e, em razão disso, todos os entrevistados argumentaram que ocorre por iniciativa familiar, afirmando que, geralmente, aqueles que procuram a instituição alegam não possuírem tempo e condições para realizar os cuidados demandados pela pessoa idosa, pois justificam ter que trabalhar, estudar e, até mesmo, não conseguir cuidar.

Dessa forma, a funcionária "B" afirmou que existem pessoas que mentem para o idoso, afirmando que ele irá residir ali, por determinado período, com o intuito de receber tratamentos que proporcionem me-

lhores condições de saúde e, além disso, muitos justificam que terão que realizar viagens, temporariamente, porém, não voltam, e muitos permanecem na esperança de poder conviver com a família novamente.

Foi informado pela responsável que a instituição atende 73 idosos e, dentre essa quantidade, todos os entrevistados afirmaram que somente em torno de 5 a 10 idosos recebem visitas frequentes da família, em especial dos filhos. Diante disso, o entrevistado "C" afirmou que a maioria dos idosos são esquecidos pelos seus familiares, a partir do momento em que passam a residir no abrigo.

Ademais, foi questionado aos entrevistados, se durante o período de cuidados aos idosos, identificam que eles sentem ausência da família, no tocante a seus filhos e, em virtude disso, a responsável pela instituição alegou que muitos demonstram-se triste, e, mesmo assim, alguns ainda desculpam a família pela ausência.

A funcionária "E" argumentou que muitas vezes, ao ouvir as lamentações dos idosos a respeito da ausência de seus familiares, sente-se sensibilizada, principalmente quando se refere àqueles que possuem parentes que residem na mesma cidade em que se localiza a instituição e nunca realizaram visitas. Todos afirmaram que a ausência familiar afeta a saúde física e mental dos idosos, sendo a depressão e a agressividade o mais comum.

A responsável pela instituição afirmou que alguns idosos recebem atendimentos psiquiátricos e, com isso, fazem o uso de medicações. Tudo isso porque sentem falta da família, o que provoca, também, muitas vezes, tentativas de fuga. Além disso, informou que na instituição já houve casos de morte de idosos por conta da depressão, pois não conseguem se adaptar longe da família. Inclusive, atualmente, há idosos que enfrentam essa dificuldade.

Na sequência, a entrevistada "E" informou que houve o caso de uma idosa que era maltratada e violentada pela própria filha, em sua casa, e, ao encaminhá-la para a instituição, mentiu que seria um hospital e vendeu a casa em que a idosa residia. Ao descobrir que estava em um lar de idosos, revoltou-se, pois, mesmo sendo humilhada por sua filha, ela queria retornar para sua residência, mas não ocorreu como ela desejava. Desenvolveu depressão a ponto de falecer.

Todos os entrevistados esclareceram que há diferença de comportamento entre os idosos que recebem visitas da família em relação àqueles que não recebem, pois muitos questionam a ausência de seus filhos e demais parentes, ao perceberem a presença de famílias de outros idosos realizando visitas.

Por conseguinte, foi questionado sobre a opinião de cada um a respeito da eficácia da indenização em virtude do dano moral causado à pessoa idosa pelo abandono afetivo inverso, e, em resposta, três pessoas afirmaram não ser eficaz, alegando que a indenização em pecúnia não supre as necessidades demandadas pelos idosos.

Em contraposição a funcionária "E" esclareceu que se trata de uma questão relevante e que será eficaz, tendo em vista que muitos filhos encaminham seus pais ao lar não por motivos de necessidade, mas pelo fato de não conseguirem lidar com o envelhecimento, por esse motivo, a responsabilização é necessária.

Além do mais, afirmou que um pai e uma mãe podem cuidar de quantos filhos forem possíveis, porém, os filhos não conseguem cuidar de seus pais idosos, sendo uma triste realidade. E, com isso, concluiu, afirmando que o papel da família se torna de grande importância na vida da pessoa idosa.

Diante das informações apresentadas na entrevista, é notório que, na prática, ou seja, na realidade, não ocorre como demanda a CF/88 e o Estatuto do Idoso, haja vista que grande parte dos idosos não recebem amparo familiar, pois, muitas vezes, são esquecidos pelos seus filhos, em virtude da necessidade de cuidados.

Muitos filhos, ao encaminharem seus pais à instituição, não se preocupam com o seu bem-estar e os laços afetivos, o que provoca a violação dos direitos da pessoa idosa previstos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, vez que os cuidados e atenção recebidos no lar não suprem a ausência familiar.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do aumento da população idosa, no Brasil, busca-se cada vez mais proporcionar direitos que assegurem uma vida digna

àqueles que perpassam pelo envelhecimento, haja vista que a tendência de pessoas que vivenciam a terceira idade irá se desenvolver cada vez mais no decorrer dos próximos anos.

Diante disso, o objetivo desejado com o desenvolvimento do artigo foi cumprido, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso são documentos de grande importância na evolução histórica dos direitos da pessoa idosa, pois discorrem sobre o direito ao amparo familiar, estabelecendo o dever de cuidados pelos filhos aos pais idosos, no aspecto material e moral.

Entretanto, mesmo existindo normas e princípios que demonstrem a importância da família para a saúde física e mental daqueles que se encontram na última fase do ciclo da vida, muitos idosos ainda sofrem pela ausência afetiva da prole, o que recebeu o nome de abandono afetivo inverso, sendo essa uma das formas de violação dos direitos da pessoa idosa, vez que impossibilita uma existência digna.

Por isso, a responsabilização dos filhos objetivada em projetos de lei, em razão do dano moral causado aos pais idosos, é de suma importância, haja vista que possui caráter pedagógico e sancionatório, ou seja, visa ensinar e punir os filhos que imaginam que somente bens materiais são suficientes para a qualidade de vida dos pais idosos.

A indenização prevista nos projetos de lei será cabível, quando o abandono afetivo inverso violar os direitos de personalidade dos idosos, razão pela qual é importante esclarecer que somente o abandono afetivo não ensejará a responsabilização da prole, sendo exigível que cause o dano moral à pessoa idosa, seja por meio de depressão, crises de pânico, estresse, entre outras dificuldades que configurem o dano moral, impossibilitando, assim, uma vida digna.

O dano moral é previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, tendo em vista que ele resulta da violação da dignidade da pessoa humana, vez que atinge a saúde psíquica do sujeito, motivo pelo qual busca-se responsabilizar os filhos que, por meio do abandono afetivo, provocam o dano moral aos pais idosos.

Desse modo, a indenização terá como objetivo compensar o sofrimento dos idosos, vez que não há possibilidade de reparar o dano causado, razão pela qual trata-se de um direito de grande importância

para a pessoa idosa, vez que não existem formas de impor que os filhos a valorizem e a amem, porém, é importante possibilitar ao prejudicado o recebimento da referida indenização pelo dano que lhe foi causado.

Além do mais, a indenização pelo dano moral causado ao sujeito idoso será cumprida por determinado valor em pecúnia, conforme o dano sofrido, em cada caso, tendo em vista que as consequências provocadas pelo abandono afetivo inverso podem se diferenciar em cada situação vivenciada.

Contudo, mesmo a indenização sendo de grande valor para aqueles que vivenciam o envelhecimento, ela não será eficaz, tendo em vista que, para isso, qualquer que seja o projeto de lei, ao ser aprovado, deverá alcançar os resultados desejados, ou seja, fazer com que todos os filhos que causarem o dano moral aos pais idosos se responsabilizem pela conduta, o que, infelizmente, na realidade, não ocorre como demanda a teoria.

Antes mesmo de estabelecer o abandono afetivo inverso, em lei, nos tribunais, já se discute a respeito dessa questão, tendo como base o que estabelece a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso. E, mesmo diante desse posicionamento, são raros os casos de idosos que requerem a responsabilização de seus filhos pelos danos sofridos em virtude do abandono afetivo inverso.

A ausência afetiva da família resulta em diversas consequências, como foi visualizado na entrevista aos funcionários do lar de idosos, sendo a agressividade e a depressão as mais comuns. A depressão se refere a um problema psicológico que provocou o óbito de idosos que residiam no lar, por isso, é evidente que a presença da família na sua vida apresenta benefícios à sua saúde.

Entretanto, diversos idosos sofrem por reconhecerem a ingratidão e a omissão de cuidados de seus filhos, porém, não veem o Poder Judiciário como forma de solucionar a situação vivenciada, razão pela qual, mesmo os projetos de lei apresentando conteúdo relevante para a proteção dos idosos, até o momento atual, não serão eficazes.

Muitos idosos, no Brasil, que vivenciam a ausência afetiva de seus filhos ainda perdoam a conduta omissiva da sua prole, como é o caso daqueles que residem no asilo de idosos do referido Município do Es-

tado de Goiás, pois desejam estar próximos de seus filhos, mesmo sabendo que eles não queiram.

De fato, seria de grande relevância se, na prática, os idosos que sofressem pela ausência familiar requeressem a responsabilização dos filhos e, por meio dela, se sentissem satisfeitos e respeitados, porém, a realidade dos idosos do Brasil não corresponde ao que objetivam os projetos de lei.

Sendo assim, mesmo com a aprovação de qualquer dos projetos de lei, é perceptível que muitos idosos, no Brasil, ainda irão sofrer pelos danos, em virtude da ausência afetiva de seus filhos, isto é, ainda haverá violação da dignidade humana daqueles que merecem maior proteção e respeito pela família, sociedade e Estado, conforme preza a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do idoso e demais legislações pertinentes.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 16 jul. 2013. Entrevista concedida a Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: http://www.ibdfam. org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 05 set. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406 .htm. Acesso em 15 de set. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. DF: Presidência da República, [1988]. Dis-

ponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/ constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934. **DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao/constituicao34.htm. **Acesso em** 05 set. 2019.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil - Responsabilidade civil v. 3:** 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https:// integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172795/ cfi/0!/4/4@0.00:32.9. Acesso em: 02 set. 2019.

A QUEBRA DO SIGILO FISCAL APLICADO À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: BREVE ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE E A POSSÍVEL AFRONTA A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Débora Manke Vieira
Fabrizio Bon Vecchio

INTRODUÇÃO

A legislação sobre sigilo fiscal evoluiu no sentido de dar maior autonomia aos agentes do Fisco, preservando o caráter sigiloso das informações, bem como as possibilidades de preservação do sigilo em relação a terceiros. Em situações de conflito entre princípios constitucionais, há que se levar em conta a ponderação entre estes, o que será efetuado vislumbrando o caso concreto.

Foi esse contexto doutrinário que influenciou fortemente a jurisprudência brasileira e vem influenciando até o presente momento – tanto no âmbito administrativo, quanto também no âmbito do Supremo Tribunal Federal - com uma série de flexibilizações relativas aos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, como o sigilo de dados que foi mitigado pelo "de dever fundamental de pagar impostos". É neste cenário que a presente pesquisa foi desenvolvida, anali-

sando de forma dogmática se a Constituição Federal permite espaço para esta corrente doutrinária, que comporta a ideia de flexibilização da legalidade e compartilhamento de dados fiscais sigilosos com qualquer órgão de investigação e administração fiscal.

A matéria, aliás, está submetida ao Plenário do STF tendo em vista o reconhecimento da sua repercussão geral sob o Tema 990, com a seguinte premissa: "Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário".

Ao longo deste artigo, revisaremos a jurisprudência das Cortes Superiores, a questão dogmática do embate entre relativização do sigilo fiscal como um direito fundamental e a interpretação extensiva que autoriza os órgãos de persecução fiscal a compartilharem dados sem a prévia autorização judicial.

1. O SIGILO FISCAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do sigilo fiscal como um direito fundamental e autônomo não provém de uma dicção literal e explícita, porém, assim como o sigilo bancário, é entendido pela doutrina como uma espécie de direito fundamental, mais precisamente no que atine à vida privada ou, ainda, à inviolabilidade de dados. Dessa forma, o sigilo fiscal como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XII) vem sendo ameaçado pela interpretação dada ao Supremo Tribunal Federal a partir de parâmetros internacionais determinados pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), quando autoriza a flexibilização do dispositivo face a necessidade estatal de assegurar a eficácia da tributação.

Isso porque em 2016, no Recurso Extraordinário n. 601.314, a Corte julgou a constitucionalidade deste dispositivo mudando seu posicionamento, o qual anteriormente entendia por inconstitucional o acesso de dados bancários pela Receita Federal sem a necessidade de decisão judicial – regra de proteção à privacidade quanto à corres-

pondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações – restrito para efeitos de instrução processual penal e de investigação criminal. Agora, a fundamentação que justificou a legalidade é baseada no dever fundamental de pagar tributos e em compromissos internacionais vinculados a evasão.

A Constituição estabelece, de forma cristalina, a regra fechada na definição do sigilo de dados como um direito fundamental. A situação é grave quando se admite a decisão de um agente diretamente interessado no caso, sem a efetiva participação judicial; vez que no Direito Tributário apenas o magistrado tem o interesse necessário para a imposição de um balanço razoável entre o interesse das partes.

Essa decisão baseada no acompanhamento da mudança de cenário do Direito Tributário Internacional não é de competência do Supremo Tribunal Federal, desviando de seu papel de protetor da Constituição em detrimento de recomendações internacionais (LEÃO, 2018, p. 190) - afinal é a doutrina que se ocupa em alargamento dos campos interpretativos.

O artigo 199 do Código Tributário Nacional autoriza o compartilhamento de informações com Estados estrangeiros, desde que estabelecido em tratado, transitando por um sistema de irrestrita proteção de dados fiscais para um sistema de cooperação internacional baseado na troca de informações, visando a restringir gradualmente as alternativas de particulares resguardarem seu patrimônio em paraísos fiscais (FERREIRA NETO; PAULSEN, 2016, p. 14), freando os esquemas tributários mais agressivos.

A necessidade de aumentar a luta contra contribuintes fraudadores não pode se tornar uma "fogueira desproporcional" para todos os valores básicos de proteção das pessoas, que constituem a base do direito internacional e o fundamento das nações civilizadas pelo mundo (PISTONE, 2014, p. 5). Não se pode dar tratamento semelhante ao contribuinte que busca se evadir da tributação, do sujeito investigado por autoridades tributárias.

A vida das pessoas não pode ser devassada além dos limites toleráveis. E a investigação direta, por escapar de qualquer controle, não é boa para a democracia. Decorrente disso, a apuração unilateral,

sob essa perspectiva afastada de qualquer garantia para o investigado, não tem lugar nas práticas republicanas que manda observar o *due process of law* contra o abuso de todos os matizes (NASCIMENTO, 2014, p. 36).

Os dados consolidados sobre movimentações financeiras ou sobre eventuais operações que, pelas suas características, não expõem significativamente a privacidade e a intimidade do titular, são elementos indicativos importantes do cometimento de ilícito. É válida a legislação que estabelece a comunicação automática ao poder público e o seu compartilhamento entre órgãos, desde que mantido o sigilo, de modo a lhes preservar da publicização.

Assim, é hígida a comunicação de operações suspeitas, por instituições financeiras, ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) e seu compartilhamento com a Receita, com a Polícia e com o Ministério Público para que sejam tomadas medidas de fiscalização e de investigação a partir de tais dados.

Relativamente a dados cobertos por sigilo, o acesso, pelo Fisco, depende da justificação da sua necessidade para o aprofundamento de uma fiscalização já iniciada e que dependa das informações para prosseguimento. Reforçando o entendimento de que não é proporcional nem adequado dar tratamento análogo ao sujeito que está sendo investigado, e àquele que, sem sombra de dúvida, já cometeu um ilícito fiscal.

O próprio legislador, através da Lei Complementar n. 105/01, realizou o juízo de ponderação, estabelecendo os requisitos necessários para o acesso, facultando ao Fisco que o solicite diretamente. Quando acessados os dados, a autoridade fiscal pode utiliza-los para as verificações próprias às suas funções, devendo, contudo, manter a sua condição de dados sigilosos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que "sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a

materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao *Parquet*."

Efetivamente, o sigilo não é propriamente quebrado, porquanto não se dá publicidade às informações coletadas. Faculta-se o acesso aos dados para viabilizar a fiscalização, mas mediante compromisso de preservação do sigilo. Fala-se, por isso, de transferência do dever de sigilo – essa possibilidade depende da análise do caso concreto, considerando as suas circunstâncias específicas e o princípio da proporcionalidade – pois as informações sobre sigilo são repassadas ao Fisco, que tem a obrigação de mantê-las sob sigilo fiscal; restando desproporcional quando repassadas ao Ministério Público, quando sem prévia autorização judicial.

A proteção ao binômio privacidade/intimidade impõe alguns cuidados, fazendo emergir o tema do sigilo das comunicações e de dados, com espeque no art. 5º, XII, da Constituição. De qualquer modo, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, admitindo ponderação. Os conflitos entre normas, resolvidos mediante juízos de proporcionalidade, desafiam decisões pela preservação do segredo, pura e simplesmente, pela permissão do acesso a outras autoridades, com transferência do sigilo, ou pelo levantamento do sigilo e publicização das informações.

Esse juízo de ponderação, por vezes, é realizado pelo próprio legislador, observado caso a caso. Envolve questões de mérito - compartilhamento ou não de dados- e de competência - se pode ser realizada pela autoridade administrativa ou se depende de decisão judicial, ou seja, a reserva de jurisdição.

2. RESERVA DE JURISDIÇÃO: RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As competências são atribuídas aos órgãos judiciários para a prática de atos específicos com previsão constitucional, implicando o afastamento da possibilidade de que determinados atos sejam praticados por outras autoridades e órgãos que não estejam autorizados por força constitucional.

No julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, restou fixado que "o postulado de reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais".

A Reserva de Jurisdição, concebida de forma específica, é utilizada para relativizar determinado direito fundamental - como o sigilo dos dados -, de forma que a restrição do direito da atividade judicante signifique uma garantia para que não se constitua um ato abusivo, mas que sua prática represente tão somente o resultado de uma ponderação dos valores protegidos em face de outros valores de igual relevância como o combate à evasão e à sonegação fiscal. É por esta razão que tais Reservas de Jurisdição surgem de forma específica e explícita, e significam a impossibilidade de que outro órgão, autoridade ou pessoa pratique certos atos, contemplados em um momento prévio à apreciação judicial, como seria normal, e como comumente ocorre com o desempenho ordinário e corriqueiro da função jurisdicional.

O poder judicial é distinto dos demais poderes, podendo ser exercido exclusivamente por agentes investidos na função de julgar. A posição constitucional do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo caráter de representatividade, exigidos para os demais órgãos de soberania. Nas palavras do Gomes Canotilho, os juízes não desenvolvem atividades de direção política, embora administrem a justiça em nome do povo; exige-se que os tribunais tenham acesso direto à Constituição e contribuam para a concretização das normas constitucionais (CANOTILHO, 1998, p. 575).

A atuação do Judiciário é repressiva e surge como regra, em função de casos particulares. Assim, o disciplinamento de choques de direitos fundamentais em situações padrões e normais ficariam carentes do disciplinamento preventivo, passando a receber tratamento, proteção e atuação estatal somente após surgir uma lide e apenas para aqueles que batessem às portas da justiça. A função de ordenação social nesses casos

deixaria de ser preventiva, geral e abstrata para ser repressiva (diante do surgimento de uma lide ou de seu justo receio), individual e concreta (FILHO, 2010, p. 4480). Afinal, normas de coerção são ao mesmo tempo normas de liberdade, pois dotadas de uma estrutura "reflexiva". O Direito retira de sua própria Constituição as condições de sua legitimidade (MELO, 2005, p. 67).

A cláusula de reserva de jurisdição consiste em confiar ao âmbito Judiciário a prática de certos atos que impliquem restrição a direitos individuais especialmente protegidos; a se aceitar a existência de tal cláusula, haveria poderes de investigação que apenas as autoridades judiciais estariam legitimadas a exercer (BRANCO, 2011, p. 898). No Brasil, essa cláusula ganhou destaque após atribuir poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais às Comissões Parlamentares de Inquérito, consoante o artigo 58, §3º da Constituição Federal.

A lição que se pode extrair é que o problema da reserva de jurisdição não pode ficar restrito ao campo fechado do direito constitucional judiciário, uma vez que este problema invoca princípios estruturantes de toda a ordem constitucional, conduzindo à ideia de que a rejeição da autodefesa ou justiça privada implica a atribuição da função jurisdicional a órgãos imparciais, particularmente qualificados, os quais devem deter o monopólio da jurisdição (CANOTILHO, 2003, p. 668).

3. COMPARTILHAMENTO DE DADOS COM ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A Constituição Federal, ao cuidar da Administração Púbica, estabelece que "as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio" (art. 37, inciso II, da CF). Por sua vez, as normas gerais em matéria de legislação tributária, disciplinadas pelo Código Tributário Nacional, já previam a cooperação entre os agentes fiscais tributários.

Ainda, o artigo 198 do Código Tributário Nacional, com a redação da LC 104/2001, chancela e disciplina o intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, determinando que será "realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo".

Desse modo, temos que a transferência de dados ao Fisco, para fins de lançamento tributário, independe de autorização judicial, podendo ser requerida pela própria Receita com fundamento na Lei Complementar n.º 105/01, de constitucionalidade já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Na hipótese de as autoridades policial ou ministerial terem obtido judicialmente o acesso originário aos dados bancários e se depararem com indícios de crime tributário, poderão encaminhá-los ao Fisco com a representação penal para fins fiscais, sem que nisso se possa vislumbrar qualquer irregularidade, até porque os dados permanecerão sob sigilo, nos termos do art. 198 do Código Tributário Nacional.

A tese 990 do Supremo Tribunal Federal fixou o tema em dois importantes pontos: (a) é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil que define o lançamento do tributo com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional e (b) o compartilhamento deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

A quebra de sigilo bancário poderá ocorrer em qualquer fase do inquérito policial, mas deve ser feita mediante ordem judicial, nos termos do art. 1º, § 4º, e art. 3º da Lei Complementar n.º 105/01. Autorizada judicialmente a quebra de sigilo para uso em inquérito policial ou ação penal, costuma ser requerido ao respectivo juízo também o compartilhamento desses dados com a Receita sempre que há indícios de crimes materiais contra a ordem tributária a exigir a prévia consti-

tuição dos respectivos créditos tributários. Invariavelmente, esse compartilhamento é deferido.

A Lei Complementar n.º 105/01 enseja às autoridades fiscais, desde que haja procedimento de fiscalização instaurado e a necessidade do acesso seja presente e esteja motivada, que solicitem diretamente às instituições financeiras o acesso às movimentações dos seus clientes para fins tributários.

No Recurso Extraordinário 601.314, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Edson Fachin, fixou a seguinte tese com repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

Ainda prosseguiu defendendo que os compromissos internacionais combativos à evasão fiscal assumidos pelo Brasil:

> "É preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais." (STF, ADI 2859, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016).

Em uma realidade de globalização fiscal, um dos requisitos para que a Lei Complementar 105/01 alcance parâmetros de fiscaliza-

ção satisfatórios é o Fisco tomar ciência das movimentações financeiras suspeitas que ocorrem tanto no território interno quanto em países e isso só é possível através da transferência recíproca de informações entre os Estados (BASTOS, 2014, p. 43).

O instituto da troca de informações está previsto no modelo da Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), onde prevê que as autoridades dos Estados signatários podem trocar informações entre si quando significantes ao cumprimento no estabelecido na Convenção ou na legislação doméstica dos Estados contratantes, desde que não esteja em desacordo com o previsto no tratado – o que possibilitaria um acesso direto a Administração tributária de outros Estados membros com o objetivo de incrementar a fiscalização e expandir a transferência fiscal (SARAIVA FILHO, 2013, p. 256).

De qualquer forma, este compromisso de troca de informações não impõe a um Estado a realizar medidas que sejam contrárias a própria legislação interna, isto é, prestar informações que não possam ser obtidas sob a luz da legislação doméstica ou fornecer informações que comprometam o sigilo de processos.

São válidos não apenas a requisição e o acesso às informações bancárias pelo Fisco e seu uso para fins de constituição do crédito tributário, mas também o compartilhamento desses dados, enquanto integrantes do processo administrativo fiscal, com a Procuradoria da Fazenda para fins de cobrança e com o Ministério Público para fins penais. Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal. Restou fixado que não há que se falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia; porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito

de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária.[70]

Não se pode cogitar a existência de sigilo de informações entre órgãos do Estado, no caso entre o Ministério Público e a Administração Fazendária. A interpretação literal e restrita do art. 8º da Lei Complementar nº. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) seria o bastante para afirmar a legitimidade do *Parquet* na requisição direta de informações, mesmo quando protegidas constitucionalmente por sigilo, pois a norma em questão é categórica ao autorizar a requisição de informações e documentos de qualquer natureza, não sendo lícito a nenhuma autoridade recusar-se a atender a requisição sob o argumento do caráter sigiloso da informação ou documento pretendido (CALABRICH, 2006, p. 186).

A Constituição Federal, ao cuidar da Administração Pública no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, estabelece que as administrações tributárias da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. Já o artigo 199 do Código Tributário Nacional prevê a assistência mútua com permuta de informações para a fiscalização de tributos.

Após a ocorrência de um fato gerador, o Direito Tributário passa a vigorar no estrito cumprimento da legislação quando os sujeitos passivos cumprem suas obrigações. Esses fatos dependem de atos fiscalizatórios das autoridades fiscais, afinal a informação é elemento essencial para viabilizar o sucesso do poder de polícia, o que se pressupõe o acesso à informação.

Diversas obrigações tributárias acessórias têm como objeto o registro ou a declaração de dados, de modo que o Fisco possa ter acesso para a verificação do cumprimento das obrigações principais e, eventualmente, identificar infrações cometidas. Ainda, o artigo 195 do Código Tributário Nacional estabelece que o Fisco tem ampla prerrogativa de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produto-

70 STF, HC 422.473/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018.

res, determinando, ainda que os obrigados devem conservar os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

É notório que diante da complexidade e constante processo evolutivo da sociedade, o direito é por essência dinâmico e mutável, razão pela qual suas normas devem ser renovadas de acordo com o comportamento dos membros da sociedade. Diante dessa inquietante realidade acerca da identificação patrimonial, é relevante que normas sejam produzidas para garantir a eficiência da fiscalização e coibir este comportamento dos contribuintes que se furtam da sua obrigação de pagar tributos (DINIZ, 2011, p. 87).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que, através dos dados obtidos na movimentação financeira do contribuinte, o Fisco pode concluir pela ocorrência ou não de indícios de sonegação, uma vez que os dados bancários acabam muitas vezes por confirmar ou contraditar as declarações fiscais do contribuinte. Essas divergências entre a necessidade ou não de autorização judicial não pode se basear em padrões de comportamento fraudulentos, afinal, antes da efetiva investigação o contribuinte não pode ser punido ou ter seus direitos sonegados por autoridades fiscais de modo discricionário. Assim como também não pode por presunção ser tratado como infrator.

O que se percebe é que, hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal busca maior aproximação e concretização de recomendações internacionais contra evasão fiscal, mas furta-se de sua competência de guardião da Constituição. Resta claro que essas recomendações trazem inúmeros benefícios, sejam de transparência nas relações tributárias, sejam padrões de comportamento que estimulam a idoneidade fiscal; ou da efetiva adoção a modernas práticas de Compliance, porém, o que não se deve permitir é que a fiscalização tributária ganhe "super poderes", sob pretexto da necessidade assegurar a eficácia da tributação, sob pena dos con-

tribuintes verem suprimidos grande parte de seus direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Frederico Silva. *Transferência Fiscal Internacional e Administração Tributária em rede: o sistema regulatório e prático do intercâmbio de informações tributárias no Brasil e os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MEDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional***.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. 236 f. Dissertação de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA NETO, Artur M.; PAULSEN, Leandro. *A Lei de Repatriação: regularização cambial e tributária de ativos mantidos no exterior e não declarados às autoridades brasileiras*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 14.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. O limite à atuação jurisdicional dos direitos fundamentais como reserva legal. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*. Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, p. 4476-4487.

MELO, Rúrion Soares. Habermas e a estrutura "reflexiva" do Direito. *Revista Direito GV*. São Paulo. Vol. 1, n. 1, maio/2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Direito Constitucional Penal*. Ilhéus: Editus, 2014.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *O acesso direto aos dados bancários por parte do Fisco: a transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

O TRÁFICO NÃO É SÓ DE DROGAS: UMA ANÁLISE SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS PARA O FIM DE ADOÇÃO ILEGAL

Ana Beatriz Alves Ferreira
Ronaldo Marinho

INTRODUÇÃO:

O Tráfico de Pessoas, nacional ou internacional, sempre esteve presente na história do país e do mundo, uma vez em que tal crime apenas foi abolido no papel. Entretanto, a prática desse crime serve variadas finalidades, dentre elas a adoção ilegal, seguidas de diversas consequências. Ademais, por ser um ato criminoso muito pouco comentado e difícil de ser descoberto, é passado, diversas vezes, despercebido.

Tal negociação, quando feita com esta finalidade, apresenta-se com feições de gravidade extrema, uma vez que há violação de protocolos e outros crimes taxados pelo código. Desse modo, diante de tamanha tristeza que envolve a realidade deste cenário, será tratado toda a história do tráfico de pessoas com a finalidade da adoção ilegal, seguida de explicações de como isto é feito, relato de caso, o olhar do direito e as políticas públicas, demonstrando o que é feito ou não para a vítima, pelo Estado.

A HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL:

O sociólogo Karl Max, já no século XIX, afirmava que, no capitalismo, tudo é mercadoria (MARX, 2014) e, a partir dessa afirmação, firmou-se uma confusão no mundo dos oportunistas sem limites, onde pessoas humanas são equivocada e ilegalmente definidas dentro do contexto comercial de mercadoria, passando a ser objeto lucrativo desse comércio repugnante e ilegal.

Desde os primórdios da história do Brasil, tem-se muito presente o tráfico de pessoas. A contar a partir de meados do século XVI até meados do século XIX, em que se tinha o negreiro e, no final do mesmo século, o de mulheres, sendo algumas destas, inclusive, menores de idade. Desse modo, moças ouviam promessas de um futuro melhor, caso se mudassem para outros países, situados na Europa, na Ásia ou na América do Sul, por exemplo, e ao chegar lá, tinha-se uma realidade totalmente diferente da esperada. Desinformadas e desesperadas em busca de uma vida melhor, iam para outros locais em busca de trabalho e melhor qualidade de vida, mas eram enganadas, pois daí iniciava-se a saga da prostituição. Por isso a criação de tantos bordéis em países como Comboja, Turquia, Bélgica e Chile, por exemplo, sendo até comum, inclusive, nesses locais, a compra e venda de prostitutas (NUCCI, 2015)

Não obstante, a prostituição não é a única consequência do tráfico de pessoas, e sim uma delas. Há àquelas que são traficadas para serem exploradas no trabalho, lidando com condições precárias e desumanas, onde, muitas vezes, são vistas situações em que alguém precisa de algo básico, como educação, porém não tem como arcar com os custos, oferecendo-se para trabalhar em troca do ensino. Entretanto, entregam-se a uma jornada exaustiva, com trabalhos forçados e até mesmo sem acesso a alimentação ou a um local digno.

Também, na história do país, sempre teve aqueles índices alarmantes nos quais correspondem ao crime praticado para realização dos transplantes clandestinos. Com o desespero ao ver algum familiar necessitando de um órgão e uma lista a impedir de fazer isso imedia-

tamente, muitos vão em busca de alternativas não convencionais, desbordando nos meios ilícitos de solução do impasse, qual seja, a compra do órgão. Dessa maneira, uma criança é comercializada no mercado negro, e assim realizada a retirada de seus órgãos, disponibilizando-os para venda com preços exorbitantes.

Contudo, o outro fim é a adoção ilegal, em que crianças são comercializadas como produto ou coisa mercadológica. Muitos casais ou até pessoas solteiras que optam por adotar uma criança, sabem o quão burocrático é todo o processo adotivo, resolvendo assim, cometer o tráfico. Dessa maneira, vidas são vendidas e compradas, como uma mercadoria e, algumas, tendo até o destino de se tornar uma "escrava" para os seus pais adotivos.

Esses exemplos demonstram o quão o País (Brasil), em toda sua história evolutiva, teve a presença marcante desse crime repugnante.

Esse trabalho visa demonstrar uma realidade presente, desmistificando a ideia de que o tráfico não se resume única e exclusivamente a drogas ilícitas e afins, mas, e principalmente, ao tráfico de pessoas, notadamente o de criança e de mulheres, que vem crescendo de maneira alarmante, e as causas e consequências são das mais variadas e inimagináveis. Assim, sob a perspectiva da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, como corolário da vida e das liberdades, não pode ser coisificada muito menos precificada no contesto de uma sociedade fraterna.

TRÁFICO DE PESSOAS PARA O FIM DE ADOÇÃO ILEGAL

A Lei n. 12.10/09 faz exigências para que ocorra o processo de adoção no país, todavia, há uma certa burocracia. Por se tratar de vidas, de seres humanos, é necessário que haja todo cuidado necessário para priorizar o bem-estar destes e, muito embora haja um alto quantitativo de crianças e adolescentes para serem adotados, nem todas estão dentro dos pré-requisitos desejados pela maioria. Desse modo, ao saber disso, as máfias compram e roubam estes para conseguir realizar a venda, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, fazendo com que os compradores não tenham de passar pelas condições legais e possam

escolher dentro do padrão desejado, uma vez que os mesmos conseguem uma quantidade de crianças significativa. Logo, quando se é feita a adoção sem tais requisitos disponíveis na legislação, isto é, utilizando-se da maneira informal, é considerado como "adoção à brasileira", sendo assim, caracterizado pela Ministra do STJ (Superior Tribunal de Justiça), Fátima Nancy Andrighi (STJ, 2007):

> "Pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal – ou apenas um dos cônjuges/companheiros – simplesmente registra o menor como seu filho, sem as cautelas judiciais impostas pelo estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses da criança."

Outrossim, quando é feita a adoção por meio ilegal, não é sabido por todos quais serão as consequências e a vida daquele menor dali para frente. Muitos pais adotivos, ao realizarem o processo, têm a real intenção por trás da instituição de adoção, isto é, amparar, dar os sentimentos de carinho e amor para a criança e/ou adolescente e dar os plenos poderes do filho biológico, todavia, nem todos são dessa forma. Muitos, ao "apadrinhar" estes, tem propósitos maldosos, como explorar o(a) filho (a) para trabalhar ou até mesmo sexualmente.

Destarte, há um Disque 100, o qual é um serviço telefônico disponibilizado pelo Governo Federal, cujo recebe denúncias de violações de direitos humanos cometidas por todo país. Isto posto, consoante a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tal atendimento percebeu que houve aumento de 86%, entre 2012 e 2013, no número de denúncias deste crime no Brasil, sendo assim confirmados cerca de 186 denúncias apenas no ano de 2013, e 100 em 2012 (BETTONI,2014). Contudo, o Governo não consegue ter uma quantidade exata dessas ocorrências, sendo essas apenas estatísticas aproximadas, pois ainda é uma infração muito pouco comentada, quase nunca denunciada, logo pouco conhecida, além de ser muito difícil de conseguir descobrir o caminho trilhado pelos criminosos. No entanto, todos os casos são encaminhados para a Polícia Federal, haja vista ser um ato ilícito tão perigoso e seguido de outras ilicitudes, uma vez que, para

cometer tal ação, é necessária uma saga de crimes como a falsificação de documentos, a compra e a venda, o roubo do jovem, entre outros.

ANÁLISE DE CASO

Charlotte Cohen, brasileira, 32 anos de idade, foi vítima do tráfico internacional de crianças em 1987, quando ainda tinha menos de um ano, ao ser vendida por um casal francês que viva em Paris, na França. Entretanto, a mesma era bastante maltratada por sua família adotiva, mas não por ser adotada, pois isso nunca lhe foi escondido, mas sim por causa das diferenças físicas, como cor de pele e tipo de cabelo, desejando ir, assim, cada vez mais, em busca da sua origem e conseguindo, então, suspender a sua guarda aos 21 anos. Aos 25, decidiu ir ao Brasil em busca da sua gênese, uma vez que a própria já havia encontrado uns documentos nos quais falavam sobre a sua história, possuindo já uma "pista", como qual era o seu tipo sanguíneo, onde havia nascido, o nome do orfanato para qual foi enviada e exames médicos.

Com isso, em 2012, foi para o Brasil e, após uma longa procura com todas as informações que já possuía, encontrou uma suposta irmã, Lucélia dos Santos, que afirmou a perda de um bebê da sua mãe em 1987, ou seja, no ano em que a mesma nasceu. Ademais, encontrou também o orfanato em que foi deixada, denominado por "Orfanato Lar da Criança Menino Jesus", comandado por Guiomar e Franco Morelli, também patrões da sua mãe biológica, Jacira dos Santos, a qual foi descoberta por um exame de DNA realizado na mesma época. Ao confirmar sobre sua verdadeira família afirmou: "Eu resgatei a minha dignidade. Eu era alguém que tinha sido vendida, que não tinha passado, que não tinha família, que não tinha nome" (COHEN, 2017).

Isto posto, iniciou-se uma investigação por meio de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), em que foram arrecadados os documentos e algumas pessoas foram ouvidas para obter uma conclusão do ocorrido, tendo um relatório final cujo fez com que Charlotte descobrisse toda a sua história. A CPI descobriu que, os Morelli, além de ser patrões da sua mãe biológica, também eram traficantes de crianças.

Ao longo da investigação, descobriu-se a verdadeira história e que Jacira foi uma das vítimas entre tantas. Já grávida, a mesma

trabalhava com os Morelli, numa mansão situada em Moema, na zona sul de São Paulo, e não possuía domicílio próprio, morando assim num quarto onde trabalhava. Entretanto, após ter neném, Guimar não aceitou que a criança vivesse com sua mãe, uma vez que a bebê atrapalharia o trabalho da sua genitora, sugerindo então que desse Charlotte para alguém da sua família, porém a única parente em que a própria ainda tinha algum contato era a sua mãe, mas ela já cuidava de Lucélia, impossibilitando de cuidar de Isabella – nome dado por Jacira para Charlotte até então. Logo, lembrou de uma amiga a qual cuidaria durante a semana e, nos finais de semana ela ficava (salientando-se que, enquanto ela ia atrás da sua amiga para conseguir tal solução, a sua patroa ficou cuidando da menina). Assim, ao chegar em casa, contou o meio de resolução a Guimar e, como resposta, foi dito que a própria não devolveria Isabella, pois a mesma cuidaria disso dando a um casal que poderia dar uma vida bem melhor.

Por conseguinte, a família cuidou de toda a documentação, falsificando-a cuja, segundo a CPI, custou cerca de 69 mil francos, o que equivale, atualmente, a aproximadamente 15 mil euros, e enviou a bebê para França, onde um casal já estaria esperando-a. Portanto, além deste valor, também teve o importe da venda, em que a averiguação estimou ser em torno de 100 mil reais.

Dessa forma, diante de todos os fatos já supracitados, apenas demonstra que os Morelli ganhavam quantias absurdas com tal transação criminosa, haja vista que Charlotte não foi a primeira e nem a última criança vítima deste ato horrendo.

Ademais, em 2015, Franco veio a falecer e Guimar é ré por tráfico de pessoas em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal. Outrossim, Isabella afirmou querer mais contato com a sua família biológica e passou a morar no Rio de Janeiro, onde já publicou livro, leciona aulas de francês e tem planos de abrir uma ONG para auxiliar famílias com experiências semelhantes à sua, sendo também uma inspiração para personagem de novela da globo, intitulada como "Salve Jorge", produzida pela escritora Glória Perez.

A MORAL ENTRE QUEM COMPRA E QUEM VENDE

Contradizendo Karl Marx, Immanuel Kant afirma que tudo tem um preço, exceto a moral, a ética e a dignidade. Quando a moral passa a ter um preço, ela deixa de ter a importância devida e passa a ser uma coisa (BARROSO, 2016).

Destarte, Kant afirmava que o princípio da moralidade correlaciona três preceitos: moralidade, liberdade e razão. A moralidade é agir em função do dever, havendo uma frequência entre dever e inclinação – objeto da vontade –, ou seja, é saber o ponto de equilíbrio entre a vontade e o dever. A liberdade é o cidadão escolher os seus desejos livremente e realizá-los. A razão é que, na medida em que o indivíduo é capaz de agir livremente, a razão deve poder, então, governar a sua vontade (SANDEL, 2019).

Contudo, segundo o caso relatado anteriormente, diante de tais atitudes, tanto pelos Morelli quanto pelos pais adotivos de Charlotte, ou Isabella, é possível atestar que agiram com a moral? Até onde vai a vontade sem ultrapassar os limites do dever? E Jacira? Defronte aos conceitos explicados, a mesma agiu sem o princípio de moralidade? Em caso afirmativo, a lei deveria fazer algo a respeito? Estamos tratando de um bem jurídico grandioso, a vida. Será que é possível colocar preço em algo tão monumental?

Sem embargos, digo que nem tudo é absoluto. Muito embora o capitalismo peça que em tudo ponhamos um valor, nós temos de compreender a supremacia deste princípio, uma vez que não podemos deixar que a nossa dignidade e a nossa moral tenham um preço, pois elas dizem que somos, como devemos tratar os outros e, principalmente, como a sociedade deve agir e se organizar.

O OLHAR DO DIREITO

O direito é explícito que tal prática é criminosa, logo a recrimina em diversos artigos e dispositivos. Ainda em 2000, foi elaborado um Protocolo de Palermo, também conhecido como Protocolo Adicional à Convenção de Justiça das Nações Unidas contra o Crime Organiza-

do Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, cujo entrou em vigor em 2003 e foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.017. Tal protocolo, ainda no seu preâmbulo, diz:

> "Os Estados Partes no presente Protocolo,
>
> Declarando que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, exige por parte dos países de origem, de trânsito e de destino uma abordagem global e internacional que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, a punir os traficantes e a proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os seus direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos,
>
> Tendo em conta que, apesar da existência de uma variedade de instrumentos internacionais que contém normas e medidas práticas destinadas a combater a exploração de pessoas, em especial de mulheres e crianças, não existe nenhum instrumento universal que trate de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas,
>
> Preocupados com o fato de, na ausência desse instrumento, as pessoas vulneráveis ao tráfico não estarem suficientemente protegidas,
>
> Relembrando a Resolução 53/111 da Assembleia Geral, de 9 de Dezembro de 1998, na qual a Assembleia decidiu criar um comitê intergovernamental especial, de composição aberta, para elaborar uma convenção internacional global contra a criminalidade organizada transnacional e examinar a possibilidade de elaborar, designadamente, um instrumento internacional de luta contra o tráfico de mulheres e de crianças.
>
> Convencidos de que para prevenir e combater este tipo de criminalidade será útil completar a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional com um instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças. (...)"

Isto posto, defronte de tamanha gravidade e os índices, foi criado tal protocolo, pelo direito internacional, no qual corresponde apenas a essa ilicitude, com o objetivo de combater o tráfico, de proteger e de ajudar as vítimas. Dessa maneira, em seus primeiros artigos, define-se o tráfico de pessoas como o impedimento da liberdade de ir e vir da pessoa levada a outro país, seja contra a sua vontade ou com o seu consentimento, desde que não saiba o real motivo da ação.

Outrossim, é perceptivo que, tal ação trata-se de um ato atentatório à liberdade do indivíduo, bem jurídico este que é protegido pela Constituição Federal, expresso claramente em seu art. 5º, caput:

> "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."

Além disso, o Código Penal Brasileiro dispõe, em seu art. 149, uma análise jurídica em que trata da defesa do direito da pessoa humana em não ser submetida ao poder de fato de outrem, tendo até a pena aumentada, inclusive, quando é cometido contra criança ou adolescente. Ainda em tal dispositivo, no art. 149-A, é trazido o crime especificadamente em que diz:

> "Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:
>
> (...) IV- adoção ilegal; (...)
>
> **§ 1º** A pena é aumentada de um terço até a metade se:
>
> I – O crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
>
> II – O crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

> III – O agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função;
>
> Iç – A vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § **2º** A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa."

Visto isso, é evidente que o crime é preocupante, uma vez que, na maioria das situações, tal ato ilícito antecede e favorece a prática de outros crimes graves, como, nesse caso, àqueles contra a criança ou adolescente (arts. 237 e 239 da Lei nº 8.069). Consequentemente, entra-se no concurso de crimes, tendo o agente de responder, criminalmente, por todos cometidos.

Para mais, como já visto, dentro dessa sequência de crimes há, em sua maioria, a adoção à brasileira, já supracitada. No entanto, ainda utilizando-se do mesmo código, constitui-se expressamente nos arts. 242 e 297 a proibição de registrar um filho que não é seu e falsificar os documentos para comprovar isso.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente deixa claro, em seu art. 237 a 239, que são crimes: subtrair uma criança ou um adolescente; prometer ou efetivar a entrega do menor mediante paga ou recompensa; prometer ou auxiliar a enviar um jovem para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

Por fim, bem como há o direito internacional, penal e constitucional, têm os humanos. Tal ato é multifacetado, um fenômeno global, cujo mistura interesses políticos e socioeconômicos com práticas criminosas em redes, e faz com que as vítimas fiquem vulneráveis, tendo de ter, tal dispositivo então, para tutelar os seus direitos. Ao não ter ética, dignidade e moral, cria-se uma bagunça no sistema organizacional social, não sabendo, portanto, como tratar o outro e impor limites em suas devidas condutas. Dessa maneira, também por se tratar de um crime contra a humanidade, passou a ter mais força com a apresentação da ONU, desde 1996, com o Programa de Ação para a Prevenção do Tráfico de Pessoas e Prostituição pela Comissão de Direitos Humanos.

Contudo, tais leis foram modificadas ao decorrer do tempo para serem o que são hoje. Após denúncias e casos descobertos, as leis foram sendo adaptadas para que houvesse a punição devida. Assim sendo, se aplicarmos as leis no caso relatado, é possível visualizar que todas elas foram infringidas. A realidade do Brasil é triste. Tal prática criminosa precisa ser encerrada, pois é nítido que viola os direitos e a dignidade dessas crianças ou adolescentes, causando um sofrimento inenarrável tanto para a família da criança ou do adolescente traficado quanto para vítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Por todo o exposto, entende-se a gravidade perante o crime e a necessidade de ser mais comentado e combatido, relembrando sempre que tráfico não é apenas o de drogas. Assim, diante do supracitado, foi possível vislumbrar o quão repulsivo é o tráfico de pessoas, com diversas finalidades e seguidas de diversas consequências, está presente em todos os continentes, que vem atraindo olhares e exigindo políticas públicas que levem, de forma rigorosa, à sua repressão.

O ato de adotar um filho é um gesto de nobreza, é criar alguém para além dos laços consanguíneos. Logo, tem de ser feito pelos meios adequados para que não seja ferido nenhum direito ou dever. Portanto, por se tratar de vidas, é necessário que haja todo cuidado necessário para priorizar o bem-estar destes e, muito embora haja um alto quantitativo de crianças e adolescentes para serem adotados, nem todas estão dentro dos pré-requisitos desejados pela maioria, dificultando ainda mais a ocorrência de adoções no país e criando um colapso no sistema.

Outrossim, é importante salientar que por mais que vivamos num mundo capitalista, nem tudo pode ser uma mercadoria. O indivíduo é um ser pensante, de personalidade, cujo possui direitos e deveres, merecendo assim ser respeitado. O mesmo não é e nem pode ser comerciável. Com isso, destaca-se o quão a nossa moral e a nossa dignidade são importantes, não podendo a estas serem postas um preço.

REFERÊNCIAS:

BARROS**,** Marco Antônio de. **Tráfico de pessoas para o fim da exploração sexual e adoção internacional fraudulenta.** INSTITUTO ELO. Disponível em: <http://institutoelo.org.br/site/app/webroot/files/publications/e952d35650c7015da6816b-8dae3041f1.pdf>. Acesso em 02 fev. 2020;

BARROSO, Luís Roberto (*APUD* IMMANUEL KANT). **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. 4º reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

BETTONI, Tatiana. **Modalidades do tráfico humano: adoção ilegal de crianças desaparecidas**. A12. Disponível em: <https://www.a12.com/redacaoa12/espiritualidade/modalidades-do-traficohumano-adocao-ilegal-de-criancas-desaparecidas>. Acesso em 02 fev. 2020;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12/03/2004.** Protocolo de Palermo. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em 13 jun. 2020;

BRASIL. **Lei 12.010/09, de 03/08/2009.** Lei da Adoção. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 13 jun. 2020;

CABETE, Eduardo Luiz Santos & RODRIGUES, Raphaela Lopes. **Adoção à brasileira: crime ou causa nobre?** MIGALHAS. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/depeso/293739/adocao-a-brasileira-crime-oucausa-nobre>. Acesso em 02 fev. 2020;

COELHO, Henrique. **Vítima de tráfico de pessoas, mulher busca a mãe e tenta recomeço no Rio**. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/rio-dejaneiro/noticia/2014/11/vitima-de-trafico--de-pessoas-mulher-busca-mae-etenta-recomeco-no-rio.html >. Acesso em 01 fev. 2020;

COHEN, Charlotte. **Brasileira traficada ainda criança para a França descobre família aos 29 anos**. UOL. Depoimento a Daniela Garcia, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2017/04/02/vitima-de-trafico-infantil-descobre-mae-brasileira-aos-29-anos-eu-nasci-pela-2vez.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 01 fev. 2020;

DIAS, Francisca Pereira. **Tráfico Internacional de Pessoas e Protocolo de Palermo.** JUS**.** Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/51377/traficointernacional-de-pessoas-e-protocolo-de-palermo>. Acesso em 02 fev. 2020;

GARCIA, Daniela. **Brasileira traficada ainda criança para a França descobre família aos 29 anos.** UOL. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/04/02/vitimade-trafico-infantil-descobre-mae-brasileira-aos-29-anos-eu-nasci-pela-2vez.htm>. Acesso em 01 fev. 2020;

JUSTIÇA, Secretaria Nacional & JUSTIÇA, Departamento de & SCACCHETTI, Daniela Muscari & ANJOS, Fernanda Alves dos & MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer & SOARES, Inês Virginia Prado. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. 1º ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013;

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política: livro 1.** Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, lenocínio e tráfico de pessoas: aspectos constitucionais e penais**. 2º ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa?** Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 27º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019;

STJ. **REsp 833712 RS 2006/0070609-4**. T3 - Terceira Turma. Decisão unânime. Rel. Fátima Nancy Andrighi. Julgado em 17 maio 2007. Pub. 04 jun. 2007. JUS. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930079/recurso-especial-resp-833712-rs-2006-0070609-4/inteiro-teor-14096683>. Acesso em: 13 de jun. 2020

VIEIRA, Ana Luísa. **Aos 29 anos de idade, vítima de tráfico infantil finalmente encontra família biológica no Brasil**. R7. Disponível em <https://noticias.r7.com/internacional/aos-29-anos-de-idade-vitima-detrafico-infantil-finalmente-encontra-familia-biologica-no-brasil-29032017>. Acesso em: 01 fev. 2020;

UMA DICOTOMIA: O DESENVOLVIMENTISMO E OS MODOS DE VIDA TRADICIONAIS NAS FRONTEIRAS ECONÔMICAS

Yuri Rocha Lima dos Santos

Introdução

O Estado do Piauí, no contexto brasileiro, vem obtendo amplo destaque por ser compreendido como região de profundo potencial econômico que contribuirá para o tão ambicionado desenvolvimento do Brasil. Assim, as potencialidades naturais do Piauí têm considerável aporte para inserir o país no cenário econômico internacional como potência, consequentemente conduzindo o Brasil a um patamar de articulador no contexto político global. Nesse sentido, a administração estadual em parceria com o governo federal incentiva a instalação de grandes empresas, dos mais diversos ramos para prover as referidas potencialidades do estado tal como, mineradora e empresas do agronegócio. A articulação dos poderes públicos, junto às grandes empresas está essencialmente alicerçada nas políticas de suporte em infraestrutura, principalmente investimentos nos setores de transporte e energia.

Assim, diante da promessa de desenvolvimento, a postura do governo piauiense está assentada na implantação de políticas desenvolvimentistas com condão em um modelo de Estado indutor do crescimento econômico, desse modo, se planeja a instalação de empreendimentos como ferrovias, ampliação da malha rodoviária e um

complexo de barragens ao longo do rio Parnaíba. A viabilização desta lógica "neodesenvolvimentista" ganha evidencia através do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), iniciado em 2007 pelo governo federal, com o propósito de acelerar o crescimento econômico brasileiro. Tal programa vem promovendo investimentos imprescindíveis para a instalação de projetos empresariais como, por exemplo, a instalação da Transnordestina com a finalidade de escoar a produção de grãos no sul do Piauí, última fronteira agrícola do cerrado brasileiro, para os portos localizados em estados vizinhos e no abastecimento energético das grandes empresas que aqui se instalam. Mas o interesse do governo em despertar vultosos investimentos no ramo empresarial não cessa com os incentivos infraestruturais somando-se também a eles os incentivos fiscais, como as isenções.

O presente artigo analisará, nesse contexto de políticas públicas desenvolvimentistas, uma das principais obras hidrelétricas, a Unidade de Aproveitamento Hidrelétrico de Estreito (UHE Estreito) que atingirá uma área de 77 km^2 que se estende do município de Amarante- PI a Floriano- PI, com enfoque no posicionamento do Estado frente à implementação de suas ações com vistas ao desenvolvimento, como também diante do diálogo entre os grandes empresários e as comunidades tradicionais e mesmo da comunicação estatal com os ribeirinhos diante das violações sociais e ambientais ocasionadas pela instalação de vultosos empreendimentos com agravo substancial na proteção dos direitos humanos.

Considerações sobre o Brasil no contexto histórico mundial

Cabe analisar o contexto em que o empreendimento de Estreito está inserido. Toda a discussão aqui projetada está historicamente inserida no chamado "neodesenvolvimentismo" ou "novo desenvolvimento", iniciada nos Estados Unidos como política estatal de cunho estrutural, aproximada do desenvolvimentismo da metade do século XX, vem como proposta de superação ao neoliberalismo dos últimos anos. Assim, é importante analisar as bases dessa "nova" política e como tais posturas econômicas interferem socialmente.

O desenvolvimentismo priorizou em sua passagem uma política de crescimento, com o estimulo da produção industrial, fortalecendo a cadeia produtiva desde incentivos creditícios até o aumento no nível tecnológico da produção, ou seja, atua nas bases estruturais da própria economia para induzir o seu crescimento. E quanto a esse novo recorte histórico que o Brasil se insere, o "neodesenvolvimentismo", quais suas bases?

Observando até o presente momento a postura do governo brasileiro com relação à economia nacional, evidencia-se a atuação de um poder público direcionador de investimentos estruturais, com fins a um crescimento econômico, a promoção de políticas cambiais e ampliação de crédito ou transferência direta de renda, induzindo um aumento no consumo em massa. O diagnóstico, portanto, aponta que há na verdade um discurso "neodesenvolvimentista" e que esse novo modelo, na realidade ressignifica as velhas práticas do desenvolvimentismo aplicado por volta dos anos de 1950. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal atesta tal argumento, uma vez que enuncia medidas de estimulo ao investimento no setor privado, ampliação dos investimentos públicos em infraestrutura e melhoria do gasto público. A implantação de uma política econômica que investe na atividade econômica privada, alocando capital em empreendimentos infraestruturais para que viabilizem a instalação das empresas privadas, na realidade constitui ação essencialmente desenvolvimentista, que visa tão somente o crescimento econômico em detrimento a uma política de distribuição de renda e inclusão social.

Nesse contexto, que liquefaz o interesse público e em contrapartida fortalece o privado com a finalidade de acelerar o crescimento econômico do país, encontramos a valorização substancial de uma política com viés puramente mercadológico e sede de investimentos econômicos com o propósito de beneficiar um grupo reduzido da economia nacional, voltado para produção de bens de exportação e assim não se atinge o objetivo de inclusão social das classes historicamente excluídas, através de um denominado desenvolvimento sustentável.

Características do empreendimento com base no conteúdo presente no EIA/RIMA

Partindo agora para uma análise específica da instalação da Unidade de Aproveitamento Hidrelétrico de Estreito, no contexto do "neodesenvolvimentismo" brasileiro que perpassa o Piauí é significativo um aprofundamento sobre o Estudo de Impactos Ambientais (EIA), instrumento requisitado para conceder a licença ambiental do empreendimento. Neste documento é possível uma constatação dos impactos socioambientais que resultaram da UHE de Estreito. Quanto aos aspectos sociais destacamos que o número de famílias atingidas será de 393, totalizando 1572 habitantes. Na extensão que será atingida pela barragem existem inúmeras comunidades tradicionais (quilombolas, ribeirinhos, etc) das quais só é citada a comunidade quilombola Mimbó no município de Amarante – PI (Porjetec, 2009). O referido estudo ainda é contestado por outras instituições tal como ocorre com a Fundação Palmares que relata a existência de outras onze comunidades quilombolas no local e que sequer são mencionadas no referido estudo.

Ainda em relação à população, os impactos se manifestam na economia local, que se por um lado será superaquecida nos meses em que durar a construção, por outro, perderá seu caráter tradicional e sustentável se concentrando nas atividades relacionadas à construção da barragem, implicando na falência da economia local a longo prazo. Problema relacionado ao crescimento instantâneo da população seria a sobrecarga dos serviços públicos no sentido de que existe uma infraestrutura, já precária, planejada para atender determinado contingente populacional com o aumento brusco da população os serviços públicos se tornam ainda mais débeis haja vista não poderem atender mais pessoas sem ampliação das estruturas já existentes.

Em relação aos impactos ambientais, cabe destacar entre outros o represamento do rio Parnaíba, para a geração de energia elétrica, que amplia as áreas alagáveis do rio, atingindo espaços ocupados pelas comunidades tradicionais, contribuindo ainda para o desmatamento de extensas áreas de vegetação, após o alagamento. A construção da hidrelétrica Estreito pode desestabilizar o relevo e trazer consequências significativas

para a região do Delta com erosão do solo e intensa sedimentação, o que implica no desequilíbrio do ecossistema (KEMENES, 2013).

No entanto, segundo o a resolução do CONAMA nº 1/86 as empresas que ganharem a concessão e implantarem o empreendimento são responsáveis pela mitigação dos danos gerados durante a instalação e funcionamento da barragem. Mas no momento da leitura do EIA/RIMA da referida barragem é perceptível inúmeras falhas, seja na afirmação de que haverá uso de recursos públicos nas medidas mitigadoras, fato que é ilegal. É importante não confundir medida de mitigação com indenização, pois esta consiste em programas com a finalidade de sanar, ou amenizar, os problemas decorrentes da instalação do empreendimento.

Em outros pontos do EIA/RIMA é possível identificar a listagem das medidas que serão adotadas para sanar os respectivos impactos decorrentes da obra. Porém, em leitura refletida é possível observar que as medidas propostas certamente não surtirão os efeitos esperados, para ilustrar é possível citar, por exemplo, as medidas mitigadoras com a finalidade de sanar a prostituição que consistem basicamente em palestras com a finalidade de "conscientizar" as mulheres e rapazes pertencentes a grupos de risco. Mas não é difícil prever a ineficiência de tal medida, haja vista que palestras não retirarão os jovens dos grupos de risco social, muito menos impedirá que os trabalhadores, que migraram para a região sem a companhia da família, financiem atividades de prostituição.

Tendo em vista o exposto acima, se torna patente as fragilidades envolvidas na instalação de um grande empreendimento como a UHE Estreito. Comprovando, além de outros fatores que serão expostos ao longo do trabalho, que o interesse da instalação do empreendimento não é o bem da população local, como se verifica no item do EIA destinado à justificativa do empreendimento, e sim o interesse de determinado grupo dominante e de um governo que tem por objetivo mor a autopromoção e perpetuação no poder.

Relação Estado comunidades/empreendimento

No cenário de projetos desenvolvimentistas que ameaçam diuturnamente as comunidades ribeirinhas mais especificamente

em relação à comunidade de Periperi, localizada no município de Amarante – PI, que será afetada pelo empreendimento de Estreito, faz-se imprescindível discutir a interação do Estado com o povoado atingido. Tal abordagem partirá de três momentos, em que o Estado imprimiu seu funcionamento e concepção ideológica, a saber: 1) originalmente na ratificação do discurso de desenvolvimento com a implantação de políticas públicas como o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, internamente compreendendo a UHE Estreito; 2) em momento ulterior, na legitimação, precipuamente no âmbito da administração pública, do empreendimento de Estreito mesmo diante dos estudos trazidos no EIA e através dos decretos que declaram a utilidade pública para fins de desapropriação; 3) e finalmente na interlocução por via judiciária dos sujeitos envolvidos na implantação da barragem. Cabe-nos aqui, portanto, averiguar a postura estatal frente ao projeto de Estreito que em seu bojo traz imensurável insegurança jurídica as comunidades tradicionais, e como este conduz o diálogo entre os grandes empresários e os povos tradicionais, com vistas a um debate público equânime.

A primeira manifestação por parte do Estado que merece análise neste artigo no contexto da implantação do UHE Estreito é quanto a sua orientação política no cenário do "neodesenvolvimentismo". Vimos inicialmente que a discussão sobre as práticas de política econômica no âmbito brasileiro está em torno de um aclamado "novo" modelo de desenvolvimento, com vistas à inserção das camadas populares na economia de modo a promover uma distribuição de renda igualitária, mas, no entanto constatou-se um aprofundamento da disparidade socioeconômica no Brasil, com a crescente concentração de renda, provocada também pela promoção do Estado de políticas públicas como o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento.

Tal efeito ocorre porque o poder público apodera-se do termo desenvolvimento, que segundo o estudioso Gustavo Lins Ribeiro (RIBEIRO, 1992), que apresenta vários sentidos desde sua acepção originária, passando a contemplar outros significados, ainda segundo o antropólogo o desenvolvimento não é um fenômeno que se situa apenas no campo econômico e político, mas que também compreende

o mudo das ideias, definidos historica e culturalmente, como é demonstrado no fragmento a seguir:

> Diferentes atores coletivos, então, encontram-se em uma tentativa permanente de convencer a outros, por meios simbólicos ou materiais, de que seus próprios entendimentos e interpretações são os universais e legítimos para a sociedade como um todo. (RIBEIRO, 1992, p.23 e 24)

Assim, o termo desenvolvimento quando incorporado ao discurso do Estado, é utilizado para validar uma concepção ideológica capaz de justificar a instalação da UHE Estreito, projeto que na sua realidade não consegue cumprir com a promessa de desenvolvimento social, visto que as populações atingidas diretamente e indiretamente pelos impactos da hidrelétrica não serão beneficiadas com o projeto. Ainda segundo o autor, afirmamos que a violências dos impactos consequentes do empreendimento Estreito afetam os povos tradicionais e o meio ambiente, contribuindo para um desequilíbrio do meio socioambiental, como relata o estudioso:

> As consequências das construções das grandes barragens com seus imensos reservatórios têm, comprovadamente sido prejudiciais tanto para o meio ambiente, quanto para as populações locais, beneficiando, em geral, grandes conglomerados políticos e econômicos. (RIBEIRO, 1992, p. 26).

O segundo momento de ingerência por parte do Estado, no cenário de implantação da UHE de Estreito, diz respeito à ponderação feita pelo Estado, uma vez que existe o permanente conflito entre os direitos das comunidades tradicionais dos locais de instalação desses empreendimentos e o desejo do governo e de grupos particulares na instalação do empreendimento. Caso se intente, nesse ponderar, obter resultado que atenda de forma equilibrada esses dois fatores, pois caso se obtivesse tal resultado se teria o cumprimento de todos os procedimentos legais de desapropriação, mitigação de impactos, etc., conciliado com a instalação do empreendimento. No entanto, não é o que se

verifica, pois é patente o favorecimento do desenvolvimentismo e dos grupos dominantes em detrimento dos direitos dos povos tradicionais como já citado e reconfirmado posteriormente.

Do mesmo modo, em outra esfera da administração pública é possível constatar a ingerência do poder do Estado na convalidação do discurso desenvolvimentista, estamos diante do instituto da declaração de utilidade pública. Com fins de contextualizar o instituto que declara a utilidade pública com o objetivo de desapropriação para infraestrutura no cenário do empreendimento Estreito é importante resgatar alguns aspectos relevantes.

Inicialmente é imprescindível afirmar que na categoria de desapropriação por utilidade pública para fins de infraestrutura esta espécie de desapropriação possui o intuito de desenvolver a exploração da água para a produção de energia hidráulica. Destacamos na legislação nacional, o art. 5º, alínea "f" do Decreto-Lei de nº. 3.365 que dispõe sobre desapropriações para utilidade públicas, que o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, são consideradas casos de desapropriação para utilidade pública. O órgão competente para regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica é a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. A Aneel é uma autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia e dentre as funções que compete à agência encontra-se no art. 4º, XXXV do Decreto 2.335/97 que a constitui, a competência de declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou de instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à execução de serviço ou instalação de energia elétrica.

De modo a cumprir com as diretrizes determinadas no art. 2º do Decreto 2.335/97, a prevenção de conflitos, a transparência e a eficácia nas relações com a sociedade, a Aneel determina procedimentos gerais para a requisição da declaração de utilidade pública, com fins de desapropriação de áreas de terras necessárias à exploração de energia elétrica. Ainda na legislação que regula esse procedimento destacam-se as instruções contidas na Resolução Normativa de nº. 279/2007, mais precisamente no art. 2º da referida Resolução elege-se uma série de procedimentos que devem ser tomados pelos concessionários, per-

missionários e autorizados quando enviarem o recurso para declaração de utilidade pública à Aneel. Assim como no art. 4º da Resolução Normativa 259/2003 descreve-se também algumas exigências para a concessão do decreto que declara a utilidade pública.

Em destaque alguns critérios presentes, por exemplo, no art. 10 da Resolução Normativa de nº. 279/2007 "o dever de comunicar aos proprietários ou possuidores, na fase de levantamento cadastral ou topográfico, a destinação das áreas de terras onde serão implantadas as instalações necessárias à exploração dos serviços de energia elétrica". Há ainda a necessidade da "promoção de ampla divulgação e esclarecimentos acerca da implantação do empreendimento, junto à comunidade e aos proprietários ou possuidores das áreas a serem atingidas, mediante reunião pública ou outras ações específicas de comunicação, tratando inclusive de aspectos relacionados à delimitação das áreas afetadas e aos critérios para indenização". O desenvolvimento máximo de esforços para negociar junto aos proprietários ou possuidores, objetivando promover, de forma amigável, a liberação das áreas de terras destinadas à implantação das instalações necessárias à exploração dos serviços de energia elétrica. Bem como encaminhar, trimestralmente, à Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Geração - SFG ou à Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade - SFE, o quadro resumo das negociações entabuladas com os proprietários ou possuidores dos imóveis por ele afetados, com modelos que constam na própria Resolução.

Evidenciamos que na legislação da Aneel existe um instituto relevante no processo declaratório de utilidade pública instituído pela agência, são as chamadas reuniões públicas, previstas no art. 5º da Resolução Normativa de nº. 259/2003 onde os concessionários, permissionários ou autorizados deverão promover o diálogo com os interessados, registrando-se os assuntos discutidos e deliberados, estes devem ser enviados à Aneel com a lista de participantes destacando os proprietários ou possuidores das áreas atingidas. Para a convocação das reuniões públicas cabe aos concessionários, permissionários ou autorizados assegurar a ampla divulgação, nos meios de comunicação acessíveis, principalmente

daqueles que serão atingidos com a instalação dos empreendimentos que visam a exploração da energia hidráulica.

Por fim, há um outro instituto interessante no contexto de decisões da Aneel, a utilização do mecanismo de Audiência Pública, que apresenta como objetivo a obtenção de um processo decisório a partir de contribuições que podem ser oferecidas por outros órgãos, entidades e agentes. A Aneel recolhe informações e subsídios para o seu processo decisório, devendo propiciar a participação ampla dos consumidores para que possam encaminhar à agência reguladora opiniões e sugestões, assim a Aneel tem como intuito identificar de modo ampliado os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência e da publicidade à suas ações regulatórias.

Diante do exposto sobre a legislação e normatização que regula o processo de desapropriação para fins de infraestrutura energética através do instituto da declaração de utilidade pública, pode-se auferir com mais precisão o papel que o Estado cumpre neste processo. No caso do empreendimento hidrelétrico Estreito, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco - CHESF é uma das responsáveis pelo consórcio da barragem. Ao investigar sob a perspectiva dos atingidos pelo empreendimento, destaca-se o profundo descompasso legal, visto que os institutos que são previstos nas normas tratadas anteriormente, possuem sua utilização prejudicada.

Isso se justifica pela ausência do diálogo entre o consórcio responsável pela barragem e as comunidades ribeirinhas, excluindo-os da efetivação participação no processo decisório do empreendimento. Aqui o argumento da supremacia do interesse público é utilizado com o escopo de ocultar os interesses privados dos grupos empresariais que pretendem se instalar no Piauí, ou que aqui já se encontram. Não são incluídos neste debate os que definitivamente são atingidos. Contraria, portanto, o sentido democrático defendido por Jürgen Habermas (1997), o qual afirma que para uma democracia pressupõe-se o debate público de todos os sujeitos constitucionais, com é expresse quando diz: "Para preencher sua função, que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas vir-

tualmente atingidas (...)"(HABERMAS, p. 97). Ou seja, não se constituirá na justaposição da vontade do poder público aliado aos grandes empresários sob o ânimo das comunidades tradicionais atingidas.

Ao verificar ainda como se sucede o devido processo na declaração de utilidade pública para desapropriação, cuja finalidade é garantir infraestrutura do setor energético, podemos contrastá-lo à realidade vivenciada pela comunidade quilombola de Periperi localizada no Piauí e que será atingida segundo a Fundação Palmares pela barragem de Estreito. Diante da ameaça de serem removidos, os quilombolas que procurarem usufruir do instituto da audiência pública e reunião pública garantidos legalmente às partes interessadas no processo da declaração de utilidade pública, ficaram obstruídos, assim terão tolhido seus direitos. Pois se verifique que por parte das comunidades tradicionais o exercício desses instrumentos não garante a elas concreta participação durante o procedimento necessário para a declaração de utilidade pública.

Partindo deste contexto é relevante retomar a teorização de Habermas (1997), uma vez que esse autor afirma que:

> (...) as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. Por isso, as estruturas comunicacionais da esfera pública têm que ser mantidas intactas por uma sociedade de sujeitos privados, viva e atuante. Isso equivale a afirmar que a esfera pública política tem que estabilizar-se, num certo, sentido por si mesma: isso é confirmado pelo peculiar caráter auto-referencial da prática comunicacional da sociedade civil. (HABERMAS, p. 102)

Desse modo, lembramos que há uma forte disparidade linguística entre as partes envolvidas no processo de declaração de utilidade pública, podemos, então, questionar a efetividade dos instrumentos oferecidos às comunidades tradicionais, visto que não se busca sanar esse desequilíbrio linguístico que interfere inclusive na defesa dos direitos destas comunidades.

É necessário existir consonância entre os institutos garantidos legalmente e a realidade social dos interessados, para que seja alcançada a

equidade no diálogo entre os envolvidos no processo de desapropriação por declaração de utilidade pública. Esta é a tese defendida por Habermas, quando trata da teoria discursiva, de que os agentes devem estar sob a égide da igualdade, pois ela permite o compartilhamento linguístico tornando-os aptos a dialogarem.

Ao tratarmos sobre a linguagem e o seu papel na ação comunicativa de integrar os indivíduos socializados, até que se chegue à conjunção dos interesses envolvidos é importante destacá-la como a fonte primária da integração social, enquanto elemento gerador das condições fáticas de interação entre os indivíduos. Deve-se ainda analisar o risco do dissenso no direito á sociedade, pois devemos pensar em um cenário apto de promover uma comunicação racional, fator preponderante à garantia dos direitos humanos pelas comunidades tradicionais, visto que já estão em processo de violação.

Visto que há uma vulnerabilidade das comunidades tradicionais em relação ao Estado, a argumentação por parte deste dispõe de maior efeito frente aqueles, produzindo uma desigualdade nesta comunicação e limitando os recursos das comunidades tradicionais nos institutos que o processo, de declaração de utilidade pública com fins de desapropriação, oferece às partes. O diagnóstico aqui auferido é que não se enfrenta esta situação fática no momento em que os agentes estão socialmente envolvidos, pois se assim o fosse possibilitaria a construção de um diálogo equitativo, viabilizando o consenso das partes. E mais uma vez o Estado é agente que ratifica e promove as violações de direitos humanos, quando na verdade deveria cumprir papel de garantidor na proteção dos direitos constitucionalmente previstos.

Licenciamento do IBAMA com base no EIA/RIMA

Com a finalidade de tentar prever os impactos decorrentes da implantação de grandes empreendimentos, instituiu-se a Resolução do CONAM nº 1 de 1986 com a finalidade de regulamentar a avaliação de impactos ambientais decorrentes da implantação de empreendimentos de grande porte como no caso da hidrelétrica de Estreito. No entanto, na leitura do referido documento é perceptível a existência de

inúmeros erros e omissões no estudo, fato que segundo o Ministério Público periclitaria a realidade da implantação do empreendimento, que por sua vez, inviabilizaria a concessão de licença prévia ao empreendimento. No entanto, o que se verifica é a persistência dos órgãos competentes, assim como dos proponentes do empreendimento em manter o projeto de instalação, mesmo com as falhas apontadas, gerando o questionamento sobre qual fator realmente motiva a construção da barragem de Estreito.

O Ministério Público, na Ação Civil Pública nº 2010.40.00.002411-9 afirma existir inúmeras falhas no Estudo de Impacto Ambiental- EIA do complexo de barragens do rio Parnaíba, sendo que afirma a existência de omissões grosseiras no que toca a questão dos danos ambientais e à população local. Porém, a despeito de tais apontamentos, o IBAMA concedeu a licença prévia para construção do complexo de barragens. Para fundamentar tal insistência no projeto o governo afirma a necessidade de autonomia energética da região, bem como alega a precariedade do fornecimento energético no Piauí, sendo um dos fatores que impediriam o desenvolvimento econômico da região, argumentos que são questionáveis.

Segundo documento enviado pelo Ministério Público Federal ao Ministério Público do Estado do Piauí, o argumento de necessidade da implantação do complexo de barragens no rio Parnaíba não é verídico, haja visto que:

> […] fato que causou espécie foi a afirmativa de que estas hidrelétricas trariam a autossuficiência para o Estado em energia elétrica. Ora, quem disse que precisamos ser autossuficientes, já que a integração nacional do setor elétrico sequer nos permite saber se a energia que abastece Teresina, a cada dia é oriunda de Boa Esperança, Tucuruí ou Itaipu? Para nosso desenvolvimento, precisamos, sim, de redes de transmissão e melhorias na distribuição, sobre as quais o Piauí não tem sido priorizado. (Parecer técnico de Romildo Mafra ao Superintendente do IBAMA)

É patente no fragmento a afirmação de que as hidrelétricas seriam para suprir demanda energética do Piauí, uma vez que não é possível

aferir quanto da energia elétrica consumida no Estado é proveniente de barragens regionais ou de outros estados do país. Por fim é identificado que o déficit de infraestrutura não é na construção de hidrelétricas e sim no melhoramento da rede de transmissão, que de fato solucionaria os eventuais problemas de distribuição elétrica na região.

Refutados os principais argumentos fundamentadores do projeto de implantação da barragem de Estreito e demais, resta a pergunta: "o que na verdade motiva o projeto de implantação de tais empreendimentos ?". É possível levantar algumas hipóteses sobre o assunto. Segundo Marx (2001) tanto o Estado como o Direito estariam a serviço da classe economicamente dominante, assim sendo, o complexo de barragens do rio Parnaíba serviria de suporte para a implantação de empreendimentos da iniciativa privada que se instalariam na região. Mas para que haja aceitabilidade por parte da sociedade, se utiliza do discurso universalista de justificação, ou seja, de que o principal beneficiado seria a população e que os problemas decorrentes do empreendimento seriam compensados pelos benefícios, ideia inverídica.

Pelo exposto é perceptível que o empreendimento não visa beneficiar a população, e sim o governo e a classe que o mantém e compõe. Porém, não se cogita as eclusas nos projetos de instalação de barragens em razão do aumento em 5% ou 7% no valor total da obra, ou seja, com essa manobra se favorece a empreiteira que construirá a obra em detrimento da população e da economia do Estado que para este possuir as eclusas após a construção da barragem, terá que investir 30% do valor da construção (BASILES, 2013).

Ainda utilizando o pensamento marxista é possível detectar a inversão da dominação entre sujeito (população) e predicado, o Estado. No caso em questão ocorre que o Estado, produto da vontade dos indivíduos e mantido pela população, passa a decidir em benefício próprio, ou seja, o governo entende que é mais produtivo não possuir um ônus de 7% somado ao valor da construção de uma barragem, facilitando a execução do projeto, beneficiando os proponentes e autopromoção do Estado, inviabilizando o uso de via fluvial regional que proporcionaria inúmeros benefícios à população local e posteriormente, em outro governo, investir 30% o valor total da obra na construção das eclusas.

Um dos modos de reverter tal situação seria por meio da divulgação de tais informações que gerariam discussão social sobre o assunto gerando opinião real sobre os posicionamentos do governo que por sua vez geraria pressões sobre o mesmo, no sentido de cobrar atuação diversa da adotada atualmente. As formas de pressão sobre o governo poderiam se dar em dois sentidos, no primeiro seria possível lançar mão de manifestações que eventualmente impactassem, no sentido de divulgação das irregularidades e verdadeiros objetivos dos empreendimentos. O efeito mais importante da discussão social se daria nas urnas, uma vez que o eleitorado passaria a tender a outros partidos, fato que não seria bem recebido pelo governo, que tem por objetivo a manutenção do poder, levando este a atender as reivindicações com a finalidade de manter o eleitorado necessário à reeleição do governo.

Conclusão

Por tudo já exposto, é óbvia a desconsideração dos direitos das comunidades quilombolas e favorecimento do interesse de particulares. No entanto, para que haja equalização entre as comunidades quilombolas e os proponentes do empreendimento, é necessário que se busque meios de inclusão discursiva das partes vulneráveis, para que possam ter noção do que de fato ocorre aos seus direitos. Outro modo de alterar o cenário atual é por meio da discussão social que se poderia pressionar o governo a modificar sua forma de atuação.

Para que se possa concretizar a equalização social é possível vislumbrar a participação de meios que permitam o contato entre as partes litigantes, tal como a assessoria jurídica popular. A assessoria jurídica é importante meio de geração de discussão sócia, uma vez que não se vincula ao Estado, não dependendo deste para desenvolver sua atuação. Outra forma de mediação do discurso em casos como esse, onde há grande disparidade dialógica e social entre as partes, seria a extensão universitária, que por meio da comunicação horizontal com as comunidades, transmitem ponto de vista diverso do censo comum proporcionando um entendimento plural sobre que realmente significa a instalação de grandes empreendimentos, assim como sobre os direitos que regulam tal processo.

Como já referido em outro momento, um meio eficaz de se reverter o cenário atual seria por meio da discussão social sobre as diversas categorias e fatores envolvidos na construção de megaeventos. No âmbito acadêmico o debate gerado pela doutrina, produção de trabalhos científicos, eventos, etc., tem papel vital em lançar luz sobre essa questão e dar início a debates internos que de certo modo tem reflexo para além da academia, uma vez que agrega conhecimento os futuros profissionais do direito que terão que lidar com questões tão complexas quanto esta. Já com relação à comunidade que não é vinculada diretamente à academia se tem os movimentos sociais e manifestações, que competindo com os meios de comunicação em massa, dão ensejo à discussão sobre os direitos e garantias das populações tradicionais, bem como sobre a atuação do Estado que é condicionada por fatores econômicos.

O diálogo dos diversos extratos sociais sobre a temática tem efeito a curto e longo prazo. De imediato se tem o temor dos grupos que formam o governo de perder o apoio da população nas urnas e consequentemente não obter a continuidade no poder por meio da reeleição. A longo prazo se teria a modificação do pensamento dos futuros comandantes da administração pública, assim como dos profissionais do direito que serão responsáveis por decidir sobre questões complexas que envolvam a colisão entre direitos e interesses como no caso em análise, possibilitando uma visão plural sobre a questão e uma decisão menos condicionada pelo censo comum e pelos fatores econômicos.

Referências bibliográficas

BRASIL. Resolução do CONAMA Nº 1, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental;

_____. Decreto Nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, o seu Comitê Gestor, e dá outras providências;

_____. Decreto-lei Nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública;

_____. Decreto Nº 2.335, de 6 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências;

_____. Resolução Normativa da Aneel Nº 486, de 8 de maio de 2012. Altera a Resolução Normativa n. 279, de 11 de setembro de 2007;

_____. Resolução Normativa da Aneel Nº 259, de 09 de junho de 2003. Estabelece os procedimentos gerais para requerimento de declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, de áreas de terras necessárias à implantação de instalações de geração, transmissão ou distribuição de energia elétrica, por concessionários, permissionários ou autorizados.

_____. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública (Processo nº 2010.40.00.002411-9);

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

_____. Direito e democracia: entre faticidade e validade, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

KEMENES, Alexander. Os impactos de hidrelétricas no rio Parnaíba. Disponível em: <http://www.agrosoft.org.br/agropag/216623.htm>. Acessado em: 06 de mai. 2013;

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. A Ideologia Alemã. São Paulo: Martins Fontes, 2001;

PROJETEC. Estudo de Impacto Ambiental- Estudos Preliminares, vol.:1;

RIBEIRO, Gustavo Lins. Ambientalismo e desenvolvimento sustentado: ideologia e utopia no século XX. Ci. Inf., Brasília, 21(1): 23-31, jan./abr. 1992;

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA: UMA ANÁLISE DE SUA VIABILIDADE JURÍDICA

Marcella Noronha de Gois

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia teve sua origem através da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto São José da Costa Rica, ao prever a obrigatoriedade de o preso ser transportado, sem demora, à presença do juiz, para que fossem analisadas a infração cometida, a real necessidade da prisão e se houve maus tratos cometidos pelas autoridades policiais.

A título nacional, a audiência de custódia foi regulamentada, de forma inicial, por intermédio da resolução 213, editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015 e, somente recentemente, ganhou maior destaque ao ser introduzida na legislação nacional, através do pacote anticrime, passando a ser especialmente prevista no Código de Processo Penal.

Essa previsão possui amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988, uma vez que a audiência de custódia objetiva o contato físico do juiz com o preso, para que o tratamento do ato da prisão seja mais o humanizado possível, evitando a prática de torturas e maus tratos que ocorrem por parte dos profissionais de segurança pública.

Na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 5º, III, encontra-se expresso o texto afirmando que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano ou degradante. A audiência de custódia, em suma, serve para garantir que seja aferido pelo juiz se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa detida.

Em decorrência disso, surge a problemática do presente artigo: a videoconferência descaracteriza a ideia de aproximação que a audiência de custódia quer garantir, de forma a acarretar prejuízos ao acusado?

A metodologia baseou-se em uma pesquisa qualitativa, utilizando-se como procedimento a pesquisa bibliográfica, pautada em fontes como doutrinas (Aury Lopes Jr, Caio Paiva, Guilherme Nucci), jurisprudência, artigos científicos, legislações (Código de Processo Penal, Pacto São José da Costa Rica, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) e meios eletrônicos.

Este artigo está estruturado da seguinte forma: inicialmente, faz-se uma sucinta abordagem sobre o que é o instituto e como surgiu no Brasil, em que legislações estava previsto, e as mudanças que ocorreram. Em seguida, é abordada a instituição da audiência de custódia por videoconferência, expostos os posicionamentos divergentes e, por fim, apresentam-se as decisões atuais sobre o tema.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia é uma audiência rápida e simples, a ser realizada em local apropriado, reunindo o preso, o juiz, o promotor e a defesa, em até 24h após a prisão, para que ali seja averiguado se ocorreu alguma ilegalidade na prisão, assim como analisada a integridade física e psíquica do preso, com intuito de assegurar que as autoridades policiais não abusem de seus poderes.

O magistrado, por sua vez, decidirá sobre a legalidade e imprescindibilidade da prisão, de acordo com o artigo 310, I, do Código de Processo Penal, podendo inclusive aplicar, se for o caso, as medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do código retro mencionado. Caso seja relaxada a prisão, o indivíduo poderá ser encaminhado a núcleos psicossociais para que possua assistência devida.

É necessário que a audiência de custódia ocorra logo após a prisão para que sejam verificados vestígios de possíveis maus tratos, que geralmente ocorrem nas primeiras horas de prisão, além de ser uma forma de evitar que a prisão ilegal não se protraia no tempo, garantindo que não sejam cometidas injustiças e arbitrariedades. Nesse sentido, explica Aury Lopes Jr (2018):

> Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva). (LOPES, 2018, p. 623)

Neste primeiro momento, não há quaisquer discussões acerca do mérito da infração supostamente cometida pelo acautelado, mas apenas questões objetivas relacionadas à prisão, havendo assim um limite em sua abordagem. Desta forma, seu objetivo deve ser canalizado na averiguação da situação de flagrante, bem como se a prisão foi de fato legal e, por fim, se é necessária a manutenção da prisão. Vejamos o que dizem Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2015):

> Essa entrevista não deve se prestar para análise do mérito (leia-se, autoria e materialidade), reservada para o interrogatório de eventual processo de conhecimento. A rigor, limita-se a verificar a legalidade da prisão em flagrante e a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva, bem como permitir uma melhor análise da(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) adequada(s) ao caso, dando plenas condições de eficácia do artigo 319 do CPP, atualmente restrito, na prática, a fiança. (LOPES; DA ROSA, 2015)

É importante ressaltar que foi constatado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2019) que a cada 25 presos que passam por audiência de custódia no estado, 1 denuncia que foi torturado e que os policiais militares são indicados como autores do abuso.

Pode-se observar que o instituto tem como objetivo algo teoricamente simples: reduzir o número de torturas e ilegalidades que, por-

ventura, venham a acontecer em determinadas prisões. Neste diapasão, Caio Paiva (2015, p. 29) diz que a audiência de custódia "surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais."

A sua eficácia resta demonstrada quando observados os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), colhidos em 2017, que revela ter havido 285.485 audiências de custódia no Brasil, tendo sido evitadas 115.497 prisões, representando assim 48,68% de sua totalidade, ou seja, quase 1 a cada 2 presos em flagrante foram alvos de arbitrariedades, de acordo com os dados divulgados.

A audiência de custódia foi introduzida por convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, o que influenciou diretamente o direito brasileiro, tendo em vista que essas possuem status supralegal no nosso ordenamento jurídico, segundo entendimento firmado pela Suprema Corte.

Mais especificamente, em seu artigo 7.5, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) determina que "Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais [...]".

No mesmo diapasão, está disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1976), em seu artigo 9.3 que "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]".

Essas normas foram promulgadas pelos decretos 678/92 e 592/92, respectivamente, os quais determinaram que o Brasil passasse a cumpri-las inteiramente, objetivando assegurar a integridade e a dignidade dos indivíduos, e nesse caso, dos que estariam detidos, aplicando os procedimentos garantistas supracitados.

Conforme consta no artigo 5º, parágrafo 2°, da Constituição Federal de 1988, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por eles adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do

Brasil seja parte". Dessa forma, a audiência de custódia passou a ser considerada um direito fundamental.

Antes de sua existência, a legalidade da prisão era baseada apenas no exame do Auto de Prisão em Flagrante, o qual não expunha o preso na frente do juiz, motivo pelo qual se tornava mais difícil analisar a ocorrência de tortura e como consequência, havia maior sensação de impunidade dos responsáveis pelas agressões.

Assim, as convenções internacionais se destacaram como grande evolução para os direitos humanos, considerando a cultura bastante repressora existente em todo o mundo. À exemplo, dados colhidos pela Defensoria Pública de São Paulo (2016) afirmam que "entre janeiro e outubro de 2015, pelo menos 93 presos provisórios fizeram menção explícita ao uso de choques elétricos no momento da prisão em flagrante."

Vale ressaltar que, mesmo diante de convenções internacionais e passados anos da sua incorporação no ordenamento jurídico interno, ainda havia grande resistência no devido cumprimento da audiência de custódia, por motivos de falta de estrutura ou de servidores.

Entrementes, cumpre mencionar a decisão que o Supremo Tribunal Federal declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. O instituto foi inspirado na Corte Colombiana e objetivou solucionar a violação de direitos fundamentais da população vulnerável, sobretudo a carcerária, ao determinar que os juízes passassem a realizar as audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso no prazo de 24 horas.Em 2015, a audiência de custódia surgiu especificamente no Brasil através da resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa no prazo de 24 horas, tanto em flagrante (artigo 1º), quanto preso cautelarmente (artigo 13), visando adotar os procedimentos de forma mais rígida, e, consequentemente, oportunizando ao preso a chance de um contraditório prévio.

É importante destacar que a partir da resolução supracitada, foi implantada a audiência de custódia também às demais prisões (preventiva, temporária), porém, nestes casos, o juiz cumprirá somente a finalidade de proteger a integridade física e psíquica, deixando para analisar

a legalidade da prisão somente nos casos de prisão em flagrante. Dessa maneira, o tema foi tratado por Renato Brasileiro, vejamos:

> Grosso modo, a audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. (BRASILEIRO, 2017, p. 922-923).

Observa-se também que a expressão "sem demora" foi regulamentada, transformando-a em um prazo de 24 horas. Entende-se que se trata de um avanço, pois existe a necessidade de esse prazo ser curto e determinado, porque os vestígios dos possíveis maus tratos poderiam desaparecer com o tempo, além de a ciência do juiz sobre a prisão ser mais rápida, de forma que evite que a prisão ilegal se estenda por mais tempo.

Além disso, em seu art. 4º, §único, está prevista a vedação da presença dos agentes policiais que foram responsáveis pela prisão ou pela investigação no momento da audiência de custódia. Isso ocorre porque a presença desses agentes dificultaria a revelação por parte do preso acerca das possíveis agressões sofridas.

No entanto, cumpre mencionar, que há séria resistência em parcela das entidades policiais, membros do Ministério Público e, inclusive, da própria justiça, sob o argumento de que não existe estrutura suficiente, e que os gastos financeiros utilizados para realizá-la mostram-se excessivos.

Nas palavras do juiz de direito da vara criminal de Caraguatatuba, Bruno Luiz Cassiolato (2015) "Receio que o custo benefício seja muito baixo e que os resultados não sejam alcançados, além do que nossa pouca estrutura material será ainda mais onerada, sem ganhos efetivos para a defesa", isto com base em sua experiência, aludindo que talvez o problema do crescente número da população carcerária não decorra da falta de instrumentos processuais ou falhas técnicas na aplicação jurisdicional deles, e sim de questões sociais e civilizatórias.

Em 2020, com a vigência do Pacote Anticrime, a Audiência de Custódia foi regulamentada no Código de Processo Penal, ratificando

tudo aquilo que já havia sido trazido nas Convenções Internacionais, bem como pela resolução do Conselho Nacional de Justiça.

O referido encontra-se atualmente disposto em seu artigo 287, onde se diz que o preso deve ser imediatamente apresentado ao juiz para a realização da audiência de custódia, e no artigo 310, em que **é aludido** que o prazo m**áximo para fazê-la é** de 24 horas após a realização da prisão, incluindo que deveriam estar presentes o acusado, seu advogado ou defensor constituído e o membro do ministério público, onde o juiz poderá relaxar a prisão, caso seja ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Um grande imbróglio foi gerado a partir do veto do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, sobre o § 1º do artigo 3º-B da Lei Anticrime, que tratava especificamente da vedação do emprego de videoconferência para a realização da Audiência de Custódia.

Após este feito, divergências doutrinárias começaram a surgir, em posicionamentos que vão de encontro àqueles que afirmam a necessidade da Audiência de Custódia presencial, ao aduzirem que em razão do veto, a apresentação por videoconferência poderia começar a ser feita não mais apenas em casos excepcionais, mas sim ordinariamente, a fim de dar maior celeridade e segurança processual, incluindo a redução de custos de transporte do custodiado.

3 DA INSTITUIÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

A problemática acerca da necessidade de presença física do preso já era discutida em 2005, em razão da Lei Estadual 11.819, editada pelo Estado de São Paulo, que previa a realização do interrogatório de presos por meio de videoconferência, com objetivo de torná-lo mais célere. A partir de então, a questão foi levada a discussão aos tribunais superiores, os quais obtiveram divergências sobre o assunto.

Nos arts. 185, § 2º e 217 do CPP, está prevista a permissão do uso da videoconferência no interrogatório do réu de maneira excepcional. Pela analogia, considerando o art. 3º do CPP, que diz que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, já que o

interrogatório, que é o ato mais importante para a defesa, se realiza de tal forma, indaga-se: por que não utilizar a videoconferência na audiência de custódia?

Para alguns doutrinadores, tais como Caio Paiva (2014) e Aury Lopes Jr (2014), o sistema afastaria a percepção real do juiz com relação ao custodiado, impedindo que fosse analisada de perto a sua integridade física, de forma que seria impossível concretizar um dos objetivos principais da audiência de custódia.

Nesse sentido, Caio Paiva e Aury Lopes Jr. (2014) defendem que "[...] O contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado."

É mister dizer que os presos se sentiriam intimidados ou até ameaçados pela presença da autoridade responsável pela prisão, que poderá ser a mesma que cometeu o abuso, e os seus relatos podem acarretar em novos castigos.

Observa-se que as audiências feitas por meio eletrônico estão em desconformidade com as normas citadas neste artigo, uma vez que não possibilitam a presença física do preso perante o juiz (o que está expresso tanto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como na Resolução do Conselho Nacional de Justiça). A presença do detido proporciona ao juiz uma visibilidade maior, de forma a permitir que este detecte circunstâncias que as câmeras são incapazes.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, já havia se manifestado, quando julgou o caso Lopes Alvarez vs. Honduras, pela obrigatoriedade do comparecimento pessoal do detido perante ao juiz, seguindo o que está expresso em seu artigo 7.5. Vejamos:

> Conforme o artigo 7(5) da Convenção e de acordo com os princípios de controle judicial e imediação processual, a pessoa detida ou retida deve ser levada sem demora, a um juiz ou autoridade judicial competente. Isso é essencial para a proteção do direito a liberdade pessoal e de outros direitos, como à vida e à integridade pessoal. O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia: **o detido deve comparecer pessoalmente e dar declaração diante**

> **do juiz ou autoridade competente**. *(CIDH, 2006, tradução nossa, grifo nosso)*

Em contrapartida, para Guilherme Nucci (2019, p. 672), a videoconferência nesse caso seria útil para diminuir os custos do Estado, e já que é permitida para o interrogatório do réu, seria adequada nos casos da audiência de custódia. Vejamos:

> Assim sendo, sem que o conteúdo do flagrante seja primordial, para poupar ainda mais custos ao Estado (leia-se, Executivo), poder-se-ia promover a audiência de custódia por videoconferência. Evita-se o deslocamento do preso até o fórum e o magistrado vê, do mesmo modo, a sua face. Ora, se para os interrogatórios judiciais muitos defenderam essa maneira de contato entre juiz e réu, parece-nos extremamente mais fácil para a audiência de custódia. (NUCCI, 2019, p. 672)

Inclusive, alguns tribunais já se utilizaram do instituto, por questões de segurança e celeridade processual, já que os fóruns se situam distante das prisões.

Tem-se como exemplo a comarca de Dourados/MS, que, segundo dados do Sistema de Automação da Justiça, realizou a primeira audiência de custódia por videoconferência na região há cerca de 4 anos, pelo motivo de o indiciado já estar preso na penitenciária estadual e ter sido flagrado com entorpecentes durante o procedimento de revista das celas, além de a prisão se situar a 20 km do fórum (SIMA, 2016).

Outrossim, a comarca de Sengés/PR, no dia 26/03/2019, realizou a audiência de custódia por videoconferência por meio de um aparelho celular e de acordo com o juiz Marcelo Quentin, já estavam sendo realizadas com recursos eletrônicos, conforme publicado na página do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR, 2019).

Numa esfera mais atual, segundo notícia publicada pela assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, houve a necessidade pelo Tribunal em realizar as audiências de custódia por meio de videoconferência, em razão das medidas protetivas contra o coronavírus, vírus de fácil contágio que chegou ao país neste ano,

trazendo a necessidade de isolamento social (Assessoria de Imprensa, 2020).

Pesquisas do G1 mostram que há contratempos relativos ao transporte dos presos, apontando o estado de São Paulo que gastou mais de 29,3 milhões de reais em escoltas (STOCHERO, 2016). Lembrando que na realidade do Brasil, o efetivo policial é escasso e os recursos são restritos.

No entanto, é preciso analisar se o avanço tecnológico subtrai o objetivo da audiência de custódia. É observado que os argumentos utilizados por quem defende o uso desse recurso são fracos de um ponto de vista garantista, tendo em vista que os benefícios só atendem o Estado.

5 DECISÕES ATUAIS SOBRE O TEMA

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu, por meio da resolução 09/2019, pela liberação do uso da videoconferência nas audiências de custódia, contudo, a resolução foi suspensa pelo Ministro Dias Toffoli, presidente do CNJ, que afirmou "É fundamental que a pessoa presa seja apresentada pessoalmente à autoridade judicial para coibir possíveis práticas de tortura e maus tratos. " (TOFFOLI, 2019)

Para ele, a videoconferência atenta contra a *ratio essendi* da audiência de custódia, ou seja, retira o seu objetivo principal, que é a aproximação do juiz com o preso. Além disso, o fato de a videoconferência não estar prevista em lei é mais uma razão para não a utilizar.

Logo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 11/12/2019 decidiu que não está admitido o uso de videoconferência na audiência de custódia. (Informativo 663 do STJ - DECISÃO CC 168.522-PR).

> Em suma: Não é cabível a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência. A audiência de custódia, no caso de mandado de prisão preventiva cumprido fora do âmbito territorial da jurisdição do Juízo que a determinou, deve ser efetivada por meio da condução do preso à autoridade judicial competente na localidade em que ocorreu a prisão. Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por

> meio de videoconferência, ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar.

Observa-se que a audiência de custódia, como instrumento de justiça social, é um mecanismo de proteção à dignidade da pessoa humana, uma vez que protege o indivíduo de torturas, abusos de autoridade e prisões arbitrárias, ao garantir os seus direitos. Por essa razão, considera-se que as decisões atuais seguem um caminho para a humanização da justiça.

Além disso, ao abordar este assunto, está em jogo um direito fundamental de primeira geração ou dimensão, que é a liberdade de locomoção, que restará ameaçada no momento da prisão e, por essa razão, o Estado deve estar em constante vigilância para que não exerça seu cerceamento de forma abusiva.

Permitir que a videoconferência seja efeito automático e não uma exceção, **é despedaçar um instituto que traz proteção ao réu, contribuindo ainda mais para um sistema** desarrazoadamente punitivo, tendo em vista a blindagem que este formato atribui àqueles que vierem a praticar arbitrariedades, de forma que a sensação de impunidade pode, neste caso, incentivar a prática de tais atos.

Porém, não **há como ser descartada, de plano, a possibilidade de utilização da custódia por meio da videoconferência**. Haverá momentos em que este método será uma necessidade e, por isso, os recursos tecnológicos poderão ser aproveitados subsidiariamente. Seria praticável a flexibilização das decisões, na medida em que a videoconferência pudesse ser empregada em *ultima ratio*, de forma fundamentada, e sem causar prejuízos ao preso, que é parte vulnerável no processo.

Um exemplo prático da exceção que possibilitaria a implementação da audiência de custódia por videoconferência, é situação de pandemia, ocasionada pelo surgimento do *sars-cov-2,* que teve seu início no final do ano de 2019 e vem exigindo uma série de medidas a serem adotadas, dentre elas o isolamento social, a fim de que seja evitada a propagação do vírus, o qual possui uma alta taxa de contágio.

Em razão disso, o CNJ proferiu a recomendação nº 62, a qual, em seu art. 8º, propôs aos tribunais e magistrados a não realização de

audiências de custódia, em caráter excepcional e exclusivamente em período de restrição sanitária, considerando a pandemia como motivação idônea, em consonância com o previsto no dispositivo do art. 310, §3º e 4º do CPP.

Em vistas ao cenário, deve-se analisar a possibilidade de haver a flexibilização da audiência, para que esta possa ser realizada por videoconferência, haja vista a impossibilidade de sua realização de forma presencial enquanto esta situação perdurar, levando em consideração que há um motivo maior por trás, que é a segurança e a saúde dos profissionais da justiça e dos presos, e tendo em vista que o uso da videoconferência, neste caso, é mais benéfico para o custodiado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, entende-se que a audiência de custódia é um instituto de tamanha relevância para o processo penal, que foi implementado no Brasil desde 1992, por meio de convenções internacionais das quais o país é signatário, e posteriormente regulamentada, de forma que passou a ter um maior cumprimento.

A sua importância se mostra ao assegurar os direitos do preso, o qual, neste momento, se encontra vulnerável, tendo em vista a cultura repressora que habita em todo o país, a qual marginaliza os seres humanos que ocupam o lugar de acusado e, consequentemente, não respeita os seus direitos.

Dessa forma, o custodiado possui a oportunidade de denunciar alguma espécie de abuso sofrido, e de ter a legalidade de sua prisão apreciada pelo juiz de forma imediata, sem ter de esperar até uma audiência de instrução, o que lhe dá a possibilidade de responder ao processo em liberdade, estimulando, assim, a excepcionalização das prisões preventivas.

Por mais que o recurso tecnológico possua vantagens econômicas, a característica presencial da audiência de apresentação se mostra essencial, pois é necessária para que sejam devidamente cumpridos seus objetivos, como o de fazer com que os presos se manifestem em relação

aos abusos sofridos, ou de o juiz visualizar algum resquício destes. Necessita-se de um "olhar no olho" de quem está do outro lado, para que sejam evitadas as decisões autom**áticas.**

Por essa razão, entende-se que a sua melhor aplicação é por meio do contato direto do preso com o juiz, permitindo uma maior aproximação da realidade, para que a integridade do custodiado seja protegida, de forma a garantir na prática o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual incide a todos seres humanos, inclusive àqueles que cometeram infrações.

Contudo, entende-se que deveria haver uma ponderação. Somente nos casos em que a audiência de custódia tiver de ser suspensa, ou seja, em casos extremos em que esta não tenha condições de acontecer, deve-se permitir que o método da videoconferência se aplique, pois, a não utilização da audiência de apresentação é mais prejudicial ao preso que a utilização do recurso tecnológico.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. Um em cada 25 presos no Rio denuncia em audiência de custódia que foi torturado. Rio de Janeiro, 2 ago. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/08/um-em-cada-25-presos-no-rio-denuncia-em-audiencia-de-custodia-que-foi-torturado.shtml> Acesso em: 28 abr. 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia. Da boa intenção à Boa técnica. Porto Alegre, 2016.

Assessoria de Imprensa. **TJRJ vai realizar audiências de custódia por videoconferência durante período de medidas protetivas contra o coronavírus**. Rio de Janeiro, 16 mar. 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7094623>. Acesso em: 01 maio 2020.

BOEHM, Camila. **Mais de 40% dos presos provisórios em SP sofreram violência no momento da prisão**. São Paulo, 17 nov. 2016. Disponível em: < https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-

-humanos/noticia/2016-11/mais-de-40-dos-presos-provisorios--em-sp-sofreram-violencia-no>. Acesso em: 24 maio 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Veto nº 56/2019 (Pacote Anticrime).** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8060620&ts=1590685683683&disposition=inline>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. **Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 de maio, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reclamação para garantia das decisões. Decisão. Processo nº 008866-60.2019.2.00.0000. Requerente: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. 19, nov. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/DECISAO-AUDIENCIA-CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Promulgação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do senado nº 554, de 2011. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 798. Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental. Brasília, DF. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC. Reclamação para garantia de decisões nº 0008866-60.2019.2.00.0000. Brasília, DF. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/3A7614D7AA7515_0008866-60.2019.2.00.0000_3807.pdf>. Acesso em: 01 maio 2020.

BRASILEIRO, RENATO. Manual de processo penal: volume único. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

CASSIOLATO, Bruno. **Do jeito que está, audiência de custódia não terá ganhos efetivos para a defesa**. 26 fev. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/02/26/que-jeito-que-esta-audiencia-de-custodianao-tera-ganhos-efetivos-para-defesa/>. Acesso em: 09 maio 2020.

CNJ. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>. Acesso em: 24 maio 2020.

CIDH. Caso Lopez Alvarez vs. Honduras. 01 fev. 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

CUNHA, Dirley. Estado de coisas inconstitucional. 2016. Disponível em: < https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/arti-

gos/264042160/estado-de-coisas-inconstitucional> Acesso em: 17 maio 2020.

Defensoria Pública de São Paulo. Defensoria Pública de SP divulga balanço dos atendimentos a presos provisórios da capital. 09 nov. 2016. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=70126&idPagina=3086>. Acesso em: 28 maio 2020.

FALCÃO, Marcio. Fux derruba artigo do pacote anticrime que beneficiava preso não submetido a audiência de custódia. 22 jan. 2020. Disponível em:<https://www.oantagonista.com/brasil/fux-derruba-artigo-do-pacote-anticrime-que-beneficiava-preso-nao-submetido-a-audiencia-de-custodia/> Acesso em: 01 maio 2020.

GURGEL, Sergio Ricardo do Amaral. **Estatísticas mostram bom começo das audiências de custódia.** 25 jul. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/sergio-gurgel-numeros-mostram-bom-comeco-audiencias-custodia2> Acesso em: 12 abr. 2020.

LOPES, Aury. DA ROSA, Alexandre. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). 20 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2> Acesso em: 16 maio 2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 8ª edição – São Paulo: Atlas, 2019.

MASI, CARLO. Direito Penal. Revista dos Tribunais. 16 fev. 20117. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.05.PDF> Acesso em: 12 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro. 2019.

OLIVEIRA, José. **Coronavírus e a audiência de custódia por videoconferência.** 23 mar. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/coronavirus-e-audiencia-de-custodia-atraves-de-videoconferencia/> Acesso em: 17 maio 2020.

PAIVA. Caio. LOPES, Aury. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Revista Consultor Jurídico, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 15 maio 2020.

PAIVA, Caio. Lopes, Aury. **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A IMEDIATA APRESENTAÇÃO DO PRESO AO JUIZ: RUMO A EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL.** Revista da Defensoria Pública. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201907/02133552-revista-da-defensoria-publica-ano-v-n-9-mai-ago-2014.pdf#page=155> Acesso em: 12 mar. 2020.

PAIVA, Caio. **Na série "audiência de custódia"**. 18 mar. 2015. Disponível em: < http://www.justificando.com/2015/03/18/na-serie-audiencia-de-custodia-o-que-deve-ser-entendido-por-sem-demora/> Acesso em: 28 abr. 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SIMA, Alice. Juiz de Dourados aproveita recursos do SAJ e realiza audiência de custódia por videoconferência. 25 jul. 2016. Disponível em: < https://sajdigital.com/tribunal-de-justica/audiencia-de-custodia-videoconferencia-saj/>. Acesso em: 25 maio 2020.

STOCHERO, Tahiane. SP gastou R$ 29 milhões em escoltas de presos em 2015. São Paulo, 26 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/07/sp-gasta-r-29-milhoes-e-tira-190-mil-pms-das-ruas-com-escolta-de-presos.html>. Acesso em: 12 abr. 2020.

TJ/ PR. **Comarca de Sengés realiza audiência de custódia por videoconferência.** Sengés, Paraná. 29 mar. 2019. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/comarca-de-senges-realiza-audiencia-de-custodia-por--videoconferencia/18319>. Acesso em: 25 maio 2020.

RESUMOS

DIREITO À SAÚDE DA MULHER APENADA NO MARANHÃO

Juana Caroline Carvalho Silva
Renata Caroline Pereira Reis

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo demonstrar se o Estado, em especial o do Maranhão por meio do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, atende a determinação da Lei de Execuções Penais e a Política Nacional de Atenção Integral às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade em consonância com o que prega a Pastoral Carcerária no que diz respeito ao direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade. O interesse na pesquisa surgiu em razão da leitura de artigos, notícias e oitiva de relatos pessoais de mulheres que viveram situações reais em presídios femininos no Maranhão. Para a sua realização, utilizou-se, principalmente, da pesquisa bibliográfica e documental. A saúde tem conceito amplo e, portanto, não significa apenas o estado patológico do ser humano, abrangendo também o bem-estar. Trata-se de um direito fundamental previsto constitucionalmente e que é marcado pela universalidade. O que significa que deve alcançar a todas as pessoas, inclusive aquelas que estão em cumprimento de pena. Do artigo 5°, inciso XLIX, da CF/88 extrai-se o comando de garantir às pessoas presas o devido respeito à integridade física e moral. O que significa que, o encarceramento não é desculpa ou condição para que um indivíduo em conflito com a lei seja desassistido pelo Estado. Posto que, nessa situação, é responsabilidade do Poder Público resguardar a sua saúde e segurança. As

penitenciárias, segundo o art. 87 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) são locais onde aqueles que são condenados em regime fechado são destinados para cumprir sua pena. No Brasil, até 1940 não havia regulamentação quanto ao encarceramento feminino. Sendo assim, as mulheres eram encarceradas de acordo com suas condições físicas. O Código Penal de 1940 determinou que presídios especiais para mulheres fossem construídos, fazendo com que estas cumprissem pena em estabelecimento específico ou adequado à particularidade do gênero. Somente em 1984, com o advento da Lei de Execuções Penais passou-se a assegurar às mulheres o direito de serem tratadas de forma igual a qualquer outro detento. Destaca-se, entretanto, que quando criada a Lei de Execuções Penais não olhava para as particularidades da mulher presa. Afinal, até 2009 as mulheres eram atendidas por servidores do sexo masculino, proporcionando uma série de constrangimentos e abusos. Com a alteração proporcionada pela Lei n. 12.121/2009 que alterou o art. 83, §3° da Lei de Execuções Penais, determinou-se a retirada de agentes penitenciários masculinos dos presídios voltados para o público feminino. O que deveria ser cumprido em 180 dias. Ao reconhecer-se a precariedade existente foram criadas portarias interministeriais preocupadas em prever e direcionar políticas públicas específicas para atender as particularidades desse público. A Portaria n° 210, de 16 de janeiro de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, que como objetivo logo em seu art. 1°, reformular as práticas do sistema prisional brasileiro, contribuindo para a garantia dos direitos das mulheres. A de nº. 01, de 2014 instituiu a Política Nacional De Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional. Enquanto que a de n° 1777/2003 aprovou o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário com vistas a promover a atenção integral à saúde da população prisional (feminina e masculina), além daqueles mantidos em unidades psiquiátricas. A relevância desta última se dá pelo fato de que atende ao princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em to-

dos os níveis de assistência e a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie preconizada pela Lei nº. 8.080/1990. A criação da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, em 2004, trouxe uma série de princípios e diretrizes que visam implementar ações de saúde e garantia dos direitos humanas das mulheres, reduzindo a morbimortalidade que tem origem em causas passíveis de previsão e que podem ser evitadas. Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Cartilha da Mulher Presa que determina que às presas devam ser garantidos os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5° da Constituição Federal, pois embora presa, a mulher deve ser tratada como pessoa humana dotada de dignidade, o que inclui o recebimento de assistência material que não seja ponha em risco a sua saúde e integridade física ou moral. É direito da Mulher Presa a assistência à saúde, respeitadas as peculiaridades da sua condição feminina e atenção básica à saúde, incluindo programas educativos de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis, bem como a manutenção da continuidade do tratamento de patologia anterior, com o uso de medicação ou acompanhamento médico. Às mães, de acordo com o art. 5°, inciso L, da CRFB/88, é assegurado o direito permanecer com seus filhos no período de amamentação e, para as gestantes, o art. 14, § 2° e § 3° da LEP, garante o direito fundamental ao tratamento médico adequado, bem como acompanhamento pré-natal e pós-parto. Pela Lei nº. 7.210/84, que institui a Lei de Execuções Penais art. 83, § 2° e § 3°, o sistema prisional feminino será dotado de berçário, onde as apenadas poderão amamentar seus filhos até os seis meses de idade. Espaço este que deverá conter exclusivamente agentes do sexo feminino, segundo o art. 83, § 3° da Lei de Execuções Penais. A visita do cônjuge, companheiro, parente e amigos também é prevista (OLIVEIRA, 2017). Para Oliveira (2017), no contexto internacional, destacam-se as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok. No Maranhão, a realidade carcerária feminina é bem

recente. Até 1924, segundo Bruna Angotti (2012) apenas 3 mulheres ocupavam o sistema penitenciário maranhense. Sousa (2014) relata a situação degradante do presídio feminino em Pedrinhas, onde homens e mulheres viviam juntos por conta da superlotação do pavilhão feminino. Essa mistura gerava prostituição, de forma que para sanar este problema um muro de contenção com ferros foi construído. Somente em 2010 as presidiárias do Maranhão foram alocadas em um presídio feminino propriamente dito (PEREIRA, 2015). Em relação a efetividade das políticas públicas relacionadas a área da saúde no presídio feminino do complexo penitenciário São Luís, pouco se sabe. Das informações constantes, é sabido que a estrutura física do presídio não é das piores, até pelo fato de ser uma construção recente em relação a outras. Segundo Pereira (2015), o presídio feminino conta com berçário, porém a estrutura física do mesmo não é adequada. Não há creches para os filhos das detentas que não tem com quem os deixar aqui fora. A estrutura para realização de pré-natal e pós-parto existe, mas os serviços médicos não. Segundo fontes do Conselho Nacional de Justiça (2018), através do Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes, até fevereiro de 2018, haviam cinco mulheres gravidas ou lactantes presas no sistema carcerário do Maranhão. Já em Setembro de 2018, não havia mais nenhuma mulher grávida em situação de cárcere no Maranhão. A mesma pesquisa também informa que a maioria dos presídios, como é o caso do Maranhão, estão inadequados fisicamente. No entanto, todos oferecem serviços de pré-natal, pós-parto e atendimento médico para as internas. Pelo que se encontrou de materiais disponibilizados, pelos mecanismos de informação oficial do governo do Estado do Maranhão, constatou-se que houve um avanço na busca pela melhoria e adequação do sistema penitenciário. No entanto, ainda há muito mais a ser feito para que essa mulher seja vista e tratada de modo mais digno e humano, principalmente em relação ao direito à saúde. O que poderia ser feito com a realização de parcerias e disponibilização de ações e serviços por parte da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Admi-

nistração Penitenciária. É necessário que se coloque em práticas as políticas públicas existentes para garantir o direito à saúde da mulher em situação de privação de liberdade, por parte da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do estado em comento.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Saúde da Mulher; Políticas Públicas; Prisão.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei de Execuções Penais** (Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 de Jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília. (DF): Senado Federal. 1988.

_____. **Cartilha da Mulher presa.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_mulher_presa_1_portugues_4.pdf. Acesso: 19 Jan. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Silva de**. REGRAS DE BANGKOK E ENCARCERAMENTO FEMININO.** Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/regras-de-bangkok-encarceramento/. Acesso em 16 nov. 2018

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INFOPEN-MULHERES. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 18 jul. 2019

ANGOTTI, Bruna. **Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil.** São Paulo: IBCCRIM, 2012.

Agência de Notícias do Estado do Maranhão. **Unidade Prisional de Ressocialização Feminina recebe ações de combate ao câncer.** Disponível em: http://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/noticias/unidade-prisional-de-ressocializacao-feminina-recebe-acoes-de-combate-ao-cancer. Acesso em: 18. Jul. 2019.

PEREIRA, Alysson Ramos. **Sistema penitenciário feminino: condições carcerárias e efetivação dos direitos fundamentais no presídio feminino de são luís-ma.** 2015. Disponível em: https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/1081/1/AlyssonPereira.pdf. Acesso em 16 nov. 2018

RAÇA COMO PARÂMETRO CENTRAL DA POLÍTICA DE EXTERMÍNIO: UMA ANÁLISE DA VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL A PARTIR DA LÓGICA DA NECROPOLÍTICA

Rúbia Rossato Ribeiro
Vitória Santos da Costa

Palavras-chave: colonialismo; poder; necropolítica; violência policial.

INTRODUÇÃO

Historicamente, a construção da terminologia raça é marcada pela divisão de populações, com o intuito de tipificar individualmente aqueles que oferecem um provável perigo a partir de um "cálculo geral do risco" (MBEMBE, 2014, p. 71). A partir desta concepção, legitimaram-se diversos regimes de segregação durante a história em nome da garantia da segurança geral, estabelecendo-se os limites e espaços que estes grupos marcados poderiam transitar.

O capitalismo que assola o corpo preto desde muito antes desta era pós-democrática, tem suas origens no processo histórico do colonialismo. Argumenta Bernardino-Costa e Grosfoguel (2016) que este "foi a condição *sine qua non* de formação não apenas da Europa, mas

da própria modernidade". Mbembe (2014, p. 78), no mesmo sentido, reconhece a utilização da escravidão como combustível para o crescimento do capitalismo, o qual buscava lucros cada vez maiores através da compra e venda de escravos e da exploração da força de trabalho.

Para Foucault (1999, p. 22) o campo político possui relação direta com o corpo, uma vez que as relações de poder são exercidas sobre ele. O corpo, então, passa a ser obrigado a realizar tudo o que for de interesse do poder, este que é dirigido especialmente pelo interesse econômico. Regido por relações de dominância e sujeição, o corpo passa a ter sua utilidade ligada apenas à sua força de trabalhado. Assim, aquele que detém o poder controla o corpo e a vida de cada indivíduo, de acordo com a sua produção.

Mbembe, marco teórico na elaboração deste trabalho, constrói sua tese sobre a necropolítica a partir da análise focaultiana de biopoder, preenchendo, contudo, as várias lacunas deixadas no que tocam as relações do período colonial, uma vez que esta abordagem de Foucalt não explica a política de morte em grande escala, como se verifica em diversos regimes segregacionistas na história.

A concepção da necropolítica divide os corpos em matáveis e não matáveis: os corpos matáveis estão sempre em uma constante iminência de morte, marcados por um poder que os torna meros expectadores de suas próprias vidas (PESSANHA, 2018). Seus corpos são silenciados e transformados em matéria suscetível de ser descartada e facilmente substituída, tornando o lucro o fim para o qual o capitalismo trabalha.

Em contrapartida, como elemento essencial para a construção deste resumo, abordar-se-á a importância do direito humano e fundamental à vida, o qual consiste no direito mais importante tutelado constitucionalmente, dado que a vida é essencial para que se usufrua de todos os demais direitos e garantias individuais.

Ingo Sarlet (2018, p. 418) afirma que este direito começou a ser reconhecido principalmente após a II Guerra Mundial, pois foi nesse período que a finalidade e o conteúdo das constituições passaram por profundas transformações, baseadas na concepção de direitos humanos a partir de grande influência da Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948).

O Pacto de San José da Costa Rica (1969) também teve grande atuação em sua legitimação, estabelecendo que todo indivíduo tem o direito à vida, devendo esse direito ser protegido por lei e, em nenhuma hipótese, violado arbitrariamente. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também significou um grande avanço em relação aos direitos humanos e fundamentais. Contudo, a violação deste direito, pelo próprio Estado, ainda se perpetua a contemporaneidade.

Por fim, para a elaboração deste trabalho as abordagens de pesquisa aplicadas foram a qualitativa, com ampla revisão de livros e artigos de periódicos conceituados na área das ciências sociais e no campo dos direitos fundamentais, bem como quantitativa, através da análise de dados de violência disponibilizados por sítios notáveis. Quanto ao método, utilizou-se o dedutivo partindo-se do contexto colonialista para se compreender o modo pelo qual a política de morte se alicerça.

A VIOLÊNCIA POLICIAL NO BRASIL A PARTIR DA LÓGICA DA NECROPOLÍTICA

O presente resumo parte da análise da violência policial no Brasil através do olhar da necropolítica, bem como o contexto histórico colonial que a tornou rentável ao capitalismo dominante. Ademais, apoia-se na compreensão da violência policial como meio legítimo do Estado de perpetuar a política de morte e como este menospreza o direito humano e fundamente à vida, ofendendo a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Assim sendo, o referido trabalho possui relevância na medida em que descortina a relação vertical de poder existente entre o Estado e os seus administrados. O projeto do Estado neoliberal que visa o "*autogoverno* do indivíduo" (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 18), sujeita toda a sociedade a uma corrida gananciosa pela acumulação capitalista pautada no princípio concorrencial. Assim, origina-se uma relação homóloga ao capitalismo, mas centrada no sujeito.

De acordo com o Anuário de Violência elaborado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019), base de dados essencial para a construção deste resumo, a polícia brasileira é responsável por 11 a cada

100 mortes violentas intencionais. Em 2018, 17 pessoas foram mortas todos os dias no Brasil através da força policial, contabilizando 6.220 mortes no total. Este cenário se estende por todos os estados do país, reafirmando uma violência policial pautada na discriminação racial, visto que 75% dos corpos acometidos pela letalidade policial são pretos.

Enquanto a polícia brasileira permanece impune, a violência se torna cada vez mais alarmante, conforme demonstra o mapeamento realizado pelo Jornal *El País* (2020), o qual afirma que de janeiro a junho deste ano foram notificadas 58 ocorrências de violência ou tortura por parte de policiais, sendo 68% das vítimas pessoas negras e residentes de bairros periféricos, onde a maioria das ações policiais ocorre.

Raça e classes sociais sempre estiverem interligadas, uma vez que a Modernidade as instituiu como meio de perpetuar a dominação do Estado. Mbembe afirma que a raça é "ideologia e tecnologia do governo" (2014, p. 71).

Neste ínterim, a temática tem se mostrado contemporânea, sobretudo em face à reprodução e naturalização da precariedade do indivíduo pela sociedade brasileira, que ainda sujeita o corpo preto a ser alvo da morte, medo e da insegurança por parte do restante da população. Assim sendo, a compreensão da necropolítica é essencial para a análise e entendimento de como o corpo preto continua sendo o escopo da política de extermínio, que segundo Eliseu Pessanha, "precisa ser identificada, diagnosticada, para ser combatida e impedida" (2018).

O poder, neste caso, o Estado Neoliberal, que possui como instrumento a polícia brasileira, é o responsável pelo controle dos corpos e por perpetuar esta política que precisa ser combatida e desmantelada a fim de que se crie "outra razão do mundo" (DARDOR; LAVAL, 2016, p. 31).

CONCLUSÕES

O direito à vida está expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como um direito fundamental e inviolável. Logo, a partir de sua legitimação jurídico-constitucional

e de sua inquestionável relevância em relação aos demais direitos fundamentais, é certo a necessidade de se afastar a concepção racial que categoriza os indivíduos em matáveis e não matáveis e reafirma uma violência cada vez maior em relação às pessoas negras.

Na contemporaneidade, observa-se uma violência contínua e impiedosa, fruto da estrutura capitalista que sempre utilizou o corpo negro como força produtiva facilmente substituível. A política de extermínio, que possui como parâmetro central a raça e o racismo, precisa ser identificada e reconhecida o quanto antes para que se possa freá-la através de políticas públicas que valorizem a vida como um direito humano e fundamental digno de proteção e inerente a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2019. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019**. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 9 de junho de 2020.

BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSFOGUEL, Ramón. Decolonialidade e perspectiva negra. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 31, n.1, p. 15-24, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** ed. 1. São Paulo, Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. ed. 27. Petrópolis, Vozes. 1987.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. ed. 1. Lisboa, Antígona, 2014.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado indirecto.** Espanha: Melusina, 2011.

PESSANHA, Eliseu Amaro. Necropolítica: Estratégia de extermínio do corpo negro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade**, Bahia, v. 3, n. 6, p. 150-76, 2018.

PIRES, Breiller. Entre a vida e a morte sob tortura, violência policial se estende por todo o Brasil, blindada pela impunidade. **Jornal El País**, São Paulo, 30 de junho de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-30/entre-a-vida-e-a-morte-sob-tortura-violencia-policial-se-estende-por-todo-o-brasil-blindada-pela-impunidade.html. Acesso em: 9 de julho de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. ed. 7. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O DIREITO À PRIVACIDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Larissa Guidorizi de Barros
Walter Roseiro Coutinho Neto

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer à tona o elo inflexível que há entre o direito à privacidade e o princípio supraconstitucional da dignidade da pessoa humana, para entender essa ligação, é essencial que se remonte aos anseios de privacidade dos burgueses que ensejaram no "direito de estar só", aflorado durante a Revolução Francesa, evoluindo, atualmente, para uma ideia de direito de ter controle sobre as próprias informações, determinando quais informações podem ser desnudadas a terceiros. Não obstante, as Constituições de diversas nações, vêm resguardando o direito à privacidade, estabelecendo-o como direito fundamental e protegido pelos ideais de dignidade humana.

Além disso, o presente estudo baseou-se em referências bibliográficas, com ênfase na obra de Stefano Rodotà, intitulada como "a vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje", que aborda, dentre outros temas, as relações havidas entre o direito à privacidade e a dignidade da pessoa humana, e, além disso, embasou-se em legislações de diversas nações que se adequam à problemática apresentada, qual seja, a privacidade como elemento da dignidade da pessoa humana.

O DIREITO À PRIVACIDADE POSITIVADO

O direito à privacidade emerge no seio social findo o período das grandes guerras mundiais, nasce como resposta aos regimes totalitários experimentados, de modo quepercebe-se a necessidade de um direito oponível ao Estado, elemento da dignidade da pessoa humana. Historicamente, a "idade de ouro" da privacidade é datada da segunda metade do século XIX nos Estados Unidos da América", observava-se que o direito à privacidade era restrito à classe burguesa, visto que as condições de vida excluíram tal direito das classes operárias, assim consubstanciado como o "direito a ser deixado só", somente aqueles que detinham meios possíveis para o isolamento o faziam. (RODOTÀ, 2008, p. 26-27)

Nesse diapasão, fazia-se necessária a tutela do direito à privacidade, independente da classe social ao qual o indivíduo pertencia, assim no ano de 1948 proclama-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerados os direitos fundamentais do homem, como na dignidade e no valor da vida humana, o artigo XII proclama que "ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada", seja na família, domicílio e/ou correspondência, estendendo também à honra e reputação. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948)

Consoante, ressalta-se a conexão entre a privacidade e as liberdades individuais, elementos da dignidade da pessoa humana, que resultam de sociedades pós regimes totalitários, como exemplo, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, preconiza no Art. 1º, 1, que "a dignidade da pessoa humana é intangível", sendo obrigação do poder público sua proteção e respeito, bem como garante a inviolabilidade da liberdade da pessoa, restringido apenas em virtude de lei, tal qual estabelece o artigo 2º, 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. (ALEMANHA, 1949)

No Brasil, a história se repetiu e, findo o regime militar em 1985, promulgou-se a Constituição da República Federal do Brasil, em 1988, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, além do direito a inviolabilidade da vida privada, bem

como da intimidade, previstos no rol de direitos fundamentais. (BRASIL, 1988)

Desse modo, a dignidade da pessoa assume um posto central nas sociedades que vivenciaram regimes totalitários, "a noção de dignidade constitui hoje uma referência universal, essencial e ineludível, ainda que deva sempre ser avaliada em seus contextos culturais específicos", de modo que o direito à privacidade passa a ser uma das condições essenciais que permite "a cada um viver em condições de dignidade". (RODOTÀ, 2008, p. 235, 237)

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO A PRIVACIDADE

Destarte, salienta-se que, não há um conceito pré-definido do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, diversos autores limitaram-se a tratar do tema de forma exemplificativa, a depender de casos concretos, isso ocorre devido à sua enorme abrangência, advém também em razão da insuficiência de qualificações para um tema que pode ser considerado o de maior grau axiológico do Direito. A dignidade da pessoa é uma conquista da razão-ético jurídica, tendo como grande fundamento, a já referenciada Declaração Universal dos Direitos Humanos, que destaca em seu preâmbulo, "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo.". Assim, torna-se inócua a defesa da dignidade da pessoa humana, sem que se faça uma correlação com a defesa dos ideais de liberdade.

Nesse sentido, além do dever negativo de não interferir nas liberdades individuais, deve-se promover condições para proteger cada ser humano sob sua jurisdição, não permitindo a violação da dignidade da pessoa humana através da expropriação de sua liberdade, como se dá no caso dos que atentam contra a privacidade de cada indivíduo. (RODOTÀ, 2008, p. 237).

Já no Direito Brasileiro, a dignidade da pessoa humana é fundamento republicano, no artigo primeiro, inciso terceiro, da Constituição Federal de 1988, sendo considerado o pilar de todo o Or-

denamento Jurídico e de toda a Constituição. Neste norte, a Carta Magna, no que tange aos Direitos e Garantias Fundamentais, no *caput* artigo 5º, revela o dever positivo do Estado de "garantir" aos residentes no País a "(...) inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)". Não restando dúvidas, portanto, em relação ao encargo que o Estado possui de resguardar a dignidade da pessoa humana dos brasileiros e residentes do país, também no âmbito da proteção da privacidade (BRASIL, 1988, e MAGALHÃES, 2012, p.153).

A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANAE A OBRIGAÇÃO ESTATAL DE TUTELA

Os ideaisde "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", causaramgrande impacto mundial, pois buscou-se a garantia de direitos após a Revolução Francesa, culminando na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Cumpre esclarecer que, o direito à privacidade, surge com características do direito à propriedade, explica Stefano Rodotà, que o nascimento da privacidade se apresenta como "a aquisição de um privilégio por parte do grupo"- burguesia, sendo que seus instrumentos jurídicos foram, primordialmente, modelados com base no direito à propriedade, característico do direito burguês.(DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, DE 1979, apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009 e RODOTÀ, 2008, p. 27)

Incumbe ressaltar que o direito à privacidade evoluiu do seu conceito primordial, passando de "direito de estar só" para o "direito de mantar controle sobre suas informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular". (RODOTÀ, 2008, p. 15)

Denota-se, que a evolução humana permitiu que a tecnologia evoluísse, sendo que hoje ela permeia a vida do cidadão, no entanto, permite também a vigilância sobre a vida privada, como exemplo, empresas como a Microsoft, Amazon e a IBM, vetaram o uso da tecnologia de reconhecimento facial para vigilância nos Estados Unidos da América, até que o uso seja regulamentado. Questionado, Brad

Smith - presidente da Microsoft, afirmou que a tecnologia não será novamente vendida até que haja uma Lei nacional, baseada nos direitos humanos. (TILT,2020)

Diante do exposto, é possível concluir que compete ao Direito garantir, não como freio ao avanço tecnológico, mas como meio legítimo para que as inovações tecnológicas façam parte da vida do cidadão, o respeito aos direitos humanos na medida em que novas tecnologias são implementada s, garantindo o direito à privacidade do indivíduo, bem como a dignidade da pessoa humana, "tornando-se elemento constitutivo da cidadania do novo milênio". (RODOTÀ, 2008, p. 236)

Desse modo, constata-se que o direito à privacidade é característico da dignidade da pessoa humana, sendo necessária a atuação estatal na forma positiva de tutela, visto que no cenário brasileiro, aquele se materializa como direito fundamental e se perfaz como elemento de um dos fundamentos da própria da República - a dignidade da pessoa humana, garantindo assim a sua própria existência enquanto Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949).** Alemanha, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdfhttps://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**.França: , 1948. Disponível em: <http://https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 27 jun. 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Revolução Francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil.** 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843>. Acesso em: 01 jul. 2020.

TILT, Uol. **Microsoft se une aos rivais e veta uso de reconhecimento facial à polícia.** 2020

Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/afp/2020/06/12/microsoft-se-une-aos-rivais-e-veta-uso-de-reconhecimento-facial-a-policia.htm>. Acesso em: 08 jul. 2020.

DIREITOS HUMANOS E SEUS INSTRUMENTOS DE GARANTIA: A CONSULTA PRÉVIA E O DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS

Ana Luíza Rocha Barros

Introdução

Explorados e com intenso histórico de não reconhecimento jurídico-social pelos Estados nacionais, os povos indígenas e tribais vêm desde os primórdios em busca de obter voz perante a sociedade hegemônica. Partindo da necessidade de se promover instrumentos de garantia e emancipação dos direitos e interesses desses povos, a Organização Internacional do Trabalho - OIT -, através da Convenção n. º 169, aprovada em 1989, em Genebra, passou a prever o direito à consulta prévia e a participação das comunidades tradicionais sobre processos decisórios do Poder Público, e da sociedade que as afetem diretamente.

Dito isto, o presente resumo expandido visa analisar a importância do instituto supralegal da consulta prévia e informada, como instrumento garantidor do direito à livre determinação dos povos indígenas, tribais e tradicionais, apontando suas características e protocolos.

No tocante ao tipo de investigação foi escolhido na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. A pesquisa a que se propõe, pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica,

pretendendo-se desenvolver uma construção a partir de uma abordagem fundamentalmente zetética do Direito.

Desenvolvimento

Por intermediar, desde 1936, convenções internacionais que disponham sobre o "trabalhador indígena", a OIT, agência integrante tripartite da ONU -, formou em 1986, um grupo de trabalho, a fim de se revisar a Convenção n.º 107 da mesma organização, a qual concernia sobre a "Proteção e Integração das Populações Indígenas e de outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes".

Criada na década de 50, a Convenção n.º 107, dispunha de caráter paternalista e integracionista progressivo, das comunidades indígenas à sociedade hegemônica, esta a qual, não reconhecia aquelas, em sua independência histórica, cultural e jurídica.

Processada a revisão, constitui-se em 1989, a "Convenção n.º 169 sobre Povos Indígenas e Tribais", a qual rompeu com o ideário integracionista que vigorava, e passou a reconhecer aqueles, como povos autônomos em sua juridicidade, autoidentificação e livre determinação.

Assim, conforme reconhece Bertoldi (2017, p.11), "[...] as comunidades tradicionais são portadoras de racionalidades próprias, sejam elas ambientais, econômicas, políticas, jurídicas e sociais. São culturalmente e de forma singular, constituídas de valores e princípios próprios. ", devendo, portanto, serem reconhecidas e tratadas de formas especificas, a fim de se resguardas seus interesses.

Dentre as temáticas abordadas como seguridade social, educação e saúde aos indígenas e tribais, a nova Convenção adotou como conceito básico norteador da interpretação de suas disposições, a consulta e a participação destes povos sobre medidas e atos da sociedade hegemônica incidentes sobre seus modos de vida e territorialidade, possibilitando-os definir suas próprias políticas de desenvolvimento.

O denominado direito à Consulta e ao Consentimento Prévio, Livre e Informado (CCPLI), consagra-se como a garantia de ser, as comunidades tradicionais (englobando os quilombolas, bem como todo grupo culturalmente diferenciado e que assim se reconheça), previa-

mente consultados pelo Poder Público sobre medidas legislativas ou administrativas que sobre eles diretamente afetem.

Entretanto, ainda mais inovador que a consulta em si, a qual carrega consigo as características da pré-viabilidade, detalhamento de informações, liberdade quanto a decisão e boa-fé, a Convenção n.º 169, traz a previsão dos chamados "Protocolos de Consulta Prévia", consistentes, na deliberação destes povos sobre em quais termos e circunstancias esta consulta deve se dar.

Segundo Carlos Marés:

> [...] há necessidade de cuidado especial com a forma como que se procede a consulta. Quer dizer, não haverá consulta prévia, livre, informada e de boa-fé se não for cumprida uma forma procedimental não só aceita como definida pelo povo. A forma indica a língua em que é feita a consulta, as expressões que devem constar, sempre traduzidas a uma terminologia adequada e compreensível. Mas não é só, o respeito ao tempo de reflexão, compreensão e tomada de decisão é fundamental, e ainda, quem, como e onde deve ser realizada a consulta. (SOUZA FILHO, 2019, pg. 44)

Assim, conforme disposto acima, claro fica, o propósito do diploma supralegal aqui tratado, o qual consiste, não apenas em garantir a participação de comunidades indígenas e tribais em decisões políticas e econômicas que as afetem, mas legitimar estas comunidades em sua juridicidade, a qual se expressa na elaboração destes protocolos, que se resumem na formalização dos usos, costumes e tradições dos tribais em suas formas próprias de tomadas de decisão.

Conclusão

Até o século XX, apesar de já serem reconhecidas, as populações indígenas e tribais, ainda eram vistas como sendo compostas por seres incapazes de se autogerir, sendo suas normas internas apenas toleradas pela sociedade hegemônica, que as integravam ao ordenamento jurídico nacional de forma genérica.

Com a pressão e influência realizada por estes povos em cada Estado Nacional a que pertencem, necessário se fez e se faz o reconhecimento da efetividade de seus sistemas tradicionais e a necessidade da introdução de normativas especificas que garantem e tratam de seus direitos e prerrogativas fundamentais.

Desta forma, entre os diplomas legais e instrumentos desenvolvidos para se resguardar os interesses desses povos tradicionais, ressalta-se aqui a Consulta Prévia, Livre e Informada, instituída pela Convenção n.º 169 da OIT, a qual atribui aos indígenas, tribais, bem como às comunidades tradicionais, o direito de decidir e controlar, o seu próprio desenvolvimento econômico, social, cultural e territorial, participando, para tanto, da tomada de decisão do Estado em medidas que possam lhes afetar diretamente e colocar em risco algum dos direitos fundamentais destes povos culturalmente diferenciados.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Estudos das Condutas de Aplicação do Desenvolvimento Sustentável por Comunidade Quilombolas de Piratini. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n, 30, p. 1-24, set./dez. 2017.

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

Senado Federal, Centro Gráfico, 1998.

BRASIL. Convenção n.º 169 (1989). **Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT.** Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 2011.

GLASS. Verena (Org.). **Protocolos de Consulta Prévia e do Direito à Livre Determinação.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo e CEPEDIS, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maris Tereza Fonseca. **Repensando a Pesquisa Jurídica.** São Paulo: Del Rey, 2010.

ROCHA, Anacélia Santos *et al*. **O dom da produção acadêmica:** manual de normalização e metodologia de pesquisa. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A força vinculante do protocolo de consulta. *In:* SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. (Org.) *et al*. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação.** São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Primeira parte, p.19-45.

VADE MECUM. 23ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPLIANCE E COOPERAÇÃO PRIVADA COMO PREVENÇÃO À LAVAGEM DE CAPITAIS E AS LIBERDADES INDIVIDUAIS

Fabrizio Bon Vecchio

RESUMO: Com a globalização e o avanço das tecnologias, a lavagem de dinheiro - ou branqueamento de capitais - ganhou novos aliados que acabaram por facilitar o cometimento das condutas ilícitas. Como se não bastasse, às novas facilidades alia-se o fato de vários países não possuírem acordos entre si que permitam a troca de informações, cenário que, se ocorresse, constituiria importante ferramenta na prevenção à corrupção e à lavagem de capitais.

No Brasil encontra-se em vigor a Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998, com as alterações dadas pela Lei n.º 12.683, de 09 de julho 2012, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais. Esta possui total consonância com vários dispositivos internacionais que visam combater, entre outros delitos, o tráfico de drogas e armas, o terrorismo internacional, à corrupção e várias outras espécies de crime organizado.

Vale dizer que o 'Brasil pós Lava-jato' vem fazendo um grande esforço para mostrar à comunidade internacional que é um país que combate de forma séria a corrupção, que tem segurança em suas operações financeiras e que, acima de tudo, pune com severidade os casos de corrupção e lavagem de capitais.

Contudo, apesar de todo o esforço, a máquina estatal nacional não consegue fiscalizar nem elucidar grande parte dos esquemas criminosos, que cada vez mais se apresentam sofisticados, na busca do branqueamento de capitais.

Com o intuito de barrar referida organização e frear a prática de atos ilícitos, tem o ente estatal se valido da colaboração privada, obrigando certos setores a manter programas regulares de Compliance, com o intuito de ampliar o combate à corrupção e à lavagem de capitais. Nessa linha, bancos, corretoras de valores, imobiliárias, auditorias, escritórios de contabilidade, joalherias, galerias de arte e outros seguimentos encontram-se obrigados pela legislação ao fornecimento de informações de operações ou comportamentos suspeitos realizados por seus *stakeholders*, principalmente clientes e parceiros comerciais.

Os agentes do setor privado que, conscientes de indícios de ilicitudes, não colaborarem com às autoridades poderão vir a serem responsabilizados pelo crime de lavagem de capitais, podendo ser penalizados como se efetivamente tivessem participado do esquema criminoso.

Diante de toda esta problemática abordada, o presente estudo pretende se debruçar sobre o tema, visando identificar as afrontas às liberdades individuais dos agentes privados, que muitas vezes são envolvidos em denúncias, com a exposição de sua vida privada, sem sequer terem qualquer participação no delito propriamente dito.

PALAVRAS-CHAVE: LAVAGEM DE DINHEIRO; COMPLIANCE; PREVENÇÃO; COOPERAÇÃO PRIVADA; LIBERDADES INDIVIDUAIS.

BIBLIOGRAFIA:

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da lei 12.683/2012*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2012.

CASO CELSO DA ROCHA MIRANDA: REPERFILAMENTO E VIOLAÇÕES PECULIARES

Valéria Reis Gravino

A história do empreendedorismo no Brasil deixou de fora alguns grandes nomes por motivos políticos.

Nos anos em que aqui vigorou o regime ditatorial, grandes personalidades do empresariado brasileiro, contrárias à Ditadura Militar, foram penalizadas não só com a tortura moral e física, mas também com a perda patrimonial e o esquecimento forçado.

Dentre estas ilustres personalidades, destacamos o empresário e empreendedor, Celso da Rocha Miranda. Celso foi um exemplo a ser seguido pelos empreendedores contemporâneos. Foi criador das maiores e mais importantes empresas de vários segmentos, com destaque para o ramo segurador, como a Ajax Corretora de Seguros, que se tornou a maior corretora da América Latina, liderando a Companhia Internacional de Seguros, precursora em muitas frentes, que tornou-se a maior seguradora independente do setor e, para o ramo da aviação, controlando a Panair do Brasil S.A., a pioneira empresa aérea brasileira, que criou alto padrão de qualidade e prestava serviços assistenciais à nação, servindo de suporte para o seu desenvolvimento, entre muitos outras.

A antecipação às demandas do país e a diversificação dos negócios empreendidos por Celso da Rocha Miranda são características primordiais de seu perfil. Afora isso, a obstinação do empresário pelo caminho que levaria ao progresso nacional o levou a criar grandes empreendi-

mentos que não tinham necessariamente o objetivo de somente obter lucros, mas sim de prestar assistência ao país, constituindo, talvez, um dos primeiros casos de responsabilidade social empresarial, em grande escala, de que se tem notícia no Brasil.

Enquanto atualmente os novíssimos modelos empresariais propõem como objetivo de seus negócios a prestação de serviços assistenciais à sociedade como um todo, Celso da Rocha Miranda já trilhava esse caminho, há muitos anos e em elevadíssimo patamar. Exemplo disso é a criação da Fundação Casa do Brasil em Londres, que tinha como objetivo a inserção de jovens estudantes brasileiros nas universidades inglesas.

Posteriormente, os fundos desta obra foram direcionados para a Universidade Católica de Petrópolis, cidade serrana localizada no Estado do Rio de Janeiro, através da Fundação Dom Manuel, que até os dias de hoje oferece bolsas de estudos para brasileiros. Não se pode deixar de mencionar, ainda, o caso da célebre Panair do Brasil, empresa de aviação da qual era controlador e que foi levada à quebra durante o regime militar por perseguição política a ele.

A Panair do Brasil era uma empresa aérea conhecida mundialmente, sobretudo por seu padrão intitulado "Padrão Panair", tamanha a qualidade da prestação de seus serviços. Foi a empresa que equipou os aeroportos brasileiros, criou as maiores e melhores tecnologias em termos de aviação, ligava os territórios mais longínquos do nosso país para oferecer ajuda à população — tendo em vista o atraso em que o país vivia no que diz respeito à estrutura e integração nacional, era conhecida como "embaixada brasileira" através de suas agências sediadas mundo afora —, entre muitos e outros grandiosos feitos, com Celso da Rocha Miranda sempre à frente, agregando desenvolvimento, tecnologia e responsabilidade social. (MIRANDA, 2019).

Outro grande exemplo é a atuação do empresário na Companhia Internacional de Seguros, a primeira companhia exportadora de seguros do Brasil, o que deu a ele o título de integrante do "Clube do Exportadores de Um Milhão de Dólares", concedido pela Câmara Americana de Comércio. Celso foi um dos primeiros empreendedores a compreender a importância da abertura econômica para o exterior

como instrumento fundamental para o desenvolvimento brasileiro. "*Além de muitas premiações, foi condecorado pela Rainha da Inglaterra com o KBE – Knight Comander of the British Empire, principalmente por ajudar a disseminar a cultura inglesa no Brasil, derivando-se deste feito, o famoso curso de idiomas "Cultura Inglesa."* (GRAVINO, 2016).

Na linha da alavancagem da abertura econômica do Brasil para o exterior, Celso trouxe para o país inúmeros empreendimentos industriais, com destaque para a unidade industrial de reparos em turbinas, associada à Rolls-Royce, e inovações no campo da mineração e petroquímica, em conjunto com a Dutch State Mines e a Akzo, duas gigantes em seus setores; promoveu transferências de capitais e tecnologia da Europa para vários empreendimentos industriais, dentre os quais a COBAFI - Companhia Baiana de Fibras e Nitrocarbono, que integram o Polo Petroquímico do Nordeste, no Estado da Bahia.

O brilhantismo do empreendedor estende-se por muitas outras notáveis frentes empreendidas, sempre com o objetivo de projeção internacional do Brasil, antecipando-se às necessidades do país para o bem servir, diversificando seus negócios e priorizando as atividades que demandavam responsabilidade social empresarial.

Merecem destaques também a empresa Prospec S.A., a pioneira em aerolevantamentos no Brasil, através da qual foi possível descobrir em nosso país as suas maiores fontes de recursos naturais, utilizando-se um artefato (magnetômetro) desenvolvido na II Guerra Mundial para rastrear submarinos e que passou a ser utilizado em aviões para descobrir minérios ferrosos; a Petronal, que permitiu à Petrobras obter fornecimento de óleo cru, não havendo intermediação de empresas estrangeiras, trazendo inúmeras vantagens competitivas a esta última.

Celso da Rocha Miranda ainda obtinha empreendimentos que envolviam energia nuclear e telecomunicações. Nos idos de 1963, tinha o objetivo de privatizar a telefonia do Estado do Rio de Janeiro, junto a outros empresários, com o fim de melhoria dos serviços, desde então, sempre precários. Isto demonstra que as práticas que vigoram atualmente nos mercados foram criadas e desenvolvidas por empreendedores como Celso, assim como demonstra a grande diversidade de seus negócios.

Celso da Rocha Miranda era um visionário e um talento raro. Tendo começado a sua vida profissional como corretor de seguros, criou um verdadeiro império, sempre com o propósito de elevar o Brasil a figurar entre as maiores nações do mundo, pois acreditava no potencial nacional. Não foi à toa que, unido ao ex-presidente JK, tinha a crença de que o slogan "50 anos em 5" era plenamente possível de ser concretizado, se dependesse do esforço que havia empreendido para que esse sonho se tornasse realidade, não fosse o governo ditatorial, que não permitiu essa evolução e fez questão de massacrar o progresso que dali viria. Afinal, Juscelino Kubitscheck, era visto como o único capaz de fazer frente ao golpe militar no Brasil, a partir de 1964.

Recentemente, através da Comissão Nacional da Verdade, da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, houve o reconhecimento da perseguição política à Celso da Rocha Miranda: "*Alguns empresários não compactuaram com a conspiração e o golpe, defenderam a Constituição e foram perseguidos e punidos pelo regime ditatorial, o que deve ser assinalado sob pena de incorrermos em uma generalização equivocada. Um caso exemplar foi o de Mario Wallace Simonsen e Celso da Rocha Miranda, que juntos detinham o controle acionário da Panair do Brasil, a segunda maior empresa privada do país. As atividades da Panair do Brasil foram encerradas por um decreto arbitrário do governo Castelo Branco, ainda em 1964. Em 11 de fevereiro de 1965, o juiz da 6ª Vara Cível da Justiça recebeu a visita do ministro de Estado da Aeronáutica, brigadeiro Eduardo Gomes, e no dia 15 decretou a falência da Panair do Brasil. Nas alegações que conduziram ao fechamento da Panair, apresentadas ao presidente Castelo Branco, o empresário Celso da Rocha Miranda fora o mais citado e atacado.*" (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014).

As violações são das mais diversas, em que pese não terem ocorrido as de natureza física; houve tortura psicológica, condenação ao esquecimento, dilapidação de patrimônio, inquéritos sigilosos, mácula à sua reputação e honra, entre outros tantos meios utilizados pelos desmandos ditatoriais, que somente através da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) foi possível ter acesso à documentação pertinente.

Como maior agravo, atingir Celso da Rocha Miranda significou um dano de dimensões incalculáveis não somente para o Brasil, como para cerca de cinco mil famílias de ex-colaboradores, configurando

s.m.j, uma das primeiras ocorrências do instituto do fato do príncipe no país, como uma das consequências do extraordinário Caso Panair do Brasil, como já demonstrado em trabalhos anteriores a este.

Atualmente, o Caso Celso da Rocha Miranda, além de ter sido citado no Obama`s ´papers é discutido em um processo judicial em trâmite na Seção do Rio de Janeiro da Justiça Federal e concomitantemente, em um processo administrativo perante a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça brasileiro, visando o reconhecimento da perseguição política a um brasileiro cuja única ideologia era o desenvolvimento de seu país, não somente como Estado, mas também como nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume II. Brasília: CNV, 2014. 416p. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf

MIRANDA, Rodolfo da Rocha. Panair do Brasil: Síntese dos Fatos Históricos. 1. ed. Rio de Janeiro: Amazon, 2019.

GRAVINO, Valéria. O empreendedorismo exemplar de Celso da Rocha Miranda**.** Disponível em:https://www.empreendedor.com/o-empreendedorismo-exemplar-de-celso-da-rocha-miranda/. Acesso em: 12/07/2020.

AVANÇOS NA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E O CONSERVADORISMO NO BRASIL

Larissa Fonseca de Souza

Houve avanços na legislação brasileira voltada a defesa dos direitos fundamentais das mulheres, porém "esses avanços não foram capazes de conter a escalada da violência contra o gênero feminino, que se mostra alarmante no país."[71] E se hoje estamos vivendo uma epidemia em decorrência do novo coronavírus, no começo do ano passado, essa palavra, foi utilizada para classificar a onda de violência contra as mulheres, conforme aponta a reportagem do site Exame: "No começo deste ano [2019], a ONG internacional Humans Rights Watch (HRW) definiu como 'epidemia' os casos de violência doméstica no Brasil."[1]

Na década de 1930 houveram significativos avanços em relação à mulher. Em 1932 o Anteprojeto de Código Eleitoral considerou eleitor "o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo [...]" (BRASIL, 1932, p.3385) e a Constituição de 1934: "os brasileiros de um ou de outro sexo, maiores de 18 anos."[72] O Rio Grande do Norte foi o Estado pioneiro no direito ao voto feminino, quando, em 1927, o De-

71 Disponível em: https://exame.com/brasil/as-leis-brasileiras-sobre-direitos-das-mulheres-e-os-avancos-necessarios/. Acessado em 23 de junho

72 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em 2 de julho de 2020

putado Federal, Juvenal Lamartine de Faria, elaborou uma Lei Eleitoral que permitiu que a professora Celina Guimarães fosse a primeira a se alistar para votar. No entanto, os votos femininos daquele ano (1928) acabaram não sendo contabilizados.

O Brasil não foi o último país a conceder o direito ao voto para as mulheres, porém poderia ter sido o primeiro no mundo a aprovar o sufrágio feminino, conforme relata Marcela Tosi, em matéria publicada no site Politize: "No dia 1º de janeiro de 1891, 31 constituintes assinaram uma emenda ao projeto da Constituição conferindo direito de voto à mulher. Tal emenda foi rejeitada."[73] A rejeição foi consequência de uma sociedade patriarcal e conservadora.

Analisando o episódio supracitado entendemos porque o Brasil chegou ao quinto lugar no ranking global de violência contra a mulher, de acordo com o Mapa da Violência de 2015 (TRRJ, 2015) e porque a reportagem do Exame (CERIONI, 2020) abordava outro tipo de epidemia em 2019, que ainda enfrentamos e que aumentou consideravelmente no período de quarentena: a violência doméstica. Segundo a reportagem de Cristina do Brasil, publicada no site da Agência Brasil, dia 6 de junho de 2020, a violência contra mulheres aumentou 10% no Rio de Janeiro, de acordo com a avaliação do Instituto de Segurança Pública.

Em 2006 surgiu uma lei específica para casos de violência contra mulheres, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2016), garantindo a igualdade prevista no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, [2020]). Já o termo "Feminicídio" foi incorporado no Brasil em 2015, para casos de assassinatos de mulheres por questões de gênero. Um avanço importante, que abriu espaço para abordar a discriminação ao feminino, que leva mulheres a sofrerem violência ou serem mortas pelo "ódio, desprezo ou pelo sentimento de perda de controle ou da propriedade sobre as mulheres." [74]

---

73 Disponível em: https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/. Acessado em 6 de julho

74 Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/o-que-e-a-violencia-domestica-e-o-feminicidio. Acessado em 1 de julho de 2020.

A Lei Maria da Penha "é reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres" [75] e é o principal instrumento legal contra a violência doméstica no Brasil. Em fevereiro de 2014, sofreu um considerável avanço, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) "determinou que a prática de violência doméstica contra as mulheres leve o agressor a ser processado criminalmente, independentemente de autorização da agredida." [5]

Apesar de juridicamente avançada, há casos em que a sua execução não funciona, por isso o país registrou 1,2 milhão de casos de agressões contra mulheres pendentes na Justiça em março de 2019 (CERIONI, 2019). O que pode significar que muitos criminosos permaneceram impunes, muitas vezes, convivendo com as suas próprias vítimas. A reportagem também aponta que, no ano de 2018, "uma em cada quatro brasileiras foi vítima de algum tipo de violência."[6]

A verdade é que, muitas vezes, as políticas públicas não dão o respaldo necessário para a execução da Lei devido a uma sociedade com características patriarcal e conservadora. Como relata a advogada especialista em direito das mulheres, Ana Paula Braga, na reportagem do site Exame (2019): "Não adianta termos uma lei que trata de violência doméstica se a justiça ainda acredita que esses casos se resumem a briga de marido e mulher."[76]

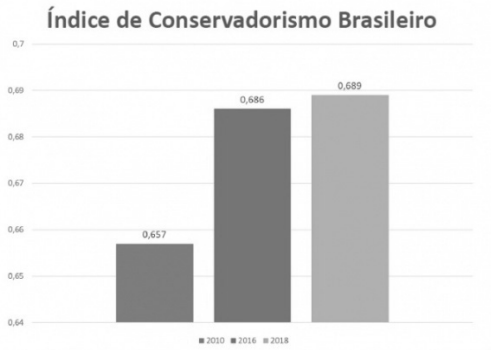
A sociedade conservadora ocidental, em geral, "têm como base a doutrina cristã e a adoção, em maior ou menor grau, das ideias políticas liberais" [77], porém, existem muitas variantes entre os partidos conservadores, por isso "é difícil identificar um posicionamento político específico"[7]. O conservadorismo ocidental procura preservar os costumes e as tradições, garantindo que as mudanças necessárias ocorreram de forma cautelosa e gradual e em 2018 representava cerca de 68,9% dos brasileiros (Figura 1).

75 Disponível em: https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/. Acessado em 6 de julho

76 Disponível em: https://exame.com/brasil/as-leis-brasileiras-sobre-direitos-das-mulheres-e-os-avancos-necessarios/. Acessado em 23 de junho

77 Disponível em: https://www.politize.com.br/conservadorismo-pensamento-conservador/>. Acessado em 6 de julho de 2020

Figura 1 – Índice de Conservadorismo Brasileira de 2018



Fonte: https://www.ocafezinho.com/2018/04/25/a-pesquisa-ibope-sobre-o-grau-de-conservadorismo-no-brasil/

Os valores conservadores levam muitas mulheres a manterem um relacionamento abusivo para evitar o divórcio. Também há omissão pelos vizinhos, afinal "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher". Essa frase faz parte do pensamento de muitas pessoas, que consideram o comportamento agressivo como parte da vida matrimonial ou que entendem que se a mulher quiser, ela consegue sair sozinha de tal relacionamento. Ideias assim dificultam a concretização do processo jurídico, como a supracitada determinação de 2014, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A legislação é bem avançada, agora é preciso trabalhar na mentalidade da sociedade. O primeiro passo é falar sobre, para se explorar o assunto. A presença das ONGs são importantes, pois oferecem suporte às vítimas quando os órgãos legais não conseguem. Outras iniciativas, como programas institucionais, são de grande ajuda, como foi no caso de Vanessa, agredida pelo namorado em 2019, conforme reportagem publicada no site NSC Total (CAGNINI, 2020). Na madrugada do ataque, a vítima não conseguiu o socorro imediato dos seus vizinhos e após muita insistência, uma pessoa ajudou, mas não quis se envolver. Foi com o apoio do programa Rede Catarina, pertencente à Polícia Militar de Santa Catarina, que ela conseguiu manter o caso até o fim, sendo o agressor preso em novembro de 2019.

Um dos pontos mais importante, no entanto, é o cumprimento da Lei 9.504/97 (BRASIL, 1997), conhecida como a Lei de Cota Eleitoral, que estabelece a obrigatoriedade dos partidos políticos preencherem o mínimo de 25% de candidatas do gênero feminino. A advogada Mônica Sapucaia relata: "É dentro dos espaços de poder que você muda o olhar"[78]. A representatividade é ponto chave, com o maior número de mulheres no poder, mais haverá espaço para se abordar sobre os seus direitos, para tanto, além da cota eleitoral feminino em partidos político é preciso também ensinar a população a votar nas candidatas mulheres.

Bibliografia:

BRASIL. Constituição de (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 2 de julho de 2020;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 2 de julho de 2020;

BRASIL. **Decreto nº 21076**, de 24 de fevereiro de 1932. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1932. Seção 1, p.3385;

BRASIL. **Lei nº 9504**, de 30 de setembro 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9504.htm>. Acesso em 23 de junho de 2020;

BRASIL. **Lei nº 11340**, 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 23 de junho de 2020;

78 Disponível em: https://exame.com/brasil/as-leis-brasileiras-sobre-direitos-das-mulheres-e-os-avancos-necessarios/. Acessado em 23 de junho

CAGNINI, Lariane. **Violência doméstica: conheça a história de mulheres que lutaram contra a morte**. NSC Total, 29 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/violencia-domestica-conheca-historias-de-mulheres-que-lutaram-contra-a-morte>. Acesso em 2 de julho de 2020;

CERIONI, Clara. **As leis brasileiras sobre direitos das mulheres – e os avanços necessários**. Exame, 8 de março de 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/as-leis-brasileiras-sobre-direitos-das-mulheres-e-os-avancos-necessarios/>. Acesso em 23 de junho de 2020;

DO BRASIL, Cristina Indio. **No Rio, crime de violência contra a mulher aumentou 10% na quarentena**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 5 de junho de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/no-rio-crime-de-violencia-contra-mulher-aumentou-10-na-quarentena>. Acesso em 6 de julho de 2020;

MATTOS, Alessandro Nicoli de. **Conservadorismo político explicado em 4 pontos**. Politize!, 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/conservadorismo-pensamento-conservador/>. Acesso em 6 de julho de 2020;

MORENO, Renan de Marchi. **A eficácia da Lei Maria da Penha**. DireitoNet, 20 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/A-eficacia-da-Lei-Maria-da-Penha>. Acesso em 3 de julho de 2020;

TOSI, Marcela. **A conquista do direito ao voto feminino**. Politize!, 18 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em 6 de julho de 2020;

TRRJ (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). **O que é violência doméstica? E o feminicídio?** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/o-que-e-a-violencia-domestica-e-o-feminicidio>. Acesso em 1 de julho de 2020.

IMPORTÂNCIA E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Barbara Tude de Souza Ferreira

Historicamente o primeiro conjunto de normas foi elaborado em torno do século XVIII a.C., durante o reinado de Hamurabi e, por isso, conhecido como Código de Hamurabi. Esse Código contemplava aproximadamente 280 leis que impunham uma série de penalidades para punir quem não executasse as leis corretamente. Várias eram as áreas compreendidas pelas regras, a exemplo da agricultura, da construção civil, do comércio, da pecuária, da família e diversas outras. Além disso, as penalidades se davam de acordo com a classe social do infrator da lei e baseava-se no princípio de Talião que estava relacionado à ideia de "olho por olho e dente por dente" (EDUCAMAIS BRASIL).

Após a instalação do Código de Hamurabi, a religião e princípios democráticos foram tornando, gradativamente, a legislação mais humanizada.

Dessa forma, posteriormente, com a influência do Cristianismo, dos ideais advindos da Revolução Francesa e de muitas lutas históricas pela reivindicação de direitos, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, pela Organização das Nações Unidas – ONU. Essa Declaração, desde o momento de sua criação, tem como premissa promover direitos como vida, liberdade, dignidade, dentre

tantos outros, a todos os povos de maneira igualitária e justa, independentemente de sexo, raça, etnia, dentre outros fatores. O Brasil, assim como diversos outros países no mundo, são signatários dessa Declaração, o que significa dizer que concorda com a garantia desses direitos e que se esforçará para promovê-los a toda sociedade (NAÇÕES UNIDAS BRASIL).

Após várias Constituições brasileiras, a atual, de 1988, é considerada por muitos como uma "Constituição Cidadã", e a qual se inspira na Declaração Universal de Direitos Humanos, uma vez que seus princípios baseiam-se na dignidade da pessoa humana (LENZA, 2015).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu título II os "direitos e garantias fundamentais" que estão organizadas em grupos de grande importância: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos socias, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, os Direitos Humanos e Fundamentais são de grande importância para toda a sociedade de uma nação. É a partir do seu correto exercício que se evolui todo um povo, uma vez que são concretizados princípios como o da dignidade da pessoa humana, de maneira que a democracia seja fortalecida e as reivindicações sociais consolidadas. Em um país como o Brasil, cuja sociedade é constituída de maneira diversa, plural e livre, é essencial que se garanta uma ordem social e política, de maneira que os direitos humanos e fundamentais, enquanto direitos universais, possam ser assegurados de maneira justa e igualitária e sem quaisquer distinção como define a Constituição Federal do País (BRASIL, 1988).

Assim, de modo a tecer breves considerações acerca dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais é preciso diferenciá-los. Ambas denominações possuem a mesma essência, pois decorrem dos direitos aos quais todos os seres humanos têm desde o momento que nascem. São direitos intrínsecos à sua natureza e que são norteados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, estes fundamentais para o exercício e gozo de demais direitos e garantias. A diferença entre esses termos reside, portanto, na esfera em que se encontram positivados. Enquanto os direitos humanos estão positivados

no âmbito internacional, os fundamentais encontram-se fundamentados dentro do texto constitucional de uma nação que, no caso do Brasil, trata-se da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a atual Carta Magna.

De acordo com Samuel Sales Fonteneles, os direitos humanos são aqueles considerados "indispensáveis para uma existência humana digna, como, por exemplo, a saúde, a liberdade, a igualdade, a moradia, a educação, a intimidade", enquanto que os direitos fundamentais estão vinculados "a uma existência humana digna, reconhecidos por uma Constituição, que impõem deveres ao Estado, salvaguardando o indivíduo ou a coletividade" (FONTENELES, 2014, p. 14-15).

Nesse sentido, para Sarlet,

> "(...) comumente utilizados como sinônimos, (...) o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)" (SARLET, 2006, p. 36)

Jayme assevera que os direitos humanos fundamentais devem estar ligados diretamente ao desenvolvimento da humanidade cuja finalidade é a de realizar a dignidade humana por todas as nações e para todos os povos. Somente dessa forma a cada indivíduo é assegurada o respeito à pessoa humana que favorece uma existência digna que lhe assegure o desenvolvimento de sua potencialidade e personalidade para, com isso, alcançar o sentido da sua existência enquanto ser humano (JAYME, 2005, p. 9).

Finalmente, diante do contexto apresentado, apesar dos objetivos dos direitos humanos e fundamentais estarem muito bem definidos e direcionados ao bem comum do indivíduo e de toda a coletividade, a

história de lutas da sociedade demonstra que ainda há muitas desigualdades sociais, necessitando de profundas mudanças no que diz respeito à consagração dos direitos aos quais todos têm direito para assim evoluir toda a sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jul. 2020.

EDUCAMAIS BRASIL. Código de Hamurabi. Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/codigo-de-hamurabi>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FONTELES, Samuel Sales. Direitos fundamentais para concursos. Salvador: Juspodivm, 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS – VOL. 1

Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Larissa Borsato,
Sergio de Souza Salles, Thais Jeronimo Vidal (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Setembro de 2020